R·P· BAPTISTÆ

FRAGOSI,

SOCIETATIS IESV,

REGIMINIS

CHRISTIANÆ REIPVBLICÆ,

Tomus Tertius.

R·P· BAPTISTÆ

FRAGOSI,

SOCIETATIS IESV,

SYLVENSIS EX ALGARBIO LVSITANIÆ:

REGIMINIS CHRISTIANÆ REIPVBLICÆ,

Ex Sacra Theologia,

ET EX VTROQVE IVRE

ad vtrumque Forum coalescentis.

TOMVS TERTIVS

Qui Oeconomicam continet; ac Patrum familiâs in filios, & domesticos; & filiorum ac domesticorum in Parentes, ac Dominos, obligationes explicat.

NVNC PRIMVM PRODIT.



LVGDVNI,

Sumpt. Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, & Clavdii Rigavd.

M. DC. LII.

CVM PERMISSV SVPERIORVM.

ILLVSTRISSIMO DOMINO

D. PETRO VIEIRA DA SYLVA,

REGIÆ MAIESTATIS

SECRETARIO STATVS MERITISSIMO,
EIVSQVE CONSILIARIO SAPIENTISSIMO,
ET MILITIÆ CHRISTI EQVITI PRÆSTANTISSIMO.

POSTREMVM elucubrationum mearum opus, quod præſenti volumine continetur, proditurum aliquando tandem in lucem, & reliquis, de Chriſtianæ Reipublicæ, ſacríque Principatus adminiſtratione, ac procuratione, iam editis, tanquam fratribus ex eodem Patre prognatis, acceſſurum; licèt ex ipſa, quam pertractandam ſuſcepit, argumenti propoſiti parte, ſpecioſóque titulo ſatis commendetur, obligationis mutuæ Parentum in filios, & filiorum in Parentes, cuius annuentibus Superis expoſitionem aggreditur: attamen non temerè cenſuit ſibi exeundum eſſe de nidulo, neque arcana iuris Myſteria, quæ Ægyptiarum, more Columbarum, ex vrbe in vrbem, imò totum per orbem debet vltro, citróque conuehere, inconſultis eſſe vo-

latibus committenda. Vim quidem se accepisse existimat expeditam, & volucrē ab artifice suo, cuius ope, ductúq; sine vllo metu, sibi posse videtur quocumq; sub Cœlo, vel per medias insidias tutò perferri. At notus in fabulis Icarus opportunè venit in mentē, à quo ingeniosum Dædali patris artificiū, & applicitæ humeris alæ, casum auertere, lapsúsque ruinā non potuerunt; suoptè nimirùm pondere cecidisse de cœlo fertur infelix puer, quoniam in artifice illo volatu, præter Magistrum, Authorémque aërei conatus, Patronū habuit, ducémque nullum. Huius potissimùm admonitoriæ fabulæ recordatio meum librum è priuatis tenebris, ac domestico puluere vocatum ad publicam Literatorū lucem, & libero fruiturum cœlo, reddit opinor cautiorem, ac docet, quantùm altero Mæcenate sit opus, ne ipsemet vllius fraude circumueniatur in cursu, ne incidat tanquam auis in accipitrum manus, ne vel minimùm apud Momos, aut Aristarchos offendat.

Verùm errare potuisset in Patroni delectu nisi Te vnum PETRE VIEIRA DA SYLVA, Illustrium Sapientissime, ac Sapientum Illustrissime, sibi propitium, ac tutelarem, veluti Genium designasset: Nam Tu, vel vmbra solùm adhibita præclarissimi Nominis tui, tantùm illi potes afferre momēti, quantùm satis esse videtur ad hoc, vt Mercurialium virorum aspectum vbique locorum subeat, vt cuicumque se musæo, aut Academiæ

demiæ gratus addicat, vt ab omnibus vtroque Iure Consultis auidè expetatur, vt denique Doctiorum manibus passim cum communi vtilitate teratur. Quippe Tu in isto Florentissimo Regno, cùm tantæ sis authoritatis, ac sapientiæ, vt apud Optimum, ac Potentissimum Regem arcanorum conscius, atque à Secretis epistolis meritò constitutis, Regiam quodammodo personam sustineas: idcircò quisquis tuam opem imploret, ac patrocinium: quisquis à Te rebus suis extorquere, ac promereri tutelam valeat: quisquis ad humanitatem tuam, iustitiámq; singularem, tanquã ad asylum confugiat; is procul dubio votorum compos effectus, ab ea securitatis spe nunquã excidet, quam studiosè prensauerit. Quòd si adeò pius es, atq; Ecclesiastici iuris amans, vt antè subire quascunq; etiam exilij calamitates malueris, quàm ab officio Ecclesiæ legibus, Majestatíque debito, vel minimùm aliquando recedere; diuini quoque iuris esse censes, afflictis egenísque opem implorantibus patrocinari.

Verùm inter cæteros clientes, qui summoperè cupiunt à Te leuari, ac tegi, liber hic, meorum laborum vltimus, & diù relictus in tenebris numeratur; quare vbi subierit oculos tuos, illũ aspectu dignare, nec pudeat supplici patrocinium impertiri, quod nulli negare soles: præsertim cum à me prodeat, qui Te semper, vt virtutum omnium absolutum exemplar, iure

suspexi: cùm Authorem, ac patrẽ habeat, virum è Societate IESV, quam Tu vnicè dilexisti, atque in rebus aduersis hactenus defensam, intactámque voluisti; cùm in argumento peramplo, quod laboriosè, subtiliterq; pertractat, parẽtibus liberos, liberísq; parentes conciliet, eo tempore, quo Tu ob eximiã morum, vitæq; probitatẽ, ob impertitã munificè calamitosis opem, vulgò audis afflictorum Pater. Id profectò muneris, quod postulare nunc audeo, alienum haud erit ab humanissima Nobilitate tua, cuius illibatum in Te florem à Maioribus, atque Vxore deductũ, transfusúmq; intueor; quoniã ex Maioribus quidẽ VIEIRAM & SYLVAM illam nobilissimã Heroum attingis, qua meritò Lusitania nostra gloriatur, atque ex Cõiuge TAVORA ad familiam accedis titulis, & sanguine claram. Itaq; liceat mihi, ne Te diutiùs morer, exponere non nisi ante pedes tuos, partũ hunc ingenij, laborísq; nostri postremum, vt si eum citiùs fortassè orbari patre cõtigerit, Te patronum, & quidem amantissimum nanciscatur, cuius nomine insignitus semet exhibeat vbique spectabilem. Quòd si publico rei literariæ bono, ac præsertim Iuris vtriusque notitiæ inseruire fideliter deprehẽdatur, id maximè Tibi vni referatur acceptum, qui nimirum in eo promouendo plus feceris patrocinio, quàm Author ingenio. Interim librum ipsum, méque complectere, & diù Viue ad publicam vtilitatem.

Facultas

Facultas Reuerendissimi Patris Francisci Piccolominei Societatis IESV, Præpositi Generalis.

CVM tertiam partem operis, quod inscribitur *Regimen Christianæ Reipublicæ*, Auctore P. BAPTISTA FRAGOSO *Lusitano nostræ Societatis sacerdote*, aliquot ex eadem Societate Theologi recognouerint, & in lucem edi posse probauerint, facultatem facimus, vt typis mandetur; si iis, quorum interest, ita videbitur: cuius rei gratia has litteras manu nostra subscriptas, sigillóque nostro munitas damus Romæ 10. Ianuarij 1651.

FRANCISCVS PICCOLOMINEVS.

APPROBATIONES.

REVERENDI PATRIS BAPTISTÆ FRAGOSI, *Tertiam Christianæ partem Reipublicæ*, nos infra scripti Doctores Theologi facultatis Parisiensis perlegimus & nihil nedum in eo opere quod fidei aduersetur, imò quod ad clariorem multarum difficultatum solutionem circa ea quæ ad Oeconomiam tùm politicam cùm moralem conducunt animaduertimus; Quare id opus, vtpotè profuturum plurimùm, prælo dignum mandari existimauimus hac die 28. Ianuarij anno Domini 1652.

FRATER IOANNES ROBE' *Prior Prædicatorum Lugdunensium.*

F. FRANCISCVS LORNET, *Ordinis Prædicatorum.*

Approbatio

Approbatio Provicarij Generalis.

NOS quoque tanto attento Doctorum præfatorum testimonio concedimus libenter vt *Tertia Christianæ Reipublicæ Pars* R. P. BAPTISTAE FRAGOSI lucem videat, Lugduni die 1. Febr. 1652.

DE VILLE *Vic. Gen. Subftit.*

Consensus Procuratoris Regij.

VISA Doctorum approbatione, Ego infra scriptus Regio nomine non impedio quin hic liber à PHILIPPO BORDE, LAVRENTIO ARNAVD & CLAVDIO RIGAVD, Bibliopolis Lugdunensibus excusus in lucem prodeat, cùm defensione tali casu requisita & solida. Actum Lugduni die prima Februarij 1652.

LORIN.

PERMISSIO.

ITA & me non dissentiente fiat, Lugduni die prima Februarij 1652.

SEVE.

INDEX

INDEX

Librorum, Disputationum, & Paragraphorum tertiæ partis Regiminis Christianæ Reipublicæ.

LIBER I.

De obligatione mutua Parentum & filiorum; nec non de amore coniugali.

DISPVTATIO I.

De amore mutuo Parentum ac obligatione in filios.

DISPVTATIO II.

Vtrùm Parentes teneantur filios alere, ita vt nequeant illis alimenta negare.

LIBER II.

De patria potestate, eiúsque variis effectibus, & de donationibus inter coniuges factis, vel a parentibus liberis, nec non de obligatione dotis constituendæ.

DISPVTATIO III.

De Patria potestate, & eius effectibus, & quibus modis hæc potestas contrahatur & exuatur.

DISPVTATIO IV.

De donationibus, quas coniuges, & Parentes sibi adinuicem facere possunt, quásque filij parentibus, fratres fratribus, & consanguinei consanguineis, & amicis.

§. 5. Quo

DISPVTATIO V.

De obligatione, quam habent parentes ad conſtituendum dotem filiabus.

LIBER III.

De Obligationibus, quas habent coniuges circa alimenta adinuicem, & circa fidem præſtitam ab vtroque ſeruandam.

DISPVTATIO VI.

Vtrùm maritus teneatur miniſtrare alimenta vxori; & vxor marito?

LIBER IV.

De Testamentis inter liberos, & inter coniuges factis, aliisque priuilegiatis.

DISPVTATIO VII.

De Testamentis interc oniuges, & aliis priuilegiatis.

LIBER V.

De Testamentis secundùm regulas communes factis, variisque eorum solemnitatibus, de substitutionibus, collatione bonorum, legatis, iure sepulturæ, & forma Inuentarij.

DISPVTATIO VIII.

De Testamentis non priuilegiatis, & de eorum solemnitatibus vt valeant, tam de iure communi, quàm de iure particulari.

LIBER VI.

De contractu emphyteutico Ecclesiastico, & seculari, & de pœna Commissi, iure Colonorum, Pensionibus, & Laudemiis.

DISPVTATIO IX.

De obligationibus parentum circa materiam Emphyteusis, tam liberæ nominationis, quàm de pacto & prouidentia; nec non Emphyteusis hæreditariæ.

DISPVTATIO X.

De pœna Commissi.

DISPVTATIO XI.

De Colonis.

DISPVTATIO XII.

De pensionibus.

LIBER VII.

De obligationibus parentum petendi renouationem emphyteusis finita generatione.

LIBER VIII.

De obligationibus Dominorum erga Vasallos, seu Feudatarios, & vice versa.

DISPVTATIO XVI.
De origine Feudorum, quid sint feuda, & vnde dicantur.

DISPVTATIO XVII.
De his, qui sunt capaces, vel incapaces feudorum?

LIBER IX.

De iure Primogenituræ, & de obligationibus succedentium in Maioratibus.

DISPVTATIO XVIII.

De origine Maioratus; deque iure illius, & qui possunt Maiotum efficere.

DISPVTATIO XIX.

De legibus, & conditionibus, quæ solent apponi in creatione Primigeniorum.

DISPVTATIO XX.

De prærogatiuis, qualitatibus, & priuilegiis Primogenitorum.

LIBER X.

De obligationibus seruorum, & famulorum erga Dominos, & heros; & è contra: Et de emptione-venditione seruorum: nec non eorundem coniugio.

DISPVTATIO XXI.

De obligatione mutua Dominorum, & seruorum.

§.3. Ad

DISPVTATIO XXII.

De emptione seruorum Æthiopum, & venditione; qui ex vtraque Guinea in Lusitaniam, & in Hispaniam deferuntur.

REGIMEN

REGIMEN CHRISTIANÆ REIPVBLICÆ.

EX SACRA THEOLOGIA, ET VTROQVE Iure ad vtrumque forum coaleſcens.

OECONOMICAM PATRVM, Filiorúmque mutuam obligationem ediſſerit.

PARS TERTIA.

Auctore P. BAPTISTA FRAGOSO SYLVENSI è Societate IESV.
Ex Algarbio Luſitaniæ,

DISPVTATIO PRIMA.

De amore mutuo Parentum, ac obligatione in filios.

§. I.

De amore Paterno.

EPITOME.

1 *Pater æquè ſe, & liberos amat.*
2 *Præſumitur pater plus diligere filium quàm ſeipſum.*
3 *Pater conſeruatur in filio, & ius vindictæ competens patri, poteſt committere filio.*
4 *Parentes magis torquentur, dum filij affliguntur.*
5 *Pater ſicut ſe poteſt defendere, ſic & filios.*
6 *Pater æquè poteſt tranſigere pro ſuo, ac filij ſanguine.*
7 *Pater ius vindictæ ſicut poteſt committere filio, an poſſit committere extraneis.*
8 *Pater poteſt redimere filium morte vicaria.*
9 *Pater præſumitur plus diligere filios, quàm vxorem.*
10 *Habens patrem, & filium egentem, cui debet ſubuenire?*
11 *Habens filium, & vxorem egentem, cui debet ſuccurrere?*
12 *Parentes non patiuntur viuere, pluſquam filij.*
13 *Pater ſemper præferendus eſt filio.*

AVCTORE à Philoſopho *lib.8. Ethic. cap.12.* æquè parentibus vita liberorum chara eſt, atque ſua. Accurſius tamen in *l. iſti quidem §. vlt. ff. quod metus cauſa*, addit plus parentes diligere filios, quàm ſemetipſos, nec præſumi parentem, qui filius ſic non diligat. A quo non longè abeſt, quod habetur in *l. quidem cum filium ff. de hered. inſtit.* Vbi Accurſius non ſemel, & Angel. ex eo docent, non poſſe filios meliorem amicum reperire, quàm parentem. Conſonat Sabellic. *lib.3. cap.4.* vbi autumat nullo hominem arctiori vinculo conſtringi, quàm eo, quo parentes liberos ſuos complectuntur: *Multa*, inquit, *volumus patriæ deberi, multa parentibus, multa denium multis ſed filiorum cauſa omnia volumus; per ferrum, per flammas intrepidè, ſi filiorum charitas poſtulet, itur; nullius incolumitas ſuauior, nullius funus acerbius, magiſque luctuoſum.* 1

Hinc fit, vt multi præſumant amorem parentum in filios ſuper omnem amorem eminere. Oldrad. *conſ.95.* Ex forma illius, *col.2.* & Socin filius *conſ.26.* Cùm ſuper. *lib.4.* vbi copioſè de parentum amore agunt. Iuuat illud Iſaiæ *cap.49.* ibi: *Nunquid obliuiſci poteſt mulier infantem ſuum, vt non miſereatur filio vteri ſui?* Quaſi dicat, fieri non poteſt, quòd obliuiſcatur. Probat idem illud Regum 2. *cap.18.* vbi Dauid in hæc verba prorupit audiens Abſalonem demortuum: *Fili mi Abſalon, Abſalon fili mi! quis mihi tribuat vt ego moriar pro te?* Ex quibus ſatis conſtat, quanta ſit amoris parentum in filios magnitudo. Nam Abſalon fratrem Amon ipſius Dauid filium inſidiis occidit, deinde concubinis patris cum aliquibus fuit congreſſus, denique, & patrem ipſum, & vita, & Regno priuare conatur: 2

quibus non obstantibus Rex omnium immemor, eius mortem acerbissimè deplorabat. Nec est omittendum Iacobi sanctissimi exemplum *Gene.* 37. qui nulla consolatione admissa, scissis vestibus, cilicioque indutus Iosephum filium, quem credebat occisum, lugens, sic dicebat: *Descendam ad filium meum lugens in infernum.* Tanto enim dolore premebatur ea morte filij Iosephi. Quod multi pro ant argumento parentum, de quibus non legitur filiis insidias fuisse paratas, cùm legatur filios parentum vitæ insidiari, vt patet ex *l. vlt. C. de pactis*, vbi reprobatur pactum filiorum de succedendo parentibus, ne filiis detur occasio parentes occidendi: non tamen improbatur pactum parentum de successione liberorum; quia non reperitur, parentes mortem filiis fuisse machinatos. Ita Decius *in d. l. vltim. C. de pactis.*

3 Ratio potissima, quia parentes conseruantur in filiis, teste Cyno, *in l. 1. C. de alend. liber. col. 1. in fin.* Nam quilibet tenetur primò ad conseruandum se ipsum, simúlque illum in quo conseruatur, cùm charitas incipiat à se ipso, *l. præses C. de seruit. & aqua.* Tam ardenter enim filij diliguntur, vt censeantur animæ parentum, nec mirum, cùm pater, & filius eadem persona reputentur, *l. vltim. C. de impuber. & aliis substit.* Probatur Artaxerxis facto, qui Regnum Persarum Dario filio tradidit, nihilque à se abdicasse credebat è Regno, quod in filium transtulisset. Quin etiam dicere solebat insignia Maiestatis suæ, quæ in filio conspiciebat, in se ipso gestare: teste Iustinio *in principio lib.* 10. vbi *lib.* 16. addit Ptolomæum primum Ægypti Regem, postquam regnum filio cessit, dixisse, Nihil omni Regno pulchrius esse, quàm esse patrem Regis. Faciunt huc tradita à Chass. *cons.* 14. & ab Arist. *Ethic.* 5. *cap.* 5. & habetur in *l. cum seimus §. vltim. C. de agric. & cens. lib.* 11. vbi filius non solùm est pars corporis patris, sed tam pater, quàm filius sunt vnum veluti corpus, & persona. Idem dicitur in *c. super eo. de testib.* hoc ita procedere, vt vox vnius putetur vox alterius, *§. si vero, instit. de inutil. stipul.* Propterea dicitur caro filij, caro patris audaucta. Sic Castren. *cons.* 164. In præsenti causa *lib.* 2. Imo amor parentum cum ætate liberorum crescit, ita vt quò sunt natu grandiores, & annis maiores, eò impensiùs diligantur, teste Rabi Moyse Ægyptio *in lib.* 3. qui dux dubitantium vocatur, *cap.* 50.

Quare rebus bene expensis concluditur nullum amorem vincere paternum *l. fin. C. de curat. furio.* Surd. *de alimen. tit.* 1. *quæst.* 106. *num.* 3. *& tit.* 4. *quæst.* 13. vbi probat hanc partem *num.* 11. addens *num.* 3. semper præsumi parentem propter amorem melius cæteris prospicere vtilitati filiorum *l. nec in ea ff. de adult.* etiam quādo actus primo intuitu videtur filio damnosus, Bart. *in l. 2. col.* 5. *ff. de vulg. & pupil. substit.* & Alciat. *in tractat. de præsumpt. regul.* 2. *præsumpt.* 2. *num.* 1. quia filij censentur amor parentum, & natura docuit quemlibet amorem sui ipsius, secundùm quem quisque seipsum habet cæteris omnibus chariorem. Cùm ergo amor parentum descendat in filios, in quibus parentes viuunt, & conseruantur, filiique à parentibus recipiant esse, *cap. Moyses* 22. *quæst.* 2. *cap. nasci* 55. *dist. cap. mulier* 56. *dist.* Surd. *supra tit.* 1. *quæst.* 94. *num.* 6 Non est mirum amorem paternum à nullo amore vinci; cùm natura sua nemo maiori affectu alios, quàm se ipsum diligat. Atque ita erit contra naturalem pietatem, & charitatem, filios non diligere, cùm prima causa sit liberorum *l. in successione C. de legit. hæred.* Bald. *in Authen. ex causa col.* 7. *vers. secundo capio. C. de liber. præter.* vbi ait esse dementem, qui absque vlla causa obstat naturali erga liberos charitati. Sequitur Socin. iunior *cons.* 59. *num.* 13. *vol.* 3. vbi vult, defectum rationis pati, & morbo cerebri laborare, qui charitatem naturalem in filios non procurat, cùm nulla maior sit, Bald. in *l. precibus col.* 6. *vers. item dixit, C. de impub. & aliis substit.* & Craner. *in cons.* 1. *col.* 2. & Socinus *cons.* 59. *col.* 1. *vol.* 3. quibus accedit Roland. *cons.* 25. *num.* 11. *& sequent. vol.* 4. Ex quibus conclusio sit, Parentes in diligendis filiis se ipsos simul diligere, & quanto fortius est naturale vinculum, quo quis se diligit, tantò maiorem esse obligationem diligendi liberos, vt constat ex dictis à Surdo *d. quæst.* 94. *num.* 2. & *tit.* 4. *quæst.* 18. *num.* 66. & *tit.* 7. *quæst.* 8. *num.* 2. vbi probat charitatem primam, & bene ordinatam incipere à se ipso, cùm parentes, & filij sint vna, eademque persona, vnum corpus, & anima vna: *§. hac authoritate.* 35. *dist.* Gloss. *in cap. studeat. in verbo sui,* 54. *dist.* & Lucas de Penna *in l. cum scimus, §. vlt. C. de agric. & censi. lib.* 11.

Ex quo sequitur, quando lex facit facultatem alicui sumendi vindictam ab aliquo propriis manibus, posse executionem committere filio duntaxat, cùm sit eadem persona cum patre, Bart. *in l. non solum. §. si mandato, col.* 2. *vers. circa primum. ff. de in lit. iur.* Alex. & Ias. *in l. 1. §. vsufructuarius. ff. de oper. nou. nunc.* Felin. *in cap. quæ in Ecclesiarum, col* 4. *vers. hoc intellige. extra. de constitut.* & constat apertè ex *l. gracchus C. de adulteriis*, & ibi Bald. (quamuis *in cons.* 173. In ciuitate clerici. *col.* 2. *lib.* 3. sibi contrarius, dicat vindictam concessam offenso, intelligi de eo tantùm, qui realiter, corporalitérque fuit offensus) Ergo pater offensus potest se vindicare, non verò filius, qui iuris fictione est offensus, sed eo loco debet Bald. intelligi de filio, qui propria authoritate, ac iure, & sine mandato patris exercet actum vindictæ; & hoc modo id non est permissum filio, vt ex eodem Bald. & Salyc. colligitur *in d. l. Gracchus*: & probatur exemplo Ambasiatoris, seu Legati, qui morbo præpeditus non potest quemquam loco sui substituere, dum fungitur legatione, nisi filium suum, non obstante quòd electa sit industria personæ, *cap. vlt. de officio delegat.* & Roman. *in l.* 1. *ff. in ius vocati, vt eant*: per *l. sciendum, § legati, ff. de legationib.* vbi legati non alios vicarios loco sui substituere possunt, nisi filios: sed de hoc latiùs *n.* 7.

Suffragatur argumentum Emphyteutæ, cui prohibetur alienatio emphyteusis in potentiorem; is enim potest, hoc non obstante, nominare filium potentiorem: per Gloss. in *l. si ita quis, §. ea lege, ff. de verbor. obligat.* quia filius non videtur diuersa persona. Atque ita quamuis filius sit potentior patre, potest pater in eum alienare: ita Bald. *in l. ea lege, col. penult. vers. quinto quæritur, C. de condiction. ob causam*, Felin. *in d. c. afferte, col.* 2. *de præsumption.* Idem Bald *in l. cum pater, §. cum inter, ff. de legat.* 2. & *cons.* 358. Quidam Lucan. *col.* 2. *vers. de eo autem lib.* 1. & *in l.* 1. *C. de impo. lucr. descript. lib.* 10. vbi repetit, prohibitum alienare, posse in filium alienare, quia potius censetur continuatio, quam alienatio, per text. *in l. in suis, ff. de liber. & posthum.* Eiusdem sententiæ sunt Bart. & Ias. in *dict. l. ea lege*, & Fulgos. *cons.* 117. & Ioan. *col.* 3. *vers. reliqua deliberatio*, & Firmian. *in tr. de Episcop. in* 4. *part. lib.* 4. *in quæst.* 45. *vers. an autem prohibitus.* Ideo non censetur alienare, qui alienat in filium, filiúsque continuat in acquisitis, ac possessis à patre: quod ita verum est, vt si ex aliqua lege soluenda gabella sit ex acquisitione dominij, filius hæres patris gabellam non soluet, cum non videatur acquirere dominium, sed potiùs administra

ministrationem hæreditatis: ita Angel. *in l. cum adoptiuus, col. 2. C. de adoption.* Barbat. *cons. 49.* Illud afferam, *col. 2. vol. 1.* Decius *in l. vlt. col. 3. vers. & si expressè statutum C. de edict. D. Adrian. tollend.* & *cons. 262.* In causa magnifici, *col. 2. vers. 7.* Bart. *in d. l. 1. in principio. C. de impo. lucr. descrip. lib. 10.* Concordat. Bald. *in d. cap. quæ in Ecclesiarum, col. penult. vers. extra quæro, de constitut.* quatenus ait filios non debere laudemia ex patris successione, quia non est noua acquisitio. Idem Bald. *cons. 37.* Decreto. *col. 2. vers. item alienatio lib. 3.* ex eo quòd non dicitur propriè alienatio, quæ fit in filios, *d. l. 1. de imponen. lucrat. descript.* cùm censeantur eadem persona cum patre; quod etiam ait Glossa *in cap. Tibi domino. 33. in verbo, & iuuare in fine, 63. dist.* Nihilominus de iure nostro *lib. 4. ordinat. tit. 52.* si pater seruatis seruandis titulo emptionis, vel permutationis alienet bona aliqua in filium, tenebitur vterque pro sua portione soluere gabellam secundùm praxim vbique receptam, & soluetur laudemium; si fortè alienatio sit de dominio vtili: Valasc. *de iure Emphyteut. quæst. 10 num. 7.* post plures.

Longè aliter dicendum est de parentibus filias collocantibus in matrimonio, dotantibúsque Emphyteusim, & ob eam causam à generis, seu ab eorum parentibus pecunias exigentibus. Nam ex huiusmodi contractibus non præstatur laudemium, nec debetur, vt iudicatum fuit à Senatu Portucalẽsi *in causa Emmanuelis Delgado.* Ratio, quia non est contractus iste emptionis & venditionis, sed potiùs est cõtractus innominatus, do vt des, daturque pecunia à genero, vel ab illius parente socero futuro, vt ipse possit satisfacere aliis filiis pro ea portione, quæ ad illos pertinere posset de Emphyteusi, vel saltem de melioramentis in Emphyteusi post mortem suam repertis. Secùs iudicandum, quando Emphyteusim concedens sponso, & ab illo accipit pecuniam, non est pater sponsæ, sed consanguineus, qui proposita illa pecunia donat in dotem Emphyteusim, tunc debetur laudemium si pecunia accepta adæquet dimidium iusti valoris, vel excedat; secus si non adæquet, vel non excedat. Nam excedens, vel adæquans censetur venditio potiùs facta à consanguineo, vel ab extraneo in fraudem legis, quàm nominatio Emphyteutica, & consequenter debetur laudemium, & gabella: ex traditis per Afflict. *decis. 72. num. 9.* Valasc. *de iure emphyteutico, quæst. 10. num. 7.* Quando verò pecunia data non adæquat dimidium iusti valoris, vel non excedit, censetur potiùs donatio, quàm venditio: aliter verò si venditio censeatur, donatori conseruatur actio rescindendi contractum, cùm reperiatur læsio vltra dimidium iusti pretij; sed de his t. *p. lib. 3. disp. 8. §. 4. num. 124.*

4 Regrediendo ergo ad amorem naturalem, affectionemque parentum ac vim naturæ ipsius in filios, tantam esse dico, vt ipsa natura nullum discrimen posuerit inter filios legitimos ex legitimo thoro procreatos, ac inter naturales, *§. si quis vero non habens, in Auth. quibus mod. natur. efficiantur legitimi,* & *§. si quis ergo filios in Authen. quib. mod. natur. effici. sui.* Anchar. *cons. 223.* Videtur prima facie, *col. penult.* vbi ait, prolem naturalem, quoad naturalem affectionem reputari legitimam: & constat ex traditis per Bald. *in cap. quæ in Ecclesiar. col. vlt. de constit.* dicentem, quòd filiis illegitimis communis est amor, & natura, per *d. §. in omnibus,* testeque eodem Baldo *in l. 1. col. 5. vers. expedita est. C. vnde vi,* docente, sicut quis se potest defendere, ita potest filium, siue legitimum, siue illegitimum; quia natura communis est, nec potest constitutio naturam immutare, neque constringere naturales stimulos *l. amicissimos §. Lucius, ff. de excusat. tutor.* & facit *l. 2. & 3. ff. de liber. causa.* Hæc Bald. quin potiùs addit Quintilian. *declamat. 11. cui tit. est,* Diues accusatus proditionis filius cuiusdam pauperis, cum duceretur ad supplicium pater, vt illum liberaret à morte, se obtulit mortis supplicio, sicque eum liberauit: quod adeò veritate firmatur, vt tormenta illata filiis, patri censeantur illata, magisque tormenta filiorum sentit, quàm propria: quod probat Chrysost. *in Genes. homil. 19.* in hunc modum: Maledictus Chanaan, quare cùm peccauerit pater, filius maledictum suscipit? neque absque ratione factum est, quia pater non minorem pœnam, & cruciatum habet, sed maiorem, cùm filius cruciatur. Scitis, inquit, quomodo sæpe numero patres orant, vt filiorum pœnas ipsi ferant; & quomodo grauius illis est videre filios supplicio affici, quam, si ipsi his forent obnoxij; sic ille.

Accedit illud Valerij Maximi lib. 5. de Octauio Balbo, qui, vt audiuit falsò viciniæ rumore filium occidi, morti voluntarius, quam euaserat se obtulit. Vnde constat magis torqueri parentes in persona filiorum, quam in propria, ideo Bald. *in l. 1. in fine, C. si Rect. prouin. in 2. lect.* ait, confessum patrem per tormenta filij, dici confessum in tormentis. Ratio, quia patres magis timent pœnam in filio, quàm in se ipsis, & vt magis abstineant à delicto, pœna extenditur ad filios; ita Sigismundus Scaccia *lib. 2. cap. 9. de iudic. caus. num. 1629.* & priùs *lib. 1. cap. 66. sub num. 35.* Menoch. *de arbitr. iudic. lib. 2. centur. 3. casu 270.* & huius rei rationem etiam reddit Tullius *lib. 1. Epistol. ad Brutum, Epistol. 12.* Non me, inquit, fugit, quàm sit acerbum parentum scelera filiorum pœnis lui, sed hoc præclarè legibus comprobatum est, vt charitas liberorum, amiciores parentes Reipublicæ redderet. Etenim cùm potissima ferè causa pœnarum, ea sit, vt homines à facinoribus perpetrandis formidine deterreantur, nulla aliam magis acerba, neque anxiure afficiat tristitia, quàm cùm, quis cernit filios suos ob sua ipsius maleficia affligi, & paupertatem & infamiam, aliaque incommoda pati: quæ res multos quidem à sceleribus auertit, & ne similia audeant, admonet, atque deterret. Hactenus Cicero. Vnde meritò ab vtroque iure sancitum est, vt filij Proditorum, & hæreticorum priuentur propter crimina parentum bonis omnibus, vt magis parentes diligendo affligantur. Menoch. *cons. 99. num. 220. lib. 1.* vt metu pœnarum filiis irrogandarum à patrando crimine in Deum, & in Regem deterreantur. Vide etiam Menoch. *de præsump. lib. 5. præsumpt. 33. n. 8. & 12.* & habetur *§. sequenti.*

Iuuat ad hoc confirmandum exemplum Achan, & filiorum eius, qui ob furtum pallij coccinei, & regulæ aureæ, Iosue 7. num. 20. fuit lapidibus obrutus; filij verò, teste Lyran. lapidati, ac combusti sunt, cùm Achan debuisset etiam comburi. Rationem huius rei reddit Caietan. nimirum Achan fuisse confessum delictum, & ex confessione reportasse lucrum, non solum spirituale, sed etiam temporale: ideóque Iosue omisisse incendium. Idem sentit Abulens. Quod tamen ad rem pertinet, opinor Iosue fuisse contentum supplicio lapidationis aduersus Achan: eò quia filiæ, & filij Achan propter delictum paternum duplici supplicio lapidationis, ac combustionis absumpti fuerunt: quæ duo multo maiora in Achan fuerunt supplicia, quam si ipse illa pateretur. Atque ita in filiis acriùs lapidatus, ac combustus fuit. Ob quam causam in crimine læsæ majestatis, tam humanæ, quàm diuinæ, atroces pœnæ delinquentibus solent apponi,

quæ ad filios extenduntur, vt hac ratione parentes ab huiusmodi crimine se contineant; ita habetur in l. quisquis, §. filij, C. ad l. Iul. Maiestatis, ibi: *paterno enim deberent perire supplicio*: quale est publicatio omnium bonorum patris delinquentis; nullis reseruatis alimentis filiis criminosi, ipsi que penitus exhæredatis. Non alia ratione, nisi vt parentes contentiti his pœnis longè arceantur ab huiusmodi delictis. Ita Simanc. *de cathol. instit. tit.* 29. *num.* 12. Lara *in l. si quis a liberis, §. si mater, n.* 16. *ff. de liber. agnosc.* Barbos. *l.* 1. *p.* 4. *n.* 84. *&* 85. *ff. solut. matrim.* multis ibi allegatis. Quibus accedit Cantera *in suis quæstionibus criminal. tit. de quæstionibus tangentibus punitionem delictorum, cap.* 1. *n.* 20.

5 Ex eodem affectu parentum in liberos, possunt parentes filios defendere, sicut se ipsos possunt. Quod procedit ex eo, quòd natura sit communis; & filij sint portio corporis patris: proindè si caueatur lege, vt absentes ab vrbe non gaudeant priuilegio vrbis; nihilominus filij absentes reputantur præsentes, si pater in vrbe commoretur; ita Paul. de Castr. *cons.* 110. Super primo quæsito *col.* 2. *lib.* 1. *vers. in contrarium*, Romanus *in l.* 1. *§. Domini*, & *l.* 2. *ff. de senat. consult. Syllan.* & alij. Eodem modo filius potest defendere patrem naturalem, sicut seipsum, siue sit legitimus, siue illegitimus, ita Bald. *in l. cum acutissimi, col.* 2. *vers. Quaero quid si per statutum, C. de fideicommiss. per l. hos accusare, §. in omnibus, ff. de accusationib.* Neque in hoc sit discrimen inter filios legitimos, vel illegitimos in his, quæ ipsam naturam attingunt. Quin potiùs Plutarch. *in Parallel. cap.* 42. *& sequent.* ait, sæpè filios naturales impensiùs diligi à parentibus, quàm legitimos. Ratio quia ardor amoris paterni est inæstimabilis; Ita Maria *cons.* 9. Prosequendo ordine, *col.* 4. *vers.* 2. *probatur*, & Fran. Curt. senior *cons.* 47. Super controuersia, *col.* 3. *vers. transeo ad secundum.* Facit *l. nihil, §. si libertus. ff. de bonis libert.* vbi dicitur patres laborare, vt filius acquirant, & illis thesaurisant, *cap. prædicator,* 16. *quæst.* 1. ex eo fundamento; quia pater est vna, eadémque persona cum filio, & dum acquirit filio, sibi acquirit, ac viuit in illo, vt ex dictis constat.

Quæ cùm ita sint, multa conceduntur in Iure, tam communi, quàm speciali parentibus, quæ extenduntur ad filios, vt constat *ex l. aedem C. de locato, & conducto*, & ex L. Lusitan *lib.* 4. *tit.* 24. vbi habetur, posse locatorem expellere conductorem ex domo, durante locatione, si fortè domum habeat necessariam propriis vsibus, superueniénte necessitate ex aliquo casu inopinato, dummodò egeat illa, vel sibi, vel filio, vel ascendenti: ita Doctores communiter; quibus accedunt Ant. Gomes. *tom.* 2. *var. cap.* 3. *n.* 6. Molina Theulogus *tract.* 2. *disp.* 499. §. *secundus euentus, per totum*, Barbos. *in l. si filiofam §. final. n.* 34. *cum seqq. ff. solut. Matrim.* Reginal. *tom.* 2. *praxis pœnitent. lib.* 25. *cap.* 39. *num.* 510. *cum seqq.* Atque ita quod dicitur de necessitate superuenientе locatori, dicendum est de necessitate superueniente filio, vel filiæ, fratri, vel sorori; quia hi omnes de iure naturali sunt præferendi conductori, vel alij externo. Quod extendit Couar. *lib.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 4. ad hæredem vniuersalem locatoris, eo quòd succedit loco illius, & illum repræsentat: [illegible] hæres, vel successor. [illegible]

6 Neque ab h[illegible] differt dubium, an pater possit præ nimio affectu transigere pro sanguine filij; sicut pro suo proprio. Ratio, quia permittitur cuicunque sanguinem suum redimere? Respondeo, si pater pro filio accusato sistat in iudicio, & defensionem suscipiat illius, bene posse transigere pro vita filij, sicue pro sua, per *l.* 1. *ff. de bonis eorum, qui sibi mort. consc.* ita Alciat. *in l. transigere, C. de pactis*, & Riminal. dicentes circa pœnam sanguinis, non autem circa cæteros posse transigere. Accedit mirus casus, de quo Andreas Iseruia *in cap.* 1. §. *publici latrones*, & Bar. *in cap. Raynaldus, col.* 43. *de test.* & *in cap. in præsentia, col.* 37. *de probat.* afferentes Carolum secundum Imperatorem, cùm de homicidio pater, & filius accusarentur, pronunciasse, vt liberato patre filius suspenderetur: quo audito à patre, crimen à se patratum palam confessus est, & liberato filio ipse fuit suspensus. Ex quo satis probatur ardor, ac vehemens vis amoris paterni, qualis insidebat in animo Dauid Regis 2. *Regum* 18. dicentis: *Fili mi Absalon, Absalon fili mi, quis mihi tribuat, &c.*

An vero pater possit se vlcisci per seruos, & extraneos, sicut per filium in casu quo quis licitè potest auctoritate propria Rege mandante, vel lege concedente vindictam sumere? Clarus §. *homicidium, num.* 51. ait posse fieri: & ita de facto refert fuisse iudicatum à Curia Neapol. Et probari potest in casu quo maritus potest interficere vxorem, in quo potest secum ferre amicos, vt cum adiuuent, si timet inuenire adulterum sibi resistentem, per text. *in l. final. ff. de officio eius, cui mandata est iurisdict.* & per text. *in l. legatis ff. de aliment. legat.* vbi ostenditur concesso aliquo, censeri concessa omnia, sine quibus actus fieri non potest: Ita Iason, & Bald. *in cap. final. de iuramento calumniæ.* 7

Dicendum est, Ius vindictæ non posse aliis communicari præter filium, quando conceditur contra regulas iuris communis ex priuilegio. Nam ius vindictæ, si in eo casu ita est personale, vt alteri committi non possit, nisi filio propter identitatem personæ cum patre, vt habetur *in d. l. Gracchus vers. denique*, ibi: *filiis eius, qui patri paruerunt præstandum est*, & ibi Cyn. Bald. & alij, *C. ad l. Iul. de adulter.*

Alexand. tamen *in l.* 1. *§. ususfructuarius ff. de noui oper. nunciat.* tradit quando ius commune facit facultatem, vt quis vtatur iure vindictæ, posse committi actum vindictæ alius à filio: idem Alexand. *in l. si cum dote §. transgrediamur, col. penult. ff. soluto matrim.* & Felin. *in d. cap. quæ in Ecclesiarum, de constitutionibus*, dicúntque tunc locum esse regulæ, Qui per alium facit, per se ipsum facere videtur: atque ita, quando causa ex speciali priuilegio alicui personæ competit, non posse alteri committi. Idcirco offensus in hoc casu non potest committere ius vindictæ, nisi filio: cæteros autem potest secum adducere, vt assistant, & adiuuent si fortè detur resistentia; non tamen manu propria vindictam ipsi sument, cùm hæc permissio sit personalis, & nequeat ad extraneos transire, ita Gloss. notabilis *in l. cum fundum ff. de vi, & vi armata*, & ibi Scribentes, Angel. *de malefic. col.* 5. Bald. *in cap. ad nostram, de probat.* Anton. Gomes. *in l.* 76. *Tauri num.* 16. *&* 17. & *in l.* 8[illegible] *num.* 61. quia est ius merè personale, & est ex priuilegio, ideo non potest committi nisi filiis. Molina *de iust. tract.* 3. *disp.* 99. *num.* 17. consentit, eò quia ius occidendi per se ipsum est exorbitans & non potest extraneis, nec domesticis committi, nisi filiis. Iuuat Lex nostra *lib.* 5. *tit.* 38. §. 5. ibi *no caso, em que o marido pode matar sua molher, ou o adultero poderá leuar consigo, as pesoas que quiser, &c.*

Sed quæres vnde oriatur tam vehemens vis amoris parentum erga filios? Respondet D. Ambros. omnium habuisse ex natura: sic *Hexameron.* 6. *cap.* 4. *Natura*, inquit, *bestiis infundit hoc, vt catulos proprios ament, fætus suos diligant. Quæ fera pro catulis non ipsa potissimum se offerat morti? In ruat licèt telorum seges, illa tamen paruulos suos muro sui corporis septos, immunes præstat periculi.* Sic ille: 8

Quod

Quod etiam de Balena, & aliis belluis maritimis traditur, abscondere nimirum filios suos, si fortè aliqua bellua visa egrediantur, ita Philostratus teste Tyaneio *in vita ipsius lib.* 2. vbi agit, quantus sit amor animalium in fœtus proprios. Quod à fortiori dicendum est de humano amore parentum in filios, qui magis coniunguntur illis, & in ipso se infundunt, ac perpetuantur. Vide Ioan. de Ligna *vol. 6. Oceani iuris, de amicitia patris ad filium, & contra. §. exurgit, & §. & surgit, cum seqq.*

Ex hac dubitatione assurgit alia, an pater magis diligat parentes, & filios, quàm vxorem? Circa quam duplex est opinio. Prior stat pro amore parentum, ac filiorum: *l. cùm acutissimi. C. de fideicommiss.* & Accursius, & Bartol. *in l. Lucius. ff. de vulgar. & pupil. substit.* Angel. *cons.* 144. incipit, *Ad primum.* Tiraquel. *in l. si vnquam. C. de reuocand. donat. num.* 11. *in præfat.*

9 Obstat tamen illud Genes. 2. & Matth. 19. & Marc. 10. *Relinquet homo patrem suum, & matrem suam, & adhærebit vxori suæ:* Sed dici potest id solùm probare spectato ordine secundùm coniunctionem inter diligentem, & vxorem dilectam, magis diligendam vxorem, quàm parentes: censentur enim vir & vxor vna caro, dicente Domino: *Itaque iam non sunt duo, sed vna caro.* At vero considerato ordine secundùm obiectum charitatis, parentes, & filij magis sunt diligendi, quàm vxor; cùm filij à parentibus accipiant esse, & viuere: ita D. Thom. 2. 2. q. 31. *art.* 3. Parens enim respectu filij habet rationem principij, & hoc modo magis diligi debet pater, quàm mater: quia filius magis habet à patre, quàm à matre id, quod est, esse, & viuere. Sic D. Thom. *d. art. 3. & in 3. senten. dist. 29. q. 7. ad tertium,* Suar. *de triplic. virt. tract. 3. disp. 9. sect. 4. a n.* 16. & Cordub. *in l. si quis à liberis. §. si quis ex his num. 74. ff. de liber. agnosc.*

Posterior opinio vult coniugatum maiori affectione ferri in vxorem, quàm in filios, & parentes iuxta illud Apostol. ad Ephesios 5. *Quod maritus vxorem diligere debet, vt se ipsum,* quia dicitur eadem caro cum illo: & Matthæi supra, *propter illam relinquet homo patrem, & matrem, & adhærebit vxori suæ.* Confert D. Ambros. *in Psalm.* 118. *vers. iniquos odio habui: Amare,* inquit, *parentes filios lex naturæ est: maritos coniuges lex Diuina est, quæ coniugij charitatem in naturam vertit, vt fiat vna caro, & vnus spiritus.* Item, quia ex dictis patet vxorem esse magis coniunctam viro, quàm patri, & matri: ergo vxor ex parte diligentis, est magis diligenda, & consequenter præferenda parentibus, & filiis: idcirco intensiùs vxor solet diligi, & absolutè secundùm coniunctionem ad ipsum diligentem, sicut etiam præferenda est filio coniux, quasi principium generationis. Nec non amor inter coniuges est diuturnior, sempérque bonum coniugis, alter coniux efficaciùs quàm filij, atque intensiùs procurat; qua distinctione vtitur Suar. *d. tract. 3. disp. 9. de ordine seruande, sect. 4. à n.* 16. post Caiet. *ibi d. q. 26. art.* 12.

Facit illud Pauli ad Ephesios 5. *Viri debent diligere vxores suas vt corpora sua: Viri diligite vxores vestras, sicut Christus dilexit Ecclesiam: Sacramentum hoc magnum est, ego dico in Christo, & in Ecclesia. verumtamen, & vos singuli vnusquisque vxorem suam, sicut seipsum diligat.* Sic ille. Vbi D. Ambros. reddit rationem, quia naturali ratione mulier portio corporis viri est, & per hoc vir in muliere se ipsum diligit, & vna natura in viro, & fœmina est. Quare vir quasi se ipsum, ita mulierem diligere commouetur, ita Ambros.

Quamuis ergo prior opinio, quæ stat pro parentibus, & filiis in amore præferendis sit probabilis, posterior est probabilior, & ideò absolutè dicendum est vxorem præferendam filiis, & parentibus à coniugato, vt volunt citati Doctores, quos sequitur Caiet. 2. 2. *q. 26. art.* 11. & Suar. *d. disp. 9. sect. 4. n.* 17. ob superiùs dicta. Accedit coniugem esse principium generationis, filium autem esse effectum. Item coniux magis studet bono sui viri, quàm filij: idem tenet Aragonius 2. 2. *q. 26. art. 9. ad finem.* Nec refert aliquando parentes magis dolere mortem filiorum, quàm coniugis; quia contrarium docet experientia, & esse falsum ostendit Aragon. *d. art. 12. ad finem.* Concordat D. Thom. *super Epistolas Pauli ad Ephes. 5. lectione* 10. *per tot.* vbi ait, tantum esse affectum viri ad vxorem, vt parentes relinquat: *Multi dementes facti sunt propter vxores suas,* sic ille: Ex quibus deducitur præferendam esse vxorem, cùm sit deducta è corpore viri, & os de ossibus eius. Vide Pererium *lib. 4. de creatione hominis cap.* 2. in illa verba: *Et erunt duo in carne vna, vers.* 27. *num.* 223.

Quæstio est, si quis habeat patrem superstitem, & filium extreme indigentes, & nequeat vtrique subuenire, cuinam succurrere tenetur? Respondetur tam in spiritualibus, quàm in temporalibus subueniendum patri potiùs, quàm filio, quia à patre habet suum esse, & non à filio; Facit Aristot. 9. *Ethic. cap.* 2. dicens filium honestius subuenire parenti proprio, quàm sibi ipsi. Item quia pater in educatione, eruditione, & informatione filij multos fert labores. Hanc partem tanquam magis communem tradunt Abulens. *in Matth. cap.* 22. *q.* 311. D. Thom. 2. 2. *q. 26. art. 9.* Caiet. *ibi q. 31. art. 3. ad* 4. Aragon. *supra art. 9.* Bann. *ibi.* Gabriel *in 3. dist. 29. q. 1. art.* 2. Sà *in summa, verb. parentes, n.* 10. Toletus *lib. 5. sum. cap.* 1. Sotd. *de aliment. tit. 1. q. 94. n. 6.* cùm recipiat esse à patre: ergo patri extremè egenti potius quàm filio succurrendum est. Nam iniquius est occidere patrem, quam filium. Non erit tamen mortale si pater relicto proprio patre succurrat filio, ita Aragon. *supra,* quem sequitur Emmanuel Rodriq. 1. *p. sum. c.* 14. *conclus.* 9. propter exiguam differentiam inter hos gradus, sed de hoc valdè dubito, cùm iniquius sit, & grauius peccatum occidere patrem, quàm filium: ergo qui præfert in hoc casu filium patri, grauius peccatum mortale committit subueniendo filio, relinquendo patrem. 10

Non desunt tamen, qui tanquam probabile opinentur patre existente in extrema necessitate, simul & filio, si vtrique non potest subuenire, subueniendum potius esse filio, quàm patri. Ducuntur argumento animantium, quæ duce natura filiis alimenta ministrant, non verò parentibus. Item filij iure gentium debent alimenta parentibus: at verò patres alere filios, prouenit ex iure naturali, quod est fortius iure gentium, cùm ab ipsa natura tanquam à suo principio ortum habeat; ita Manuel Sà *supra n. 10. vers. in extrema necessitate.* Rursus quoniam amor descendit, & non ascendit, *l. nam & si parentibus ff. de inoffic. testam. l. scripto §. final. C. vnde liberi.* Sed hæc ratio non videtur præualere, quia non agitur de dilectione, neque de ipsius ordine; sed de effectu obligationis, quæ sola consideratur, dum petitur, cuinam prius teneatur subuenire. Ita Ripa *in cap. cum haberet. de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulterium,* & Clemens Ascanius *de potest. patri. effectu* 17. *n.* 74. & probatur; quia bona patris magis debentur filio, quàm patri, *l. nam & si parentibus, in principio, ff. de inoffic. testam.* Quod adeò procedit, vt viuente filio bona patris dicantur filio conuenire, *l. in suis, ff. de liber. & posthum.* Ideò excluso ascendente, pater filio relinquit bona sua, *l. 1. §. 1. ff. si tabula testa. nulla extab. Authen. in success. C. de suis, & legitimis.*

Sed neque hoc argumentum vrget, quia ſermo eſt de præferentia alimentandi, non verò de ordine ſuccedendi; neque obligatio alendi ſemper deducitur ex ordine ſuccedendi, vt probatur in filio ſpurio, qui non ſuccedit; & tamen pater illum tenetur alere: Bero. *conſ.* 165. *num* 20. *vol.* 2. pro qua etiam parte ſtat Bart. *in l. ſi quis à liber. §. ſi vel parent. ff. de liber. agnoſ.* & gloſ. *ibi*, ſecundum quam filius magis tenetur ſubuenire ſuo filio, quàm ſuo patri: quod procedit attento caſu, quo filio debeantur alimenta, nullo facto concurſu inter patrem, & filium: at verò, quando pater, & nepos indigentes inter ſe concurrunt extra caſum extremæ indigentiæ, filius non eſt anteponendus patri propter beneficia à patre in filium collata: atque ita quamuis extra caſum extremæ indigentiæ probabile videatur, filium teneri potius filio, quàm patri ſubuenire, multo certius eſt præferendum eſſe patrem filio; quia exiſtentia patris indigentis fortius vrget, & cogit, ne ius alendi filium durante neceſſitate patris locum habeat; quæ obligatio patris multo eſt antiquior: proinde illi prius ſatisfaciendum eſt: ita Alex. *conſ.* 85. *num.* 1. *vol.* 3. Pariſ. *conſ.* 122. *num.* 7. *vol.* 4. Neque natiuitate filiorum reuocatur ius præferendi patrem, ſeu alendi, dum eget, cùm filius antequam etiam ſuſcipiat filiationem, iam hac teneatur obligatione, & qui prior eſt tempore, potior eſt iure: *cap. qui prior, de regul. iuris, in* 6. Eodem modo, quo dictum eſt de patre, cui filius obligatur alimenta miniſtrare, relicto proprio filio ſuo, obligatur etiam matri, ſi ea, & nepos æqualiter egeant, & filius non poſſit vtrique ſubuenire, mater præferri debet nepoti, vt tradit Innoc. *cap.* 1. *de regul. iuris*, & Præpoſitus *in d. cap. cum haberet, num.* 6. Secus verò, ſi pater, & mater extremè egeant, & filius non vtrique, ſed alterutri duntaxat ſubuenire queat, pater debet matri anteponi, quia eſt caput familiæ, & in generatione tanquam potior cauſa concurrit: ita Valentia *vbi ſuprà d. puncto* 5. & Azor. 2. *p. lib.* 2. *cap.* 2. *§. decimo octauo quæritur.*

Cæterùm extra caſum extremæ neceſſitatis, ſi quis habeat patrem, & filium in pari neceſſitate, tenetur magis ſubuenire filio, quàm patri tam ſpiritualiter, quàm corporaliter, teſte Apoſtolo 2. *ad Cor* 12. *Non debent filij theſaurizare parentibus, ſed parentes filiis*, quia in hoc caſu filius eſt coniunctior, quàm pater: Ideò debet pater tueri filium tanquam partem ſui totius, & ad cauſam pertinet influere in effectum. Item quia ab ipſa natura inſitum eſt parentibus de filiis curare, & propter illos Maioratus inſtituere. Quare in hoc caſu præferendi ſunt filij parentibus: ita D. Thom. 2. 2. *q.* 26. *art.* 9. *ad* 3. & Aragon. *ibidem in explicatione articuli, verſ. quocirca*, Filliucius *in ſumma, tract.* 28. *cap.* 2. *num.* 49.

11 Dubium eſt quando quis habet filium, & vxorem egentes extremè, & nequeat vtrique ſubuenire? Sanch. *lib.* 9 *de matrim. diſp.* 4. *num.* 26. ait, extra extremam neceſſitatem vxori potius, quàm parentibus ſubueniendum: at verò in extrema magis parentibus, & filiis quàm vxori ſuccurrendum: Ratio, quia reſpectu parentum debitum eſt antiquius, & quoad filios ratione coniunctionis magis amantur, cùm ſint partes viſcerum parentum. Dicendum tamen, vt dictum eſt paulò ſupra, vxorem eſſe præferendam filiis, quia eſt nobilius obiectum, hoc eſt comprincipium generationis: item quia nexus matrimonialis conſtituit obligationem indiſſolubilem, & ex duobus facit vnum, ſeu quaſi vnum: ita Caiet. 2. 2. *quæſt.* 26. *art.* 12. Ratio, quia comprincipium habet rationem excellentioris boni, quàm effectus, qualis eſt filius. Idem ait Suar. *vbi ſuprà num.* 17. Henriquez *lib.* 11. *de matrim. cap.* 8. vbi etiam ait eſſe præferendam vxorem in extrema neceſſitate filiis, aliiſque cognatis; quia coniunctio animorum, & vnio mutuæ charitatis, qua vir diligit vxorem, tanquam partem ſui, & tanquam carnem ſuam, eſt magna: ratione cuius vir relinquit patrem, & matrem in communi neceſſitate, & conuictu, & adhæret vxori.

Nec obſtat illud dici ſolitum, Pareotes non patiuntur viuere pluſquam filij, & paternus affectus cæteros vincit, vt latè Tiraquel. *in l. ſi vnquam, C. de reu. cand. donat. in præfatione, num.* 8. Quia filij interdum inſidiantur parentum vitæ, vt tradit gloſ. *in l. vltima C. de pact.* quam refert text. *in l. propter inſidias. C. qui accuſ. non poſſunt.* parentes autem non reperiuntur inſidias filiis machinari, vt docet Decius, & Lancel. *in d. l. vltim.* Sed hoc non tollit, quòd pater in extrema neceſſitate debeat potius ſubuenire vxori, quàm filiis, quando vtrique non poteſt; quia vxor inſuper cùm ſit mater filiorum, eſt nobilius obiectum, & comprincipium generationis, & ſocia indiuiſibilis. 12

Hinc ſequitur in extrema neceſſitate, ſi pater, & filius concurrant, patrem præferendum filio: eſt enim nobilius obiectum, & comprincipium excellentius, quàm mater: ergo ſi mater præferenda eſt filio, à fortiori pater: ita Suarius *ſuprà num.* 15. propter beneficium generationis: quæ ſententia eſt Diui Thom. 2. 2. *q.* 26. *art.* 9. *ad* 3. Caiet. *ibi*, & Richar. *in* 3. *ſent. diſt.* 29. *q.* 7. Vnde non eſt audiendus Burid. 3. *Ethic. q.* 16. & alij oppoſitum credentes. Non erit tamen mortale, ſed veniale communiter in caſibus ſupradictis innertere ordinem, & omiſſo vno, alteri ſuccurrere; hoc eſt omiſſo patre, ſubuenire filio, & relicto patre ſuccurrere matri. Quia exceſſus inter vtroſque non eſt ingens, & pro vtraque parte argumenta ſecundùm aliquos ſunt probabilia, ita Suar *vbi ſuprà num.* 13. & Filliuc. *d. cap.* 2. *verſ. decimo quæro, tom.* 2. 13

---

§. II.

De amore materno erga filios, & an paternus ſit maior.

EPITOME.

14 *Amor paternus an ſit æqualis materno?*
15 *An ex maiori labore in educatione filiorum colligatur maior amor.*
16 *Difficile probatur filiatio à patre.*
17 *Mater feruentius, ſed pater conſtantius amat.*
18 *Sed amor paternus fortior eſt.*
19 *Filius an magis amet matrem, quàm patrem?*
20 *Amor paternus regulariter præfertur materno, excepto aliquo caſu.*
21 *Filius non poteſt occidere patrem etiam contra innocentem, quamuis innocens pereat. & n. 23.*
22 *Licitum eſt interficere inuaſorem, etiam cum morte illius, non ſolum, quando inuaditur perſona, ſed etiam bona.*
23 *Poteſt occidi inuaſor, quamuis inuaſus cauſam dederit.*
24 *Nemo tenetur defendere inuaſum cum morte inuaſoris.*
25 *Licita eſt præuentio, quando eſt vera, & actualis defenſio.*
26 *Non ſufficit quæcumque ſuſpicio, vt poſſis præuenire occidendo inuaſorem.*
27 *Non poteſt occidi accuſator per calumniam, vel falſos*

falsos testes, etiamsi iniustè moriatur innocens.

28 *An liceat matri periclitanti sumere medicinam fœtui nociuam, quando aliter non potest euadere ex morbo, siue fœtus sit animatus, siue non.*

29 *Resolutio huius dubij, & n. 30.*

31 *Adulteræ quæ obligatio restituendi ex filio nato ex adulterio.*

14 AMor paternus, an vincat maternum? Ex dictis in *l. final. C. de curato. & ex l. isti quidem. ff. quod metus causa*, deducitur, quòd amor paternus vincit omnia, & æqualis pietas consideratur in vtroque parente, *l. furioso. ff. de curator. furio.* Et ex sententia Grati *cons.* 83. *n.* 12. *vol.* 2. Matres tamen censentur ardentius amare, quàm patres, teste Aristotele 8. *Ethicor. cap.* 8. dicente, matres amare filios, quamuis ab ipsis non amentur; & semper gaudere, si filiis bene sit, quamuis filij matres non agnoscant: & 9. *Ethicor.* rationem reddit; quia scilicet matres sciunt filios esse suos, quod patres plerumque non assequuntur.

15 Accedit amori materno, quòd maternus maior esse colligatur ex eo, quia magis diligit, qui magis laborat. *l. cum quid. ff. de captiuis*: sed matri filius est ante partum onerosus, dolorosus in partu, post partum laboriosus, vt patet *ex cap. vlt. de conuers. infidelium*: ergo. Iuuat, quòd maior diligentia in educatione filiorum adhibetur à matre, quàm à patre, & mater est certa: igitur amor certus, & ex consequenti maior, quàm incertus, qualis est paternus. † Item, quia est difficillimum, & fortè aliquando impossibile patri probare aliquem esse filium suum: *l. filium. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, l. Lucius, ff. de condit. & demonstr.* Confert ad amorem maternum diuturna conuersatio matris cum filio, quæ diutiùs vitam agit cum filiis, quàm pater: igitur mater magis diligit filium. Facit pro amore materno maior coniunctio, cùm filius portet in vtero, ac nutriat sanguine proprio.

16

17 Concordat vtramque partem Albert. 8. *Ethicor. cap.* 12. aitque matrem feruentiùs amare, patrem verò constantiùs filios. Quare simpliciter amor paternus, materno est præferendus; quia pater est præcipua causa in generatione, & productione filiorum, & habet se per modum agentis *cap. Moyses.* 32. *q.* 2. & *cap. nasci, distinct.* 55. Agens autem plus influit in effectum, quàm patiens. Et quamuis pater, & mater sint comprincipia quædam naturalis originis, sunt tamen dissimilia. Nam pater est principium nobilius, materque in generatione hominis ministrat materiam corporis infirmem, quæ per virtutem seminalem patris formatur, & disponitur ad susceptionem formæ rationalis, D. Thom. 2. 2. *q.* 26. *art.* 10. *ad primum*, vbi ait, materiam corporis formari per virtutem formatiuam, quæ est in semine patris, quæ disponit materiam ad susceptionem formæ rationalis, conducit eruditio filiorum, & prouidentia, quæ, & alia patribus incumbunt erga filios, eósque suis laboribus alunt: ideò amor patris est anteponendus, quia amat filios nobiliori, & altiori amore.

Cæterùm quamuis filij dependeant à materno obsequio, & educatione, & conuersatione, ac solatio durante tempore infantiæ, in quo amor maternus est magis necessarius filius circa enutritionem, & educationem, quàm paternus: eo quòd his laboribus ferendis, non est tam accommodatus: nihilominus filij post infantilem ætatem nobiliores actiones à patre suscipiunt, quàm à matre. Vnde emanauit proloquium: filium sequi ventrem, quoad statns conditiones; ac sequi patrem, quoad qualitates honorificas, & excellentes. Ideo tempore infantiæ filius magis eget matre, quàm patre, sed hoc non tollit quicquam de amore paterno, quo potius eget filius, quoad eruditionem animæ, & prouidentiã. † Qui amor eo ipso est maior, quia est constantior, & filius magis amat patrem, quàm matrem, quia pater perfectior, ergo amabilior; & consequenter pater magis diligit filium, quàm mater, cùm amare simultaneum exposcat æqualiter amorem, nec amor alio pretio, quàm se ipso emitur, Tiraquel. *de leg. connubial. l.* 13. *n.* 44. & *n.* 45. 18

19 Huc vergit illa quæstio, an filius magis diligat patrem, quàm matrem, cum à patre accipiat eruditionem, sicut nutritionem à matre, teste Aristotele 1. *Oeconomicor. cap.* 3. Dicendum est secundùm aliquos, tempore infantiæ magis diligere matrem, cùm pro eo tempore magis egeat matre, quàm patre, post infantiam egere potius patre, quàm matre. Ideo ab eo tempore magis diligere patrem. Pater enim erudit filium, illique thesaurizat, *l. nam etsi. ff. de inoffic. testam.* ac proinde magis sequitur patrem. His concinit illud Aristotelis 8. *Ethicor. cap.* 12. Parentes filios suos, statim vt nati sunt, amant, at verò filij parentes ipsos temporis processu, & cognitione diligunt.

20 Quamuis ergo absolutè dicendum sit amorem paternum materno præferendum esse, magísque patrem diligendum, quàm matrem, in aliquo casu mater potest magis diligi, quàm pater actuali amore, teste D. Ambros. *lib. de officiis*, vbi ait *cap.* 7. bonos domesticos malis filiis esse præferendos: sic mater magis diligi potest, quàm pater, si ipsa est valde sollicita de filiis, tam circa temporalia, quàm spiritualia, & pater neutrius est studiosus; imò filiorum saluti spirituali minimè consulens, & bona temporalia dilapidat, in hoc casu filij magis subuenire matri, quàm patri, & maius bonum matri optare tenentur, in qua maior spectatur amor. Ita Bañes 2. 2. *quæst.* 26. *art.* 10. & Emmanuel Rodri. *in summa* 1. *p. cap.* 14. *conclus.* 10. Aragon. 2. 2. *quæst.* 26. *art.* 10. Extra verò casus particulares in quibus potest contingere, vt amor, vel dissoluatur, vel minuatur, vt docet Aristoteles 8. *Ethicor. cap.* 7. Dicendum est per se loquendo patrem, quà pater est, esse magis diligendum à filio, quàm matrem, in quantum mater est; quia vterque diligitur, vt principium naturæ, sed pater est principium excellentius, nempe actiuum, & mater minus nobile, nempe passiuum. Item pater in familia est caput, & in generatione, vt dictum est, potior causa. Nec refert si mater plus laboret, ac fert in pariendo, & educando filios paruulos; quia præualet ratio, & auctoritas patris. Denique patris amor est fortior, & stabilior, quæ omnia obligant de se ad amandum: Ita D. Thomas *vbi supra art.* 10. Richard. *in* 3. *quæst.* 8. *dist.* 29. Valent. *tom.* 3. *disp.* 3. *quæst.* 4. *punct.* 5. Ex quibus colliges, quid respondendum sit ad argumenta pro parte matris ad initium posita. Vide si placet Ioan. de Lignano *tract. de amicitia*, §. & *surgit.* vbi de hac re plenè pro vtraque parte.

21 His annectenda est illa difficultas, an filius possit occidere patrem volentem occidere innocentem, quem de facto est interfecturus, nisi occidatur à filio? Respondeo primo licitum est cuiquam inuasorem interficere suum, si aliter se ab illo defendere non potest, quia iniustè inuaditur; quod procedit non solùm pro defensione vitæ, & corporis sui, sed etiam pro defensione rerum suarum: est communis, quod possit occidere pro vita propria tuenda: Ita D. Thom. 2. 2. *quæst.* 64. *art.* 7. Caiet. & Salon *ibidem*, Victoria *in relect. de homicidio n.* 17. 22

Nauarr. *in Manual. cap. 15. num. 2.* Idem Caietan.
verbo homicidium §. 1. Petrus Nauarra *lib. 2. de resti-
tut. cap. 3. n. 332.* Sà *in summ. verbo, homicidium, n. 6.
& 9.* Iul. Clar. *verbo, homicidium, num. 25.* Couar. *in
Clement. si furiosus, p. 3. §. vnico, n. 1. de homicidio* 16.
Gregor. de Valent. *tom. 3. disp. 5. quæst. 8. punct. 4.* &
Less. *lib. 2. cap. 9. dub. 13.* Ratio, quia licitum est vni-
cuique de iure naturali conseruare vitam propriam,
quamuis alius sit occidendus. Item quia licitum est
defendere innocentem proximum, ergo se ipsum
potest defendere, dum impetitur iniustè.

Quod verò possit pro defensione rerum suarum,
est etiam communis, teste eodem Iul. *vbi suprà,*
quandiu durat inuasio, si aliter defendi non potest:
ita Nauar. & Victoria, & Petrus Nauarra *d. cap. 3.
num. 415.* & Ludouic. de Beia *in responsione casuum,
casu 22. cap. 2. dubio 1. ad vlt.* Syluest. *verbo homici-
dium 1. quæst. 2. vers. 5.* Caiet. 2. 2. *quæst. 64. art. 7.* Sa-
lon *controuersia* 1. & alij ex eo fundamento, quia
cui licet vitam tueri, licet res necessarias defendere
ad vitam tuendam, & conseruandam, modò sint bo-
na magni momenti, & aliâ viâ honestâ non possint
recuperari moraliter loquendo, ita Doctores citati.

Respondeo secundò, posse quemcunque vitam
proximi iniustè impetiti defendere etiam cum mor-
te inuasoris, si aliter defendi non potest: ita Iul.
Clar. *suprà num. 27.* Gamma, *consl. 68.* Quod exten-
ditur licitum esse etiam propter honorem, & fortu-
nas proximi: ita Salon 2. 2. *quæst. 64. art. 7. controu. 2.
corol. 1.* Sà *verbo homicidium, num. 6.* Ludo. Lop. *1. p.
Instructory cap. 62.* Lessius *supra* vbi ait *n. 87.* etiam
si inuasioni causam dederit: imo charitas ad hoc
obligat: ideò si proximus, & eius bonum aliter de-
fendi nequeunt, inuasor potest occidi. Quare si vi-
deo auferri bona proximi, & ille non potest resiste-
re, vel saltem probabiliter dubito, an possit resiste-
re; possum subuenire, ne à suis bonis spolietur, etiam
occidendo furem: ita Petr. Nauarra *suprà num. 419.*
& alij quibus accedit, modò sit coniunctus inuasus,
vel opem efflagitet, sic Less. *n. 88.* & Filliuc. *n. 55.*

Respondeo tertiò non teneri filium defendere
innocentem inuasum iniustè à patre, si non potest
alio modo, quàm patrem proprium necando, nec
23 posse illum occidere, vt defendat alterum. Ratio,
quia id repugnat amori, obedientiæ, ac pietati filio-
rum in parentes, ita Suar. *tract. 3. de ordin. seruand.
disp. 9. sect. 4. n. 15.* Lessius *lib. 2. cap. 9. dubio 13. n. 92.*
Vnde reiiciendus est Victoria *in manu scriptis ad
quæst. 26. 2. 2.* & alij dum dicunt in hoc casu posse
patrem occidi, non tamen teneri: quia nec potest,
nec tenetur: nam nemo tenetur subuenire alteri ex-
tremè indigenti, relicto patre in eadem necessitate;
quia ius paternum in humanis est summum. Quod
procedit etiam teste Suar. *supra* dicente, non teneri
fratrem occidere fratrem, aut amicum inuadentes
proximum, si aliter proximus non potest defendi:
quoniam, quamuis teneatur defendere proximum;
non tamen tenetur cum tanta iactura, ac damno
proprio. Item, quia auctore Almaino *in 3. senten.
24 dist. 29. quæst. 1.* non videtur obligare præceptum
charitatis cum tanto rigore, & ob id ipse opinatur
neminem teneri occidere quemquam, vt liberet à
morte hominem priuatum, quod Suar. putat proba-
bile stando intra legem charitatis, cùm interficere
aliquem sit odiosum naturæ, & valdè repugnans;
maximè quando inuasus est priuata persona, & in-
uasor est mihi coniunctus, vel amicus intimus; à quo
beneficia multa accepi. Quod probatur ex dictis à
Lessio *lib. 2. cap. 9. dubio 13. n. 92.* & Filliuc. *tom. 2.
tract. 29. cap. 3. n. 57.* Asserentibus neminem teneri,
quando est persona priuata, tueri vitam alterius pri-
uati, cum morte inuasoris. Ex ea ratione, quia vbi
sunt detrimenta paria, nemo tenetur alteri necem
inferre, vt alterum à morte liberet: quod tanquam
certum, & verum tradunt, subduntque posse quem-
quam permittere sui occisionem ab inuasore, nec
teneri defendere vitam suam cum morte illius.

Sed quid si Titius videat parari mortem patri suo 25
infallibiliter à Cain, quam pater non potest euade-
re? Respondeo requiri, vt præuentio possit esse lici-
ta, quòd detur inuasio, seu aggressio vera, & per vim
facta; tunc enim fas est præuenire, quia præuentio
censetur actualis defensio, & propulsatio iniuriæ il-
latæ. Vnde si pater sit in domo reclusus, & filius vi-
deat Titium arma parare, & insidias tendere, & vel-
le irruere, dum domo exierit, poterit Titium occi-
dere, & morte illius præuenta patrem liberare. Ra-
tio, quia illa præparatio actualis, ac inuasio aliter
impediri non poterat, & præuentio censetur vera
defensio: ita Salon 2. 2. *quæst. 64. art. 7. controuers. 1.
conclus. 3.* Nauarra *lib. 2. de restit. cap. 3. n. 349.* Valen.
tom. 3. disp. 5. q. 8. punct. 4. dubio 1. ad primum, & alij.
Non tamen sufficit, vt quis possit præuenire, & oc-
cidere inimicum, quæcunque suspicio, quia in tali
casu peccat grauiter, & talis occisio est pura præuen-
tio, non autem vera aggressio, nec defensio iusta, nec
propulsatio iniuriæ. Secùs, quando certo scit, vel 26
probabiliter timet occidendum patrem, nisi præue-
niat, quia censetur iam violentia esse actu parata, &
quasi in facto esse & mors ineuitabilis; reputaturque
que occisio præsentis mali defensio: ita præcitati,
quibus accedit D. Anton. *2. p. tit. 1. cap. 21. §. 8.* Sotus
de Iustitia lib. 5. quæst. 1. art. 8. col. 5. Beia *p. 2. respon.
casu 21.* & P. Sà *verbo homicidium n. 9.* eò quia datur
defensio, & ideo non est condemnandus occisor il-
lius, à quo alioquin esset occidendus: nec mulier, si
occidat maritum inuento pugione sub puluinari ad
ipsam occidendam, quando id ex indiciis, & conie-
cturis aliis assequitur: tunc enim non datur pura
præuentio, quæ non licet; sed vera sui defensio: ita
Nauar. *in summa cap. 15. n. 3.* Nauarra, Beia *supra,* &
Salon citatus *art. 3. controuers. 2.*

Ad hoc autem peragendum, opus est magna pru-
dentia; atque ita nulla ratione potest fieri occisio, si
alia via mortem potest inuasus euadere. Similiter
non erit licita præuentio, neque occisio, quando Iu-
dex per calumniam, & falsos testes, seu falsum pro-
cessum tibi innocenti procuret vitam, vel bona tua
eripere. Eodem modo non erit licita præuentio,
quando accusator contra te innocentem in causa
capitali per calumniam, & falsos testes sententiam
obtinuerit. Ratio, quia tam Iudicis, quàm accusato- 27
ris iniquitas non est vera aggressio, nec propria vio-
lentia, sed calumnia; quæ per testes contrarios, &
seruato Iuris ordine refellitur; non tamen per vim
repellitur. Idcirco, si nequit refelli, mortem subire
patienter debet. Ita Lessius *lib. 2. cap. 9. dubio 8. n. 47.*
Posse tamen occidi Iudicem, & accusatorem calum-
niosum tradit Bañes 2. 2. *quæst. 64. art. 7. dubio 4.* &
alij apud Lessium *suprà,* quod putat probabile Na-
uarra *de restit. lib. 2. cap. 3. n. 361.*

An liceat matri prægnanti in periculo vitæ su- 28
mere medicinam fœtui nociuam, vt vitæ propriæ
consulat, quando aliter non potest à periculo eua-
dere? Respondeo si fœtus est animatus, & de hoc
constat, vel saltem probabiliter dubitatur, non posse
licitè vti ea medicina, & procurare abortum impro-
priis potionibus ad hunc finem. Ratio, quia est in-
trinsecè malum occidere innocentem, vel exponere
illum mortis periculo. Vnde D. Ambros. *lib. 3. de offi-
ciis c. 9.* & refertur *in c. denique, 14. quæst. 5.* ait: *Si al-
ter subueniri non potest, nisi alter lædatur, commodius
esse neutrum iuuare, quam grauare alterum.* Couar. *in
Clement. si furios. p. 2. §. 3. n. 1. vers. hinc est omnino, de
homicid.*

homicid. Sanch. *lib 9. de matrim. disp.* 20. *n.* 7. Less. *lib.* 2. *de Iustitia c.* 9. *dub.* 10. *n.* 61 Sayr. *in claui lib.* 7. *c.* 12. *num* 19. Filliuc. *tom.* 2. *tract.* 29. *cap.* 6. *num.* 104. Azor. 2. *p. lib.* 2. *§. quintò quæritur cap.* 26. qui omnes loquuntur de intentione directa, quod nullo modo licet; quoniam procurare aborsum semper est peccatum mortale: siue impediatur fœtus ne concipiatur, siue etiam conceptus eiiciatur ante animationem, siue post illam; quia ante animationem est contra ordinem naturæ, cùm fœtus concipiatur, vt animetur. Item procurare abortum post animationem, est hominè interimere directè, quod nefas est.

Cæterùm quando mater est in periculo vitæ, & fœtus est animatus, nec superest aliud remedium; bene potest illa sumere potionem directè tendentem ad sanitatem, & indirectè ad aborsum; secundùm communem, ita Córdub *in summa, quæst.* 173. *& lib.* 1 *quæst. quæst.* 38. *dubio* 2. Lessius *suprà n.* 62. Sanch. *num.* 9. Filliuc. *n.* 101. *& seqq. præsertim n.* 104. Idem Lessius *n* 64. Idem Sanch. *num.* 14. Ludo. Lop. *lib.* 1. *instruct. cap.* 63. Aragon. 2. 2 *quæst.* 64. *art.* 7. & Nauarra *lib* 2. *restitut. cap.* 3. *num.* 138. *& sequent.* Ex ea ratione, quia mater in eo periculo habet ius conseruandi vitam, & ad sumendam medicinam directè tendentem ad sanitatem: quamuis inde sequatur mors indirectè fœtui, quod est per accidens. Secùs dicendum de medicamentis directè tendentibus ad occidendum fœtum: ita præcitati; quia hæc non possunt sumi à matre, etiamsi non superlit aliud remedium, nec medium, nec illa habet ius vt conseruetur vita cum occisione fœtus animati: sequitur Filliuc. *num.* 104. *ad finem* post Sanch. *n.* 17. & Lessius *num.* 63. quando constat, vel est valde probabile fœtum viuum edendum, si mater abstineat ab eo medio, & medicamento, & cum illo probabiliter moriturum, non esse licitum matri sumere etiam medicamentum suæ ægritudinis curatinum: quoniam cùm in hoc euentu concurrat vita spiritualis fœtus, ac salus corporalis matris, anteponi debet salus æterna filij, vitæ temporali matris. Accedit Petr. Nauarra *suprà num.* 143. & alij, quos referens sequitur Sayr. *num.* 19. *vers. secundò moderatius, & num.* 22. *vers. tertio. Idem sentiens.* Ex eo, quia proles est in extrema necessitate animæ, & seruato ordine charitatis, tenetur quisque potius subuenire saluti spirituali proximi, quàm corporali propriæ: maximè quando proximi curam habet, qualis est mater, quæ etiam propter bonum prolis potest cedere iuri suo, & abstinere ab illis medicamentis, etiam quando licitè possunt sumi, vt bono prolis consulat; sicut inuasus iuxta communem sententiam potest omittere suam defensionem, nec interficere inuasorem: ergo à fortiori licebit matri non vti potionibus nociuis proli innocenti, quamuis ipsa periclitetur: Ita Cordub. *lib.* 1. *quæstionar. q.* 38 *ad finem.* Confirmatur vltimo exemplo videntis innocentem decipi ab hæretico, nec posse liberari ab eo errore, nisi sua doctrina illi opem ferat, tenetur cum periculo vitæ illum innocentem docere, & liberare, ne ab hæretico decipiatur, ita Valen. *tom.* 3. *disp.* 3. *q* 4. *punct.* 3. Salon. 2. 2. *quæst* 64. *art.* 7. *controuers.* 1. quos referens sequitur Sayr. *d. num.* 22. *ad medium.*

An verò mater, quando fœtus non est animatus, possit procurare aborsum, & sumere medicinam ad id tendentem, vt consulat vitæ propriæ, quando aliter illi consulere non potest? Petr. Nauarra *lib.* 2. *de restitut. cap.* 3. *difficul* 2. *de indirectè occidente, in noua editione, num.* 132. negat licitum esse, tunc procurare aborsum, eò quia censetur homicida, qui propinat aliquid fœminæ, quo prolis conceptio, aut natiuitas impediatur. Sayr. *in claui, lib.* 7. *c.* 12. *n.* 19. Diuus tamen Antoninus 3. *p. tit.* 7. *cap.* 2. *§.* 2. & Syl. *verbo, Medicus, quæst* 4. *dicto* 2 tradunt præbere Medicinas, quibus sequatur aborsus fœtus nondum animati ad occultandum matris peccatum, esse malum, & illicitum: secùs autem ad præseruandam matrem à periculo mortis, in quod incidit ex puerperio. Idem videtur tradere Couar. *in Clement. si furiosus, de homicidio* 1. *p. §.* 3. *num.* 1. *ad finem*, dum concedit fas esse in hoc casu dare causam abortui, quod expressè vult Nauar. *in summa Latina*, & multo expressiùs *in summa Hispana cap.* 25. *n.* 62. Corduba *in summa, quæst.* 173. *dicto* 4. Emmanuel Sà *Summa verbo, Homicidium, in principio*, & Graffis 1. *p. decis. lib.* 2. *cap.* 63. *n.* 24. post Ioan. de Neapoli *quodlibeto* 10. *vers. sed quæritur.*

29 Quare dicendum est probabilius esse, posse matrem assumere potionem ad procurandum aborsum ante animationem, eò quia fœtus in eo statu pars est viscerum matris; sed pars corporis potest abscindi pro conseruatione totius: ergo potest procurare aborsum; & pars, ne pereat totum, perire valet: vt patet ex traditis à Lessio *de Iustitia lib.* 2. *cap.* 9. *dubio* 14. *cum seqq.* vbi dicitur licita esse dispositio de membris ob salutem totius, quando aliter totum saluari non potest: ita Tolet. *lib.* 5. *in summa cap.* 6. & est communis, Sanch. *lib.* 9. *de matrim. disput.* 20. *num.* 8. *&* 9. & rursus idem confirmat *n.* 18. *&* 19. *vers. ego autem omnino sum in opposita sententia, & credo licere id medicamentum applicare.*

30 In euentu autem dubio, quando mater, & fœtus sunt in æquali periculo vitæ, & fœtus etiam in periculo spirituali, quia fortè est animatus probabiliter? Responsio sit in hoc euentu licitum esse vti medicamentis ex se salutiferis cum fœtus periculo: vbi tamen æqualiter ordinantur ad sanitatem matris, & ad fœtui nocendum, & aborsum illius, negat licitum esse illis vti matrem ad vitam propriam defendendam, nec Medicum posse illa applicare, Cordub. *in summa, quæst.* 173. *dicto* 2. Ludo. Lop. 1. *p. Instruct. cap* 63. *§. Sed in casu dubio*, Manuel 1. *tom. summa cap.* 5. *conclu.* 3. *num.* 3. Sanch. tamen *d. disp.* 20. *num.* 18. existimat licere; quia mater habet fortius ius ad vitam propriam tuendam, quam fœtus ipse: & confirmatur, quia matre pereunte, euasio fœtus erit quasi miraculosa; quia rarissimum est matre obeunte vi morbi, fœtum in lucem edere. Item quoniam inuadente fera matrem fugientem cum aborsus periculo nullus damnabit, si contingat aborsus fœtus per accidens sequutus: idem Sanchez *ibidem num.* 14. vbi concludit licitum esse medicamentis vti ad salutem per se tendentibus, cum aborsus periculo, vt etiam volunt Bannes 2. 2. *quæst.* 40. *art.* 1. *dubio* 11. *concl.* 2. *vers. confirmatur primo*, & Henriq. *lib.* 11. *de matrim. cap.* 16. *n.* 8.

Contra verò quando probabiliter timetur mors futura pueri, si tamen non adhibeatur tale medicamentum, & speraretur vita fœtus cum periculo matris, nefas erit tale medicamentum sumere, sed tenebitur fœmina patienter mortem subire: ita Petr. Nauarra *suprà num.* 143. Ex eo argumento; quia non agitur in hoc caso de periculo corporis pueri, sed de periculo spirituali eiusdem, quia est fœtus extremè indigens circa periculum animæ: in quo vnusquisque secundùm ordinem charitatis debet anteponere salutem spiritualem proximi saluti propriæ corporali, præsertim quando illius sibi curam commissam habet, & fœtui sibi subuenire non potest pro salute spirituali sine alterius subsidio. Vnde cùm fœtus neutiquam valeat consulere saluti suæ spirituali, nec alter excepta matre, quæ habet curam fœtus, si ipse potest exire in lucem, vt baptizetur, mater cum periculo proprio debet hoc sustinere;

argum…

argumento, & eaemplo, quibus vtuntur Gregor. de Valen. 2. 2. *disp. 3. tom. 3. quæst. 4. punct. 3. &* Salon *ibidem quæst. 64. art. 7. controuers. 1. conclu. 3. ad* 2. Sicut filio fideli, qui nondum est baptizatus, posito apud infideles n articulo mortis ex lege charitatis debet subueniri à quocunque priuato, vt baptizetur cum dispendio vitæ propriæ, cùm sit in extrema necessitate spirituali, Petr. Nauarra *supra lib. 2. de restit. cap. 3. num.* 132. Valent. *supra disp.* 3. *q. 4. punct.* 3. & alij, quos sequitur Say. *in claui lib. 7. cap. 12. num. 22. ad finem* vbi addit in hoc casu proposito de matre, si Medicus probabiliter rudicet matrem simul cum puero morituram, si abstineat à medicamento, posse sanguinem minui, & vti aliis medicinis dummodò sint principaliter, & sua natura causatiuæ sanitatis, vt alter ex duobus saluetur: secus si sint suapte natura tam mortiferæ, quàm salutiferæ, & ita constet tam matrem, quàm fætum morituros: si tamen mater tali medicamento vtatur, & euentus est in dubio, an proles vel mater euadet, in hoc casu, non licet prægnanti talem medicinam propinare, ita Antonin. 3. *p. tit. 7. cap.* 2. §. 2. Siluest. *verbo, bellum* 1. *q.* 4. & Cordub. *in summa q.* 163. eò quòd propinans talem medicinam exponit se periculo occidendi matrem, vel fætum, vel vtrumque. Nihilominus oppositum est dicendum cum Sanch. *supra d. q. 20. num.* 18. vbi concludit licitum esse matri vti medicina, cum potius ius habeat ad tuendam vitam propriam, quàm fætus ipse.

Non est tamen licitum ad vitandum periculum vitæ imminens ex partu, aut ex iactura famæ, quam puella timet probabiliter, si detegatur crimen, si concipiat, aut fætus in lucem veniat, dare eidem aliquid, quo conceptio, aut natiuitas impediatur, quia periculum in hoc casu non vrget, neque est præsens, sed longè distat, & aliis mediis impediri potest, & euitari, & nullo bono fine cohonestari potest: ita Nauar. *in summa cap.* 16. *num.* 33. sequitur Sanch. *d. disp.* 20. *num.* 10 Filliuc. *vbi supra cap.* 6. *num.* 103. & Azor. *p.* 3. *lib. 2. cap. 4. q.* 2. quamuis aliqui contradicant, quos ipse *ibi* refellit, eò quia fætus in his casibus non est aggressor.

Excipit ipse Sanch. *num.* 11. casum, quando scilicet fæmina post stuprum statim sumit potionem ad cautelam, antequam scilicet se concepisse, vel vbi primum id scit, vt fætum abigat, si probabiliter credit ex conceptione sequuta sibi à suis vitam eripiendam in quo euentu admittit id licere, ne vitium detegatur. Idem concedit, quando fæmina contraxisset sponsalia de futuro, à quibus non potest resilire sine scandalo, vel famæ iactura, cùm proles concepta prejudicet futuro marito, propter periculum supponendi alienum fætum eidem. Nihilomi-
31 nus oppositum dicendum est, quia directè procurare abortum semper est mortale: vt diximus; cùm sit contra ordinem naturæ, & damno secuto alia via occurri potest; sicut occurritur ob prolem susceptam post matrimonium ex adulterio; nam adulter credens probabiliter, aut credere debens prolem adulterinam esse suam, tenetur resarcire damnum datum marito, & filiis legitimis: ita Arago. 2. 2. *q.* 62. *art. 6. ante finem*, Salon *ibidem*, Nauar. *in Manuali cap. 16. num. 49. vers.* 8. Petr. Nauarra *lib 3. de restit. cap. 1. p. 2. dubio 21. num.* 157. & alij communiter, cui damno dato occurrit etiam mater, si habeat bona, de quibus possit pro suo arbitrio disponere, cùm fuerit etiam causa damni. Qua de re plenè Say. *in claui lib. 8. cap. 3. ex n. 18. vsque ad* 21. vbi communis sententia proponitur *vers. communis tamen sententia est.*

§ III.

De amore coniugali necessario ad concordiam, ac pacem alendam.

EPITOME.

32 *Amor coniugalis ex quibus causis oriatur?*
33 *Amoris coniugalis exempla.*
34 *Annulus est typus amoris coniugalis.*
35 *Amor coniugalis soluitur ex inæqualitate inter coniuges.*
36 *Amor coniugalis inter Patriarchas, & viros sanctos maximè viguit.*
37 *Inter coniuges magni æstimatur morum similitudo, & pulchritudo virtutum.*
38 *Amor mutuus reddit nuptias felices.*
39 *Amor vt vigeret inter primos parentes, fecit vt vxor ex corpore Adami esset efformata.*
40 *Diuitia, & dotes ingentes non sunt principaliter, sed minus principaliter appetenda in matrimonio.*
41 *Amor coniugalis quibus de causis minuatur, vel augeatur.*
42 *Discordia, ac iurgia inter coniuges accrescunt, si ipsi sibi ad inuicem fidem datam in matrimonio violent.*
43 *Coniuges vehementer zelotypia laborantes, non possunt pacificè viuere, sed se acriter vexant.*
44 *Coniuges tristitia & dolore conficiuntur, si alter alterum decipiat circa integritatem castimonia ante nuptias contractas.*
45 *Quale peccatum sit ante nuptias virginitatem ementiri, & remediis licitis defectum integritatis occultare, & an sponsa teneatur se prodere, & manifestare vitium hoc.*
46 *Famina non semper tenetur sub mortali detegere defectum integritatis; aliquando tamen tenebitur ad vitanda maiora mala saltem per Confessarium, quando vir id agrè patietur.*
47 *An sponsus teneatur stare promissis, quando sponsa, vel ante, vel post sponsalia passa fuit defectum integritatis, aut castitatis, cum sit vidua, seu corrupta.*

AMor coniugalis tam in sacris, quàm in humanis literis vehementer commendatur & meritissimò: cùm vxor vna caro, vnũ corpus, vna anima 32
cum viro sit: quæque de costa viri est formata, non ex pede, ne videretur facta ad seruitutẽ; vt ait Magister sentent. *lib. 2. dist.* 18. & ibi communiter Theologi, quibus accedit Nicol. de Lyra *super Genes. cap. 2. D.* Thom. etiam *in opusculo de decem preceptis, in 6. precepto*, & Hostiens. *in summa tit. de matrim. §. qualiter contrahitur col.* 7. Suffragatur D. Ambros. *lib. Hexameron. 5. cap.* 7. ibi *Non es* (ait) *Dominus, sed maritus; non ancillam sortitus es, sed vxorem: gubernatorem te Deus voluit esse sexus inferioris, non prepotentem.* Hæc ille.

Sunt ergo coniugia summo amore, & insolubili amicitia veneranda: iuxta illud Apostoli *ad Ephes. 5. Viri diligite vxores vestras, sicut Christus dilexit, Ecclesiam: & ad Colossenses 3. Viri diligite vxores vestras, & nolite amari esse ad illas.* Imò, quantò viri sunt nobiliores, tantò vxores magis diligunt: *l. si vxor. §. planè. ff. de adulter.* secundùm Oldr. *cons.* 105. Accedit, virum & vxorem socios esse Diuinæ, & humanæ domus. *l. aduersus. C. de crimine expilata hereditatis*, Quod *Genes.* 3. Adamus priùs de vxore dixit: Mulier, quam dedisti mihi sociam: quasi

vxor sit donum à Deo homini datum. Idem enim debet cogitare coniugatus cum honesta muliere, vt eam syncero amore diligat; quod dicitur *Prouerb.19. Domus*, inquit, *& diuitiæ dantur à parentibus, à Domino autem propriè vxor prudens.* Ex quo patet donum esse non humanum, sed diuinum: cuius meminit Aristoteles 2. *Oeconomico.* dum dixit vxorem venire ex ara Deorum; & sunt duo in carne vna, vt etiam habetur *in cap.1. de coniugio lepros.* quæ sunt argumenta ad amorem viri erga vxorem maximè conducentia.

33 Exemplum synceri, & honesti amoris in vxorem extitit Isaac, qui Rebeccam vxorem ita dilexit, vt tristitiam, quam ex morte matris susceperat, illius amore temperaret, vt testatur Sacra Pagina *Genes.* 24. Nec dissimilis fuit Iacob, qui pro Rachele vxore socero suo septem seruiuit annis, *Genes.* 29. ibi: *Et videbantur illi dies pauci propter amoris magnitudinem*, quæ tanta esse debet inter coniuges, vt non solùm ex vtroque vnum fiat corpus, sed etiam in vnum spiritum vnanimiter conueniant: quod prædixit Malachias *cap. 2. num. 14. & 15.* ibi: *Hæc particeps tua, & vxor fœderis tui? Nonne vnus fecit, & residuum spiritus eius est?* Sic ille: Vbi vocat vxorem, *residuum spiritus viri*, quasi alter coniux dimidium spiritum sortiatur, & dimidio fruatur: vterque tamen integro spiritu, vnicóque, hoc est indiuiso gaudeat, & nollo vitæ tempore diuidatur, aut dissoluatur: quem amorem, & quam vnitatem vocauit D. Ambros. *lib. 8. in Lucam cap. 16.* Harmoniam, quæ dissoluitur, si voces inter se dissimiles concorditer non respondeant: atque ita significari voluit, hunc mutuum amorem, vt inter coniuges consetuetur, non posse aliter temperari, nisi ex vtraque parte amor coniugalis æqualiter respondeat; *Quos Deus coniunxit*, &c. vbi harmonia non est, sed pugna, atque dissentio, quæ non est à Deo, quia Deus charitas est.

34 Huius etiam amoris typus est annulus matrimonialis aureus, & rotundus, & in quarto digito insertus; & sicut aurum cæteris metallis solet excellere; sic amor coniugalis cæteros debet superare. Quod probatur ex amore Isaci in Rebeccam, & ex illo Psalmi 44. *Audi filia, & vide, & inclina aurem tuam, & obliuiscere populum tuum, & domum patris tui*, nimirum ad diligendum sponsum cælestem, vt inde colligatur qualis debeat esse coniugalis amor. Quamobrem *relinquet homo patrem, & matrem, &c.* quod intelligitur durante vita, vt constat ex definitione legali ipsius matrimonij, quod est viri, & mulieris coniunctio indiuiduam vitæ consuetudinem continens. *Instit. de patria potestate, in principio, & in cap. illud. de præsumpt.* & patet ex annulo aureo, & rotundo, amorem coniugalem perpetuum significante, & nunquam finiendum, dum vita comes fuerit.

Nec obest, quòd societas perpetuò duratura non possit contrahi, secundùm *l. si conuenerit, ff. pro socio, & l. in hoc iudicio. §. si conuenerit, ff. communi diuidundo*; Quia leges loquuntur de humana societate, non verò de hac, quæ est diuina; cuius amor etiam post mortem alterius in hac vita perseuerat, vt passim videmus, ita vt coniux superstes nisi declaret vbi vult sepeliri, & à fortiori, si declaret, sepeliendos est cum altero coniuge; secundùm Panorm. *in cap. de vxore, de sepulturis.* Pro quo facit illud Augustini in *cap. vna quaque mulier. decima tertia. q. 2.* Mulier virum sequatur suum siue in vita, siue in morte. Ex quibus ostenditur amorem coniugalem mutuum de se non solùm esse magnum, sed perpetuum; quod intelligitur maximè de amore ordinato, & discreto, qualis commendatur à D. Hieronymo *Ecclesi. 9. lib. 1. contra Iouinianum*, S... *quis*, iudicio amare debet coniugem, ... Ratio, quia immoderatus amor damnatur ... *Ecclesi. Ne zeles mulierem sinus tui*: cui ... reddit idem Hieronymus dicens, inter ... originem amoris esse honestam, sed magnitu... deformem. Est namque matrimonium hon... sed talis amor, cùm est deordinatus, est vilis, prehensibilis: secùs verò quando est castus, & ... cerus, & intra terminos matrimoniales coercet... Vnde secundùm Cæpolam *consil. 5. col. 4.* & alij quamuis teneatur filius plus reuereri parentes, ... ueatur tamen plus diligere vxorem, & vxor virum: ad quod conducit significatio annuli in quarto digito collati, vbi vena existit, quæ ad cor vsque permeat. Ex quo sequitur amorem coniugum, non solum esse fidelem, sed cordialem, *cap. fœmina, 30. quæst. 5.* Adeò vt non possit matrimonium consummatum, etiam amore Dei, & ingressu religionis, vel aliquo alio casu, etiam de consensu vtriusque coniugis dissolui, vt constat *ex cap. commissum, de sponsal. & ex tit. de coniug. lepros.*

Sed quæres cùm hæc ita sint, vel saltem ita debeant esse, cur passim oppositum inueniatur? Respondeo imprimis id posse oriri ex inæqualitate, vel dissimilitudine reperta inter coniuges; quod probatur ex Eccles. 13. *Omne*, inquit, *animal diligit simile sibi, & omnis homo similem sibi. Omnis caro ad similem sibi coniungetur, & omnis homo simili sui sociabitur.* Quod etiam Cleobulus sextus è septem Græciæ Sapientibus dixit: *Vxorem ducito de paribus; quia si ex maioribus duxeris, cognatos habebis Dominos.* Item sicut æqualitas, & similitudo secum ducunt amorem, & beneuolentiam, pariuntque concordiam; ita inæqualitas, ac dissimilitudo generant odia, atque inimicitias, teste Boëtio *lib. 1. de Musica, cap. item* 1. & dixit Theognis amicitiam cohærere inter vicinos, & æquales: & probat text. *in cap. non omnis, 32. quæst. 11.* vbi dicitur, quòd nuptiarum fœdera inter coæquales legitima sunt. Sequitur Ioan. Fab. *Instit. de nuptiis, super rubric.* quod nubatis pari, vbi commendatur paritas inter coniuges, quoad statum, & genus. Nec discordat Columella *lib. 5. de rustica cap. 11* Omnis, *inquit*, surculus omni arbori inseri potest, si non est ei, cui inseritur, cortice dissimilis: & infra *eodem cap.* addit, cautum esse apud veteres eos tantùm surculos posse cohærere, qui sunt cortice, & fructu similes iis arboribus, quibus inseruntur. Accedit D. Ambros. lib. de officiis dicens; maximè, pares paribus delectari: pares autem cum paribus facillime congregantur: quod non latuit Ciceronem in oratione pro Aulo Cluentio. Quæ sententia desumpta fuit ex ipsius Platonis Phædro, cuius meminit Bartol. *in l. si diuortio, col. penult. ff. de verbor. obligatio.* Quæ solet afferri ad suadenda matrimonia inter æquales coniuges, quia ex eorum inæqualitate, & iurgia, & discordiæ prosultant. Ob quam causam, teste Valerio *lib. 7. tit. de sapient. dictis, & factis*, quidam vnicam habens filiam, Themistoclem rogauit, vtrùm eam traderet in matrimonium bono viro pauperi, & sapienti; aut minus probato diuiti? Ego, *inquit*, malo virum egentem pecunia, quàm pecuniam egentem viro; quibus verbis damnat eos, qui potius videntur contrahere cum diuitiis, quàm cum vxore, & potius videntur coëmere vxores, quàm ducere: inter quos cum sint impares genere, ac nobilitate, vel etiam ætate valde dissimiles, concordia rescinditur, & amor coniugalis læditur. Vnde matrimonium leges inter pares præsumunt, non vero inter dissimiles, & valde impares, text. *in l. Imperial. §. imo, C. de nuptiis.* Iuuat *l. vidua*, ibi: *Vt si pares sint genere, &* 35 iterum

iterum *l. si donationum*, ibi *inter pares C. de nuptiis*. quod afferuit Angel. *in §. & ex illum text. in Anthen. quib. mod. natur. effic. legit.* & Castrens. *in l. donationes, in fine de donat.* Consentit Boetius in commentar. Topic. Ciceronis dicens, nuptias inter impares contractas iure contractas non esse. Quæ omnia demonstrant plerumque matrimonia ritè & rectè inter inæquales celebrata non eum habuisse successum, qui optabatur: ex ea ratione, quia non solùm in matrimonio, sed etiam in quacumque societate, amor, qui à dissimilibus nascitur, durus est, nec perseuerat: contrà verò, qui promanat ex similitudine perpetuus est, teste Platone in *Lyside* dicente: *Simile simili necessario semper amicum esse.*

36 Vnde inter æquales societas magnifit, inter impares minimè, & ex consequenti inter nobiliores, & ignobiles, & inter ditiores, & pauperes non sustinetur, vt ait Aristoteles lib. 1. Ethicor. cap. 11. vbi agit de iucundis, traditq; e, quod secundùm naturam est, iucundum esse, omniaque genere inter se coniuncta, secundùm naturam coniuncta esse. Nam ex æqualitate, & ex similitudine amor coniugalis augetur, & concordia opulescit, & quæ vxor est habetur loco filiæ, vt ostenditur ex 2. *Regum, cap.* 12. Erat inquit nempe Vriæ illi sicut filia, pro nimio amore, quo illam Vrias diligebat, cùm esset vxor.

37 Ex eadem morum æqualitate, & similitudine de Zacharia, & Elisabetha legitur, *Luc.* 1. & commendatur maxima concordia inter eos, vt incederent vnanimiter sine vlla querela in omnibus iustificationibus legis. Quare veteres Patriarchæ non quærebant multam substantiam, non diuitias, non iugera agri, sed animi dotes, & nobilitatem morum, teste Ambros. *lib.* 1. *de Abraham cap.* 9. Disce, inquit, quid in vxore quæratur; non aurum, non argentum quæsiuit Abraham, non possessiones, sed gratiam bonæ indolis, quæ societatem, & amorem inter coniuges conseruat. In cuius testimonium afferri potest fuisse primam matrem efformatam

38 ex corpore Adami dormientis, non verò vigilantis *Genes.* 2. ne videlicet cum dolore aliquo educta, occasio esset alicuius iræ, aut maleuolentiæ in posterum, quamuis eo ipso, quod Eua fuit ædificata ex corpore Adami, sublata est omnis occasio rixandi, quia nemo se ipsum odit, nec sibi indignatur nec sibi malum optat.

39 Confirmat Eusebius *lib.* 3. *de præparat. Euangel. cap.* 1. in more positum esse apud Gentiles fieri Iunoni, quæ Dea nuptiarum credebatur, sacrificia, vbi victima sine felle immolabatur, vt excluderetur à nuptiis omnis species, tam odij, quàm amaritudinis.

40 Sed quid dicendum de existimantibus matrimonia non esse celebranda sine dote copiosa ad onera eorum subleuanda? Respondetur apud Sapientes non esse diuitias in consideratione principaliter, sed secundariò. Nam virtus & interiores animi dotes præferendæ sunt diuitiis. Optima dos morum integritas: diuitiæ pereunt. Testis Seneca *lib.* 5. *epistol. epistol.* 41. ibi: Non faciunt meliorem equum aurei freni, aliter Leo aurata iuba nitet, dum contrectatur, & ad patientiam recipiendi ornamenta cogitur fatigatus. Nemo glorietur, nisi de suo, debet. Sic ille. Ergo in vxore primariò quærendæ morum integritas, secundariò verò diuitiæ attendantur. Facit Ioan. Faber. *in rubrica Institut. de nuptiis*, vbi commendat, & commendantur in *l. honor. §. de honoribus, ff. de muneribus, & honoribus*, quæ sint in nuptiis consideranda, in primis persona, secundò origo natalium, postremò facultates, quasi diuitiæ debeant attendi vltimo loco in matrimonio, & primo loco morum integritas, secundo genus, & prosapia; ex quo apud Scytas fieri solebat, quod filias elocabant iis, qui ex bonis parentibus procreati erant, subdentes dotem magnam esse, parentum virtutem, auctore Democrito. Quibus positis decisum est, melius esse bene educatam ducere vxorem sine dote, quàm male instructam cum opulenta, quia ornamenta temporalia decursu temporis consenescunt, animi verò cultus perpetuò durat. Lege Pererium *lib.* 4. *in Genes. de creatione hominis, cap.* 2. *q.* 4.

Ex quibus ergo causis augeatur, & conseruetur amor coniugalis, patet, ex paritate scilicet in genere, & ex diuitiis, & ex ætate, quæ si magna sit, & alter alterum longè excedat, est nouerca amoris, & mater odij, sicut paritas ætatis in vtroque ponto amoris est parens. 41

Decrescit autem inter coniuges amor, si violetur fides matrimonialis, nam crimen adulterij, vt ait Bald. *in cap. ac si clerici. §. de adulteriis, extra. de iudiciis col. penult.* est odibile, & impatibile vtrique coniugi, infecit etiam famam liberorum, & est crimen grauissimum: probatur ex *cap. vt clericorum*, & ibi Bald. *de vita, & honestate clericorum*, facitque diuortium perpetuum, quoad thorum, & habitationem, vt patet ex *cap.* 5. *& cap.* 19. *Matth. & ex cap. signi ... & cap. gaudemus, & ex cap. ex litteris. de diuortiis*, & est de fide, Sanch. *lib.* 10. *de matrim. disp.* 5. *num.* 2. Cæteræ vero causæ, quæ faciunt diuortium, non efficiunt illud perpetuum nisi ad tempus, quo durant, quia causa in fornicatione est ex ipsa coniugij natura, eo quia fides promissa violata est, & hæc cum sit perpetua, ita & dimissio est perpetua: reliquæ autem causæ ex natura ipsius coniugij non sunt perpetuæ, & ex consequenti do... dum ipsæ perseuerant, conceditur diuortium. Vnde leproso coniugi tenetur sanus debitum reddere, quando redditio non cedit in reddentis notabile detrimentum; quòd si detur damnum notabile, excusabitur à debito reddendo, non tamen dabitur diuortium perpetuum, nisi quandiu dabitur periculum infectionis: idem dicitur de laborante morbo venereo, Graffis *in decis. p.* 1. *lib.* 2. *cap.* 38. *num.* 6. Henriquez *in summa lib.* ... *cap.* 15. *num.* 7. Reginald. *in praxi lib.* 31. *num.* 234. Sanch. *de matrim. lib.* 9. *disp.* 24. *num.* 17. & alij, quos referens sequitur Barbos. *in cap. quoniam num.* 2. *& 3. de coniugio leprosorum.* 42

Cæterum coniuges sunt pares in diuortio faciendo perpetuo ob fornicationem, & non solùm vir innocens potest adulteram vxorem dimittere, sed etiam vxor innocens virum adulterum deserere, ita Magister *in* 4. *sentent. dist.* 35. vbi Albert. Magnus *art.* 14. *& 19.* Dinus Anton. 3. *p. tit.* 1. *cap.* 21. *§.* 5. *in principio*, Ouandus *in* 4. *nst.* 35 *quæst. vnica, propos.* 1. Caiet. sibi contrarius in *opusc. tom.* 1. *tract.* 29. *de reddit. debiti inter coniuges altero adulterante*, neque necessaria est monitio, vt vir pœniteat adulterij, sedante monitionem eo ipso, quòd vir est adulter, potest vxor ad diuortium tendere, illúdque procurare, Sanch. *lib.* 10. *disp.* 3 *ex n.* 6. *ad n.* 8.

Oportet ergo, vt amor inter coniuges perseueret quòd fides coniugij inuiolata seruetur, & vterque possideat suum vas cum honore, vt notat Hieronymus *in Amos.* 7. viri enim adultera vxorum ægriùs patiuntur, quàm mortem filiorum, idem Bald. *in l. Athletas. §. calumniator, ff. de his qui not. infam.* & in *cap. ex parte nostra*, & ibi Barbos. *col. penult. de consuet.*

Sed quid dicendum de Zelotypia, quæ oritur ex amore non patiente consortium in re amata secundum 43

secundùm ea quæ ea Cypriano dicuntur *in cap. nec aliqua* 27. *q.* 1. qua sanè ægritudine grauiter laborarut Iudæi, vt patet ea lege & sacrificio Zelotipiæ, de quibus *Num. c.* 5. & refert Grat. 2. *q.* 5. *c. in libro.* etiam aduertit hoc purgationis genus obsoleuisse, & inhibitum fuisse: sedandus itaque sedulò est præpotens ille animi motus, ne dicam furor, qui amorē cóiugalem summoperè imminuit, & ad insaniam plerumque deducit, vt dicitur *Prouerb.* 6. ibi: *Zelus, & furor viri non parcet in die vindictæ, nec acquiescet cuiusquam precibus, nec suscipiet pro redemptione dona plurima.* Vbi notatur inter Zelum, & furorem ferè nihil distare, & coniuges sibi fieri valde odiosos, quamuis Zelus magis propriè sit effectus amoris, quàm odij, teste D. Thom. *vbi suprà.* Nihilominus omne impediens perfectionem rei amatæ, fit amanti valde odiosum, adeo, vt vxores interdum maritos interimant, vel è diuerso, vt meminit Valer. Maximus *lib.* 9. *cap.* 14. Cauendum est ergo à Zelotypia, tanquam à re valde ab amore mutuo conseruando aliena; quæque minuit Zelotyporum dies, & ante tempus senectutem inducit, vt habetur *Eccles. cap.* 30. Fulgos. *lib.* 4. *de coniugali charitate, & lib.* 6. *cap.* 7. *in sua collectanea, de dictis, & factis memorabilibus.*

44 Sequitur quæstio etiam minuens amorem inter coniuges, quale scilicet sit peccatum, quando corrupta fœmina integritate ementita contrahit, nubitque viro id ægerrimè ferenti? Dico primò fieri non posse, vt vitam tranquillam agant, certúmque est iurgiis, ac discordiis vitam plenam acturos. Dico
45 secundò ea Nauar. *in cap. inter verba, in 2. editione, conclus.* 1. *corollario* 16. *n.* 60. non peccare saltem mortaliter, si corrupta, existimata integra cùm non sit, se offerat coniugio, tacito vitio, quádo sponsus, quamuis sciret vitium, tamen ob pulchritudinem, vel ob dotem, vel ob amorem absolutè contraheret, etiam si non tam libenter, aut si credatur fore, vt sponsus non valde hoc malè patiatur. Ratio, quia non est Mortale, secundùm communem, tacere vitium leue rei vendendæ, vel non leue, quando emptor tamen esset empturus, licèt non tam libenter, dummodo iusto pretio res vendatur. Sic in nostro casu, quia homines attendere debent, cui periculo se exponant; item quia ipsi suos defectus etiam solent occultare, qui si scirentur etiam non contraherent. Et à fortiori hoc non erit impatibile sponso, si sponsa excellat illi, vel genere, vel diuitiis, cùm excessus in vno suppleat defectum in alio: sicut in re vendita tacito vitio minui pretium oportet, Sot. *de Iustit. lib.* 6. *q.* 4. *art.* 4. Aragon. 2. 2. *q.* 77. *art.* 3. Syl. *verbo* Emptio, *q.* 20 Armila *ibi n.* 17. Eodem modo nō censetur peccare mortaliter nubendo, quando ipsa non exposcit, sed expostitur, quamuis nō detur excessus, si ex eo, quòd illa renuat illi nubere, periculum probabile infamiæ subeat, credatúrque propter defectum integritatis noluisse nubere; argumento adulteræ, quæ regulariter non tenetur cum multo detrimento suæ famæ adulterium declarare, etiam, quando filij patris putatiui hæreditatem consequuntur. Item probatur exemplo Monialis corruptæ, quæ excusatur à mortali si acceptet oblatam sibi consecrationem: non enim tenetur suum defectum prodere, & se infamare, Sotus *in* 4. *dist.* 19 *q.* 2. *art.* 5. *ad finem*, Roder. *de regularibus tom.* 1. *q.* 64. *art.* 3. Henriq *de sacramento Ordinis c.* 24. & Sà *in sum. verbo, Consecratio, num.* 6.

Idem credit Nauar. *suprà*, de fœmina nec nobiliori, nec ditiori, vt vitet infamiam, de qua periclitatur, si non nubat; esto se offerat coniugio, modò grauia mala ex tali matrimonio non timeantur, putà si vir eam non occidat postea deprehenso vitio; vel propterea non abeat ad alias regiones procul; vel eam non affligat, vexétque continuò: quòd si aliquod ex tis malis, vel aliqua timeantur, non excusat Nauar. fœminam à Mortali sic nubentem, quamuis ipsa non se offerat propter damnum, & iniuriam inde ortam: Deniq; non peccabit mortaliter quando vitium ita est occultum, vt moraliter, non sit spes, nec periculum, quòd aliquando manifestetur, nimirum quando violator, est mortuus, vel nō reuelabitur crimen, nec deprehendetur à marito propter remedia ad id excogitata, vt probatur ex traditis à Nauar. *lib.* 2. *de restit. c.* 3. *n.* 45 t. Cordub. *quæst.* 13. *dicto* 4. Nauar. *in sum. c.* 16. *n.* 19. Gutier. *in quæst. Canon. cap.* 37. *n.* 23. Quando tamen fœmina cognita per vim, aut per dolum reperit maritum æqualem, sicut si esset integra, neque cognoscitur defectus, non tenetur auctor criminis ad vllam restitutionem, vt tradit Lopius 1. *p. instructory c.* 76. & Roder. *in sum. c.* 206. *n.* 4. quod verum est, quoad damnum datum, etiamsi fortè de vi illata, aut doli iniuria teneatur. Quare secundùm præcitatos, cùm nullum detur dānum in hoc euentu, fœmina nubendo tacito vitio non peccabit, & à fortiori, quando nubit bona fide credēs licitum esse, vt famæ suæ consulat, à qua oportet non deiici, nisi quando in aliquo casu constet fœminam peccare mortaliter propter circunstantias suprà relatas.

Dubium tamen est, an quando fœmina peccat 46
mortaliter non detegendo vitium, in eo casu, quo debet, ad vitanda mala supradicta, peccatum illud sit contra charitatem? Placet affirmare, quia datur grauis causa, & occasio viuendi in perpetuo iurgio: quod si non detur talis causa, neq; occasio, non erit Mortale contra charitatem: quia ea communi consuetudine, & vsu est receptum ex vtraq; parte contrahentium matrimonia, non detegi propria vitia, neque mediatores ad id tenentur, sed pertinet ad contrahētes de hoc inquirere: ita Nauar. *suprà n.* 60. sequitur Sanchez *lib.* 6. *de matrim. disp.* 27. *n.* 8. & *sequent.* vbi concludit fœminam defectum integritatis celantem, aut alios, non peccare contra iustitiam, quia teste D. Thom. 2. 2. *quæst.* 111. *art.* 1. *ad* 4. bonis mediis, ac remediis occultare suum vitium non est semper mendacium, D. August. consonat in *lib. de quæst. Euangelij.* dicens, non omne, quod fingimus, esse mendacium. Nihilominus si vir defectum integritatis percipiat, & ægerrimè ferat, non est dubium amorem coniugalem ob id minui, & peccatum Lethale contra charitatem esse, ita nubere tacito defectu; & ideò nec Nauar. *suprà* audet oppositum consulere, quem sequitur Sanch. *suprà n.* 10. & multo clariùs, est Mortale si sponsus dicat, contraham tecum, si es virgo, & illa dicat se esse talem: ita Sot. *in* 4. *dist.* 29 *q.* 2. *art.* 3. *post* 3. *concl. vers. his nihilominus.* quod est verum propter iniuriam illatam sponso, qui conditionem expressit, Si es virgo.

Quinimò promittens nuptias puellæ credens esse 47
virginem, alioquin non promissurus; si postea sciat non esse talem, non tenetur promissionem adimplere; quia non censetur voluisse se obligare, si notitiam defectus habuisset. Quod procedit, quamuis promissio sit iurata: Nam iuramentum non confirmat promissionem, nisi secundùm mentem, quam promittens habuit: ita Lessius *lib.* 2. *cap.* 18. *dubio* 10. *n.* 72. & *c.* 42. *dubio* 4 Et probatur; quia hæc conditio, contraho tecum, si es virgo, non tenetur; sed si talis est, statim matrimonium sustinetur, contra verò non valet, ita Sanch. *de matrim. lib.* 5. *de consensu conditionato disp.* 4. *n.* 17. post alios ibi relatos.

Porrò si contrahantur sponsalia, & sponsus credat sponsam post mortem mariti non commisisse fornicationem, probabile est propter fornicationem præcedentem non posse sponsalia dissol-

ab sponso, ita Hugo *cap. rapter. 27. quaest.* Sylvest. *verbo Sponsalia, quaest.* 10. *casu* 6. Henriq. *lib.* 11. *de matrim. cap.* 14. *num.* 6. & Ludo. Lopez 2. *p. instru. de matrim. cap.* 36. *fol.* 1036. existimantes posse rescindi sponsalia, quando sponsa putabatur virgo; secùs si sit vidua ob fornicationem præcedentem.

Probabilius tamen est posse adhuc sponsalia dissolui, quia est dedecus viro, si eam ducat, & credebat illam fuisse honestam, & pudicam post obitum mariti. Nam in iure paria sunt aliquid superuenire, & præcedere ignoranter, & res dicitur fieri, quando innotuit. *cap. pastoralis, de excep.* Atque ita cum sponsus ignorasset copulam præcedentem, quam si sciret, non contraheret, sequitur posse resilire à contractu: ita Molin. *de Iustitia, tract.* 2. *disp.* 272. §. *deinde si mulieri.* Quod etiam indistinctè tradunt Nauar. *in sum. cap.* 22. Hispanè 4. 25. Latinè 27. *casu* 9. & Philiarchus *de offic. Sacerd. tom.* 1. *p.* 2. *lib.* 2. *cap.* 1. dicentes ob fornicationem præcedentem ignoratam posse sponsalia rescindi, secus quando sponsa est impudica, & laborat infamia ob fornicationes, quamuis postea detegantur aliæ, non potest sponsus pœnitere, nec resilire ab sponsalibus: nam propter prauitas illas fornicationes sponso ignoratas, non redditur multo magis infamis apud homines, quamuis antea iam esset, neque propter illas additur notabilis mutatio, ita Molin. *vbi supra.*

---

§. IV.

Qui veniant appellatione parentum, & quæ onera illis incumbant circa educationem, & correptionem filiorum.

EPITOME.

48 *Appellatione parentum, quinam veniant.*
49 *Ascendentes per lineam paternam, & maternam an censeantur venire sub nomine parentum?*
50 *Pater spiritualis, & Magistri succedunt loco parentum.*
51 *Parentes peccant mortaliter, si notabiliter sint negligentes in erudiendis filiis. & n.* 57.
52 *Peccant parentes mortaliter si patiantur filias habere amasios.*
53 *Parentes excommunicantur, si cogant filias fieri Moniales.*
54 *Parentes peccant si permittant filias cum sponsis de futuro impudicè agere.*
55 *Sponsi quibus inter se possunt licitè vti, & quibus non coniugati.*
56 *Patres quo supplicio filios, & Domini famulos possint punire.*
57 *Parentes, & Domini puniuntur propter delicta filiorum, aut famulorum. Peccant si sint negligentes in puniendo. n.* 51.
58 *Parentes, & Domini excedentes in puniendo suos, quid incurrunt, & n.* 59. *Præsertim si sint Clerici. ibidem.*
60 *Prælati quando possint punire suos subditos per laicos.*
61 *Prælati inferiores Episcopo possint subditos verberare per se.*
62 *Clerici, an possint per laicos torqueri sine metu excommunicationis?*
63 *Magistri nostræ Societatis corrigant Clericos in minoribus per laicos: quod etiam patresfamilias faciunt per laicos. & n.* 64.

48 QVinam veniant appellatione Parentum diximus 1. *p. huius Republica in proœmio* §. 2. *n.* 3. Nunc verò, quoad præsentem rem attinet nomine Parentum in propria significatione numeratur Pater, & Mater, vt habetur *l. parentes, ff. de verbor. significat.* in lata verò significatione appellatione Patris recensentur omnes Ascendentes per lineam paternam: sicut nomine Filiorum intelliguntur Descendentes omnes *cap. nam & Rex.* vbi Gloss. *verbo, patres, de verbor. significat.* & *l. si dotale ff. soluto matrim.* Iason in *rubrica n.* 1. *ff. de liber. & posthu.* & Cardinal. Florent. *in cap. cum haberet. de eo, qui duxit in matr. quam poll. per adulter.*

Eodem modo nomen *Mater*, continet omnes Ascendentes per lineam maternam: nempe Auiam, & Proauiam, Bald. *in sua Margarita, verbo, Matris appellatio.* & *in l. Nesennius num.* 2. *ff. de negot. gest.* text. *in* §. *illud quoque,* vbi Gloss. *in Authen. vt liceat matri, & auia.* Veteres autem propriè loquendo parentes dicebant solum peruenire vsque ad Tritauos: reliquos verò vocabant Maiores. Nihilominus vsus obtinuit, vt omnes superiores Ascendentes vtriusque sexus Parentes dicerentur, vt constat ex *l. Iurisconsultus.* §. *parentes. ff. de Grad. & affinib.* & *l. appellatione parentis, ff. de verbor. significat.* & *l. quisque* §. *parentes. ff. de in ius vocando.* 49

In latissima tamen significatione veniunt nomine Parentum omnes consanguinei tam ex parte patris, quàm ex parte matris, vt docet D. Hieronymus *in* 2. *Apologia* contra Ruffinum: accedit D. Ambros. in translatione Agesippi *lib.* 1. *in oratione Herodis ad Ciues*, quæ est in *cap.* 39. *Eius libri*, vbi ait sic: Vnde curæ erit mihi, vt sponsores concordiæ adiungant liberis meis parentes, amicósque. Et paulò inferiùs: Adducebat, *inquit*, amicos regios, parentésque, & præcipuè fratrem Regis. Hæc Ambros. *cap.* 30. *eiusdem libri.* Ex quo videtur nomen Parentes, esse commune, tam cum patre, & matre, quàm cum omnibus, quos necessitudo, aut consanguinitas coniungit. Nec refragatur Ius Canonicum, vbi parentes pro consanguineis ponuntur, vt habetur *in cap vltimo, Vt clerici, vel venentes.* Ibi enim, qui primùm Consanguinei dicti sunt, paulò post Parentes vocantur. Similiter parentela pro consanguinitate constituitur. vt habetur in *c. sicut, de testibus, & in cap. fraternitatem*, vbi Panor. *in secundo notabili, de sepultur.* Quod etiam probat *cap. causam matrimonij, de offic. deleg.* & *cap. cum in tua de sponsal. & matrim.*

Secundùm verò Ius ciuile nomine Parentum, non veniunt quicunque consanguinei, sed solum Ascendentes tam per lineam maternam, quàm paternam, vt deducitur ex §. *Oeconomus, in Authen. de alien. & Emphyt.* Nam postquam parentes, & liberi nominantur, adduntur, qui genere, vel affinitate sunt coniuncti, tanquam non parentes.

Ex dictis sequitur Auos, & Proauos contineri propriè appellatione Patris ex *l. Iusta interpretatione, ff. de verbor. significat.* Facit *l. parentis appellatione, ff. eodem,* Gloss. *in d. l. iusta.* quòd vbi in Iure fit mentio de Patre, semper id intelligitur de Auo. Albert. *in* 2. *p. statutor. quaest.* 107. quod est verum in fauorabili decreto Iuris Bald. *in l. sancimus, n.* 12. *C. de inoffic. testa.* Bart. *in l. liberorum, in fine, ff. de verbor. significat.* Boër. *decis.* 241. *num.* 5. Rebuff. *de priuileg. scholar. priuilegio* 177. §. 54. Secùs in odiosis, & correctoriis, Alcianus ita *de patria potest. effectu* 1. *num.* 21. Duennas *regula* 67. *ampliat.* 4. & constat ex *l. falsa* §. *hoc capite, ff. de ritu nuptiarum, l. pater ff. de adulter.* Item more scripturæ Auos, & deinceps ascendendo Patres appellamus *cap.* 2. *de verbor. signific.* sicut etiam Auia appellatione matris continetur Decius *cons.* 656. Iuridicam. *in principio.* Alex. *cons.* 198. Perspectis. *num.* 4. *vol.* 6.

Bart.

Bart.*in leg.2.§. videndum ff. ad Tertul.* & Bald. *in d. l.Nezennius,col.1.ff. de negot. gest.* sicut appellatione Aui venit Proauus,ita Bart.*in d.l.liberorum.* Præsertim quando à lege profertur nomen *Auus* indefinitè, & simpliciter: ita Scribentes *in l. Gallus, §. idem credendum, ff.de liber.& posthu.* Bero.*cons.97. num.10. vol. 3.* Aui denique cum succedunt loco parentum, illis non existentibus tenentur habere curam nepotum, illisque subministrare necessaria, vt Azor.*2.p.lib.2.cap.4. §. vltimo.* quod Couar.extendit ad nepotes illegitimos in *Epitome 2.p.cap.8. §.6.num.16.* post Bart. *in l.penult. ff. de liber. agnos.* Cynus *in l.2.C.de alend.liber.* siue Aui sint paterni, siue materni.

Item appellatione Patris veniunt non solum
50 patres corporales, sed etiam legales. Gloss. *verbo, quamdiu,in cap.vnico,de cognat.legal.* Nauar.*in summa cap.22. n.36.* Addit patrem spiritualem, cuius officium est filios spirituales gubernare,& instituere,*cap.in decima 18. quæst. 2.* quæ spiritualitas, seu spiritualis filiatio contrahitur per immersionem,& eleuationem de fonte sacro,& per confessionem,& sacri olei vnctionem *cap.omnes,30. quæst.5.* Sed de his *2.p.disp.1.§.1.* satis. Pater vero naturalis, quæ onera sustineat, tradit Ioannes Andreas *in additionibus ad Speculat.tit. qui filij sint legitimi*: & de illo loquitur *l.si quis à liberis,& totus titulus, ff. de liber. agnosc.* Sub qua etiam significatione dicitur Pater, quicunque habet curam alterius,& procurat administrationem aliquorum bonorum, vt tutor,& curator, vt habetur *in titulo ff.de authoritate tutor. & curator.* qui omnes sub hoc nomine Parentum comprehenduntur,ita Azor.*2.p.lib.2.cap.1.* & alij apud Nauar.*in summa cap.14.à n.3.* Nam hoc nomen Parens cùm sit commune, etiam extenditur ad fœminas,sicut & ad masculos; atque ita comprehendit, tam patrem,quàm matrem,& ascendentes tam maternos, quàm paternos; sicut hoc nomen Descendentes,cùm sit commune comprehendit masculos, & fœminas, ita Decius *cons.495.n.6. & cons.570. num.10.* & probat *lex vltima C. de suis,& legitimis.* Quemadmodum nomina Posterorum, Consanguineorum, & Propinquorum extenduntur tam ad masculos, quàm ad fœminas, vt probat late Tiraquel.*in tractat.de retractu consanguinitatis, § 1.gloss. 9.num.200.201.202.vsque ad n.204.* Decius *in l.2. num.125.ff. de regul.Iuris, & in cons.527.à num.3.* & Rebuff.*in l.1.vers.13. de verbor. significat.* idem Tiraquel.*vbi suprà n.242.& alij.*

Legalis verò pater etiam comprehenditur sub nomine Patris respectu filiorum quos adoptat, seu arrogat,vt habetur *in cap.vnico,* vbi Gloss.1. & Abbas,& omnes Scribentes,*de cognatione legali,* & *l.1. & 2.per tot ff.de adoptionibus,*& *Inst.eodem titulo per totum.* Quibus accedit Socer, cui tanquam patri à nuru debetur reuerentia, & respectu illius censetur pater,nec nurus potest quandiu vir eius viuit,citare socerum,nec litigare cum ipso in Iudicio,nisi venia priùs petita,ita *l.generaliter,*vbi Gloss.fin.*ff.de in ius vocando, & § Socrum*, & constat apertè ex *lib.3 legum Lusitaniæ tit.9.§ 2.* quod etiam probat Barbos. *in l.maritum in principio, ff. soluto matrimonio,*quod resoluit procedere dum durat affinitas, sequitur alter Barbos. *in remissionibus ad 3. librum Ordinationum,d.tit.9 in text.*ibi: *Nem o segro, ou sogra.* Quod attinet ad Magistros, qui doctrina, & disciplinis discipulos informant, & bonis moribus erudiunt, non est dubium esse dignos nomine, & honore Patrum, quos honorabiliores vocat Aristoteles *lib. 9.Ethic.cap.2.* quàm qui generant: isti enim dant viuere; Magistri verò bene viuere; vt probatur ex traditis à Iacobo Rebuffo *in l.1.C.de excusat.artific. lib.10.* per text. *in §. quod sancitum. in Authent. de nuptijs.*

Quæstio est an parentes peccent mortaliter, si 51
negligentes sint in erudiendis filiis: Pro maiori intelligentia dicendum est primo, Patremfamilias maiorem curam habere circa illos,quibus præest,quàm circa reliqua,& maiorem circa liberos habere debere, quàm circa seruos,teste Aristotele *1.Politic.c.8.* & id ratio postulat,cùm pater sit causa essendi filiis, quod est maximum beneficium: similiter est causa nutritionis, seu educationis, & eruditionis,habétque naturaliter imperium in illos;idem Aristoteles *8.Ethic.cap.11.* quibus positis, constat teneri erudire filios in optimis quibusque disciplinis, cùm hoc sit pietatis officium, quod ad patrem maximè pertinet,& habetur in *l.qua pater filio,la 2. ff.famil. ercisc.*& *l. Macedoniam, C.ad S.Consult. Macedon.* Fundamentum est,quia pater tenetur filios alere,& tueri corporaliter,& docere ea, quibus se alere possint,vt ait Glos.*in l.cum post.§. generat. in verbo constaret.ff.solut.matrim.* ergo tenetur filium erudire in præceptis diuinis integrè obseruandis, quod quodammodo innuitur,& præcipitur in *l. si quis a liberis,§.non solum, ff. de liber. agnosc.* Dum ait patrem non solùm teneri filios alere, sed etiam alia onera explere,quæ patri incumbunt.Inter quæ præcipuum est erudire filios in optimis disciplinis, monente Ecclesiast *cap.23. Habes filium, erudi illum.* Item,*a puero ne subtrahe disciplinam.* Quod onus extenditur ad omnes,qui ex charitate sanguinis,& naturali ratione debent alere consanguineos, vt paternus Auus,& alij de quibus fit mentio in *d. l.si quis a liberis.* Nam hi omnes sicut tenentur, patre non existente ad impensas necessarias ad vitam,*l.qui filium, ff.vbi pupil.educa.deb.*& ibi Bald.:sic etiam tenentur erudire in iis,quæ pertinent ad bonos mores.

His ita dictis,conclusio sit:peccare mortaliter patres,si ex notabili negligentia sua filij nesciant Dei præcepta, vel illa non obseruent, Archidiaconus Flor.*in summa,verb.defecerunt,in 4.præcepto.* Itẽ peccant,si filios non doceant *Pater noster,Credo,*& Dei Mandata,Grassis *lib.2.decis.cap.59.n.18.& 19.*post Syluest.*in verbo* Scientia,*vers.secundum*, quem tefert,addens etiam sub Mortali teneri facere, vt filij discant signum Crucis,& sequitur Rodrig.*tom.1.in sum.cap.13.n 3.*& Say.*in claui lib.7.cap.7. num.1.* Similiter peccant mortaliter, si filios non corrigant circa ea,quæ sunt de necessitate salutis:quod si nequeunt eos corrigere nec verbis, nec facto, tenentur illos domo expellere, vel negare alimenta,si ex ipsis speretur emenda, vel commodum spirituale probabiliter, argumento eorum, quæ notantur *in cap.non omnis 5 q.5.* Secus si ex hac expulsione credant eos licentiùs per vitia vagaturos:quòd si in illis emendandis non desint officio boni parentis,excusantur à culpa,nec illis sunt imputanda filiorum vitia,Sylu.*in verbo* Familia *quæst.5.*& constat *ex cap. quantumlibet, & in cap.sequenti dist.47.* Grassis *vbi supra n.19.*& colligitur ex traditis ab Azor. *tom.2. Instit.moral.lib.2.cap.21. quæst.14.* Nau. *de oratione cap.3. num.20.* & Henriq *lib.11.de matrim.cap.19. num 4.*

Item peccant parentes mortaliter, si patiantur 52
filias habere amasios ob finem turpem, nec arceant eas à sodalitio, seu colloquio cum fœminis suspectis,præsertim,si sciant illas turpiter viuere, & vitæ illarum conniuent Nauar.*in sum.c.14.n.18.* Rodrig. *d.c.13.verbo, Amor de los padres,n.3.argumento cap. duo ista nomina,23.q 4.*& Say.*in claui lib.7.c.7.n 4.* quòd si parẽtes patiantur filias fucis se ornare ob vanam gloriam,aut finem venialem,peccant venialiter,vt ipsæ fœminæ se ornantes propter eũdem finẽ,

Nauarr. & Roderic. præcitati per text. in cap. 1. de offic.delegat. sicut, qui consentit in peccato socij, non grauius peccat, quàm socius, Graffis d.cap.59. num.26.

53 Peccant item mortaliter cogentes filias fieri moniales inuitas, & incidunt in excommunicationem Conc.Trident. sess.25.cap.18. ibi: Anathemati subijcit sancta Synodus omnes, & singulas personas cuiuscunque qualitatis, vel conditionis fuerint tam Clericos, quàm laicos, seculares, vel regulares, atque etiam qualibet dignitate fulgentes, si quomodocunque coegerint aliquam virginem, vel viduam, aut aliam quamcunque mulierem inuitam, præterquam in casibus in Iure expressis ad ingrediendum Monasterium, vel ad suscipiendum habitum cuiuscumque religionis, vel ad emittēdam professionem; quique consilium, auxilium, vel fauorem dederint; quique scientes eam non sponte ingredi Monasterium, aut habitum suscipere, aut professionem emittere quoquo modo eidem actui, vel præsentiam, vel consensum vel auctoritatem interposuerint. Simili quoque Anathemati subijcit eos, qui sanctam virginum, vel aliarum mulierum voluntatem veli accipiendi, vel voti emittendi quoquo modo sine iusta causa impedierint. Ita Concilium. Graffis supra n.25. post Nauar. d. cap.14. n.17. vers vigesimo, vbi ait, parentes incidere in hoc, quando cogunt filias religionem ingredi dolis, minis, aut aliis similibus medijs.

54 Nec non peccant etiam parentes mortaliter, si permittant filias cum sponsis de futuro vti tactibus inhonestis, D.Thom. 2.2.q.154.art.4. Caiet ibi: Nauar. d.cap.14. n.18. Roderic. suprà; quia materia est grauis propter periculum se polluendi, quod est mortale de se; & propter periculum copulæ: ideò, vt tollatur occasio, non permittendi sunt sponsi inter se colloqui in occulto, quia similes tactus illis duntaxat sunt liciti, quibus copula coniugalis est licita: ita Bart. de Ledesma de matrim. dubio 14. ad finem, Nauar. in sum.cap.16.n.12. & cap.14. n.18. Lopez 1.p.instruct.cap.75 §.penult. & cap.54.§ peccant parentes, quamuis Caiet. in summa, verbo, Sponsalia, tradat hos tactus inter sponsos de futuro, tunc esse mortales, quando inter coniugatos sunt mortales, in quo fallitur.

55 Quare absolutè dicendum est, tactus impudicos inter sponsos de futuro illicitos esse, neque excusari à mortali, & sicut illis copula est illicita, ita tactus sunt illiciti cùm directè tendant ad illam. Oscula tamen, & amplexus inter Sponsos, etiam ob solam delectationem, quasi principium nuptiarum promissarum esse illicita Sponsis de futuro monent Palud in 4 distinct. 31.quæst.3.art.2. n.17. Caiet. in sum. verbo, Impudicitia, & in verbo, Osculum. Angles in floribus 1. p quæst.8. de impedimentis matrimonij, art.1.dubio 9. conclus. 1. Pedrasa in sum. præcepto 6. §.1. Ratio quia amplexus, & oscula inter non coniugatos sunt mortalia, sicut congressus inter eosdem est Mortale. Quæ opinio non videtur omninò improbabilis ratione periculi, quod ex vsu eorum tactuum imminet. Dicendum tamen est oscula, & amplexus, & similes tactus non impudicos inter Sponsos de futuro licitos esse: Caiet. ita sibi contrarius in summa, verbo, Sponsalia. & 2.2.q.154. art.4 post primum dubium §. in responsione ad secundum. Nauar. in sum. d. cap.14.n. 18. & cap.16.n.12. Sayr in claui, lib.7.cap.7.n.4. Valent. 2.2.disp.9 q.3. puncto 3. ad finem, §. sentit tamen: & Graffis 1.p. lib.2. cap.82.n.3. Veracrus in appendice, ad art.9. de conditionibus matrimonij, fol.118.§. hanc opinionem, Mercin. lib.1. summæ, cap.14. fol.119. in principio, Aretin. cons.142.n.8. & Menoch. de præsumptionibus, lib.3. num.16. præsumpt.1. & Sà, verbo, Luxuria, §. oscula, & tactus: quibus accedit Sanch. lib. 5. de consensu conditionato, quæst.5.n.38. ea ratione, quia sponsalia sunt quoddam matrimonij principium, & lib.9. de debito coniugali, disp.46. à n. 45. vsque ad num.54. ideò non peccabunt parentes, si permittant filiabus huiusmodi oscula, & amplexus cum sponsis de futuro; præsertim, si id agant absque intuitu delectationis, sed in signum beneuolentiæ, & honesti amoris: si tamen sponsalia contrahantur inter consanguineos, ea conditione, si Papa dispensauerit, oscula, & amplexus, & similes tactus non impudici non sunt liciti ante dispensationem, sed post illam: ita Sot. in 4.dist. 29.quæst.2.art 1. ad finem, versic. hoc tamen addiderim. & Gutier. lib 1. Canonicarum quæst. cap.22.n.17. ad finem, quia hæc sponsalia non sortiuntur suum effectum, nisi obtenta dispensatione.

Quod si sponsi inter se vtantur his osculis, & amplexibus, & his similibus non impudicis ob solam delectationem sensitiuam ex illis assurgentem, erit culpa venialis sicut illa delectatio, sicut est venialis inter coniugatos, quando propter eundem finem huiusmodi actus inter se exercent: ita Sanch. d.lib.9.disp.46. post Caiet & alios, quos ibi referens sequitur, & disp.44 n.9. & disp. 11.n.4. vbi ait actum coniugalem solius voluptatis gratia esse venialem quod etiam docet D. August. de bono coniugali, cap.6. & est communis, cùm voluptas sit propter ipsum actum, non verò actus propter voluptatem: ideo deordinatio est, quærere actum propter delectationem, ex actu surgentem, quæ deordinatio est venialis: ita Victor. in summa de matrim. num.271. Henriq. eodem tit. cap.4. num.2. cap.15.n.5. Bart. de Ledesm. dubio 27. de matrim. conclus.2. Roderic. tom.1. sum. in 2. edit. cap 283. num.20. P. Sà in sum. verbo, debitum coniugale, vers. copula si fiat. Fauet Gloss. cap. vir cum propria, verbo. quod aesicant. 33. q. 4. Dicens congressum coniugalem delectationis causa esse venialem, quod etiam ait Astensis in sum. 2.p.lib.8.dubio 8.art. 2. Armil. verbo, Luxuria n.2. & verbo, Matrim. num.68. Secus dicendum est, quando ex ipsis osculis, & amplexibus tam inter coniugatos, quàm inter Sponsos de futuro, nihil aliud quæritur, nisi vt mutuus amor, atque mutuæ beneuolentiæ vinculum, & charitatis coniugalis ostendantur affectus: tunc enim nulla datur culpa, cùm huiusmodi tactus ad hunc amorem souendum, & beneuolentiam conciliandam sint a natura inuenti: Sic Graffis 1.p. decis. lib.2.cap.82. num.21. & Petr. de Ledesm. de matrim. q.49.art.6. ad fin. & Sot. in 4 dist.31.q. vnica art.4. ad fin. Ratio, quia tam in Sponso, quàm in coniugato finis intentus est honestus. 56

An patres possint punire filios delinquentes? Respondetur posse; moderatè tamen l.9.tit.8.part. 7. Gloss. in cap. sicut alterius 7 quæst. 1. & cap. 2. ista nomina, 23. quæst.4. l.resficiendum, §. furta domestica, ff. de pœnis, Abbas in cap. cum contingat, de foro compet. Gloss. in cap. nullus 17. quæst. 4. cap. presbyterorum, de homicid. Lopez in d.l.9.tit.8. part.7. P. Sà verbo Parentes, num. 11. Idem Lopez id extendit ad quoslibet, qui possunt corrigere filios, seruos, seu familiares; quando sunt negligentes in omittendis, suppliciis peccare scilicet mor- 57
taliter, iuxta Ioan. Calder. & Cardin. Florent. in cap. cum ex iniuncto, de hæreticis. per id quod habetur in cap. qui palam, 23. q. 2. & in cap. Ephesiis, 43. dist. & ibi Ioann. de Anania col. penult. sequitur Alex cons. 75. volum. 3. Azor. tom 2. instit. moral. lib. 2. cap. 21. q. 5. Reginald. tom.2. cap.20. num. 42. post Sotum lib. 5. de iustitia q.2. art.1. 58

art. 1. monet patres non posse occidere filios, nec mutilare, posse verò castigare vsque ad verbera, vt ait Syluest. *in verbo, percussio* post D. Thom. 2. 2. q. 65. *art.* 2. modo percussio non sit atrox: tunc enim erit culpa mortalis ex Soto, *d. art.* 2. Molina *de Iustitia tract.* 5. *disp.* 2. *n.* 13. *vers. parentibus*, & *n.* 14. *vers. procedere*, quod extenditur ad seruos, & famulos, etiam mercede conductos, modò punitio sit delicto commensurata: idem Molin. *tract.* 2. *disp.* 228. §. *sextum effectum*.

59 Porrò interdicitur patribus circa filios seruos, & famulos atrox supplicium, nimirum vulnerare, flagella publica, adustiones, & similia per quæ graui periculo exponuntur, & ideo peccatum erit mortale, vti aliquo ex his supplicio, propter detrimentum notabile. Verùm autem liceat Dominis punire seruos gutta suila, & signare etiam in facie illos; dicetur *infra lib.* 10. vbi de potestate quam habent Domini in seruos.

Posse item famulos pretio conductos puniri ab heris moderatè, dum desunt officio suo, tenet Glos. 3. q. 1. *cap. sicut alterius*, & notat Glos. *in l. respiciendum, cum ia in verbo, Publicè*, Butrius *in cap. cum contingat, de foro compet.* Ioan. Faber *Instit. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris.* §. *sed hoc tempore*: dum autem puniuntur, præsumitur pro Dominis castigasse scilicet ex causa, per *l. merito, ff. pro socio*, & Bart. *in l. non solum*, §. *sed vt probari, ff. de oper. nou. nuntiat.* Nec præsumitur fecisse ex odio, sed duntaxat pro bono emendæ; quamuis iratus puniat, & licèt ira magna excedat rantisper in puniendo, regulariter excessus erit venialis; eo quòd ad parentes, seu dominos pertinet emendare domesticos: nam pro minimis, ic in leuibus furtis domesticis non datur actio contra famulos; sed sufficit punitio, vt constat ex *l. respiciendum*, §. *furta domestica ff. de pœnis*, vbi dicitur, furta domestica si leuiora sint, publicè vindicanda non esse, neque admittendam esse accusationem.

Possunt etiam patres mittere in carcerem filios, vt à vitiis se contineant, Ordinario Lusitan. *lib.* 5. *tit.* 92. §. 4. Azor. *tom.* 2. *instit. moral. lib.* 2. *cap.* 21. q. 4. Hortens. Caualcan. *de Brachio Regio p.* 1. *num.* 273. Cardos. *in praxi, verbo, Carcer. num.* 16. Glos. *in l. vnica C. de priuatis carceribus*, vbi dicitur fas esse dominis in priuato carcere seruos detinere: quod etiam licet patri in filios perniciosos. Nam quæ permittuntur patri in filios de Iure naturali, non permittuntur ei, vt Iudici: ideò non potest, vt Iudex, sed vt Pater punire, vt subditum emendet; & vt à malo ad bonum reuocet. Barbos. *in Remissionibus ad Ordinat. lib.* 5. *tit.* 95. *ad* §. 4. *num.* 1. vbi addit posse detineri Religiosum in carcere priuato à suo Superiore correctionis causa, qua de re Farin. *in praxi criminali q.* 27. *n.* 28.

60 Difficultas est, quando filij sunt in sacris, an possint puniri à patribus sine metu excommunicationis: Negat Molina, *tract.* 2. *disp.* 228. §. *sextum effectum, vers. secus autem*, dicens ligari excommunicatione punientes filios in sacris, etiam correctionis gratia, ex Gloss. *cap. cum voluntate*, & Panor. *ibi* §. *vltimo, de sentent. excommunicat.*

Pars tamen affirmans posse patrem punire filios, etiam in sacris constitutos sine metu excommunicationis, est multò probabilior, & sequenda. Nam ex Gloss. & *ex cap. cum voluntate*, *citato* colligitur hæc facultas concedi patribus circa filios in Minoribus, idem tradit Azor. *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 21. *quæst.* 6. *quæritur*, sequitur Molin. *d. disp.* 228. & *tract.* 5. *de Iustitia tom.* 4. *disp.* 56. *num.* 6. *in medio*, & Tolet. *in sum. lib.* 1. *cap.* 33. Ratio, quia in illo *cap. cum voluntate*, sit facultas propinquis, & dominis percutiendi familiares Clericos, non tamen absolutè, & indistinctè, sed Clericos duntaxat in Minoribus.

Indistinctè tamen, & absolutè posse patrem etiam filios in sacris punire est satis tutum in praxi, ita Ioan. Andr. & Anchar. *in d. cap. cum voluntate*, & Ioan. de Lignano, Sylu. *verb Excommunicatio* 6. §. 6. Item, quia Tabien. *Excommunicatio* 5. *num.* 8. *verbo, in magistro*, & Summa Angelica idem concedunt Magistris erga Clericos in Sacris; ergo à ratione erit alienum, patri eripere hanc potestatem, quam patri concedit Graffis *decis. lib.* 2. *cap.* 49. *num.* 39 & *seqq.* Gloss. singularis *in l.* 1. *C. de emend. propin.* quia correctio pertinet ad patrem ratione patriæ potestatis, à qua Sacerdos non liberatur, sequitur Ioan. de Arno. *Dialoge* 69. quem refert, & sequitur Graffis *supra num.* 40. Et quamuis excedat filium puniens, non propterea incidit in censuram, vt benè sentit Syluest. *suprà casu* 8. *in fine*, cùm non possit verbera semper suspendere in ratera: sequitur Soar. *tom.* 5. *in* 3. *p. disp.* 22. *sect.* 1. *num.* 49. quia pater non temerè verberat filium, sed corripit, ideò non incidit in censuram: sequitur Auila, *de Censuris* 2. *p. cap.* 5. *dubio* 13 *fol.* 67. & 68. vbi nullum discrimen constituit in Prælato, Magistro, & patre naturali. Quamuis ergo in *d. cap. cum voluntate*, de Clericis minoribus fiat mentio, in *cap tamen*, 1. *de sentent excommunic.* nulla fit distinctio, dummodò punitio fiat correctionis causa, esto percutiens sit iratus.

Secus si percutiat sine causa, aut principaliter ex odio, & non ob correctionem, Auila, & alij communiter: Syluest. *Verbo, Excommunicatio* 6. *num.* 6. Sayr. *de censur. lib.* 3. *cap.* 27. *num.* 16. tunc enim non excusabitur à censura, Caiet. *in verbo, Excommunicatio cap.* 10. §. *notandum sexto.* Nauar. *in sum. cap.* 27. *num.* 82. *vers.* 14. A fortiori non excusabitur pater percussor, si filij Clerici sint innocentes, vel si nocentes, sint leuiter tamen, & pœna sit notabilis comparatione delicti, tunc peccabit mortaliter: ita Azor. *d. cap.* 21. *quæst. quinto quæritur*, Molin. *tom.* 4. *de Iustitia disp.* 2. *n.* 14. post D. Thom. 2. 2. *quæst.* 65. *art.* 2.

Iam verò si filij non sint Clerici, & patres excedant punitionem meritam, non carent culpa, tenentur que ex illa, non verò ex dolo, nisi quando percussio fit instrumento non solito vti in puniendis domesticis, nimirum si percussio fiat ferro, vel gladio: in quo euentu præsumitur fecisse patrem ex dolo, aut ex odio, aut ex malo animo, *cap. significasti, el* 2. *de homicidio*, & *l.* 1. §. *sed & si clauà, ff. de sicariis*; extra quem casum, vel similem huic, excessus erit culposus, non tamen præsumetur ex dolo factus: Bart. *in l. si adulterium cum incestu, ff. de adulteriis, in* §. *Imperatores*, & *ibi* Angel. & *in l. Gracchus C. eodem titulo*, & Scribentes in *cap. significasti*, *el* 1. *in glos. final. de homicidio*: ideircò in fauorem percutientis eundum est, quando est pater: semper enim quoad excessum attenditur principium, quod est posse patrem punire licitè, non verò attenditur finis. *l. qui cum maior, in principio, vers. sed si minor, ff. de bon. libert.* Vnde patres excedentes debent excusari, nisi excessus sit notabilis, cùm finis non fit in consideratione, sed principium.

Cæterùm, qui habent potestatem puniendi Clericos licitè, dum res postulat, Episcopi possunt etiam Clericos in Sacris per Clericos verberare, non tamen per se ipsos: argumento *cap. non licet*, 86 *dist.* Si tamen non reperiatur Clericus, qui puniat, poterit Episcopus per se punire Clericum ex Gloss. *ipsius cap. non licet, in verbo, non licet*, Nauar. *in Manuali cap.* 27. *num.* 86. *vers. vigesima quarta*, &

& Tolet. *in sum. lib. 1. cap. 33. §. ad hoc d co primo.* Eandem addunt limitationem Episcopis, post glos. *in cap. vniuersitatis, de sententia excommunicationis.* Quinimò credit Tolet. quamuis adsit Clericus, cuius opera potest vti Episcopus ad puniendum Clericum, non incidere in censuram Episcopum si per se puniat Clericum. Ratio quia datum est Prælatis in *cap. cum voluntate, de sent. excommunic.* percutere leuiter subditos absque excommunicationis pœna: neque illis prohibetur in *d. cap. non licet*, sub d. pœna excommunicationis: Vicarij tamen Episcoporum, & ipsi Episcopi possunt punire subditos per Laicum ex consuetudine, correctionis gratia: Ita Molin. *tract. 3. tom. 4. de Iustitia disp. 51. num. 5.* vbi id negat extendi ad Prælatos Religionum comparatione suorum subditorum; quia non credit apud Religiosos talem consuetudinem esse introductam: si autem fiat talis punitio bona fide, tam mandans, quàm mandatarius excusabuntur a censura: idem Molin. *ibi*, Nauar. *in cons. 42. de sent. excommunicat. num. 10.* ex Aufretio tradit consuetudinem in Gallia fuisse, vt Ecclesiastici ab Episcopis per Laïcos puniantur, quæ iam peruasit ad Italiam. Nihilominus Prælati Religionum correctionis gratia debent punire sibi subditos per Religiosum, seu Ecclesiasticum, & ita sunt intelligenda priuilegia concessa Religiosis Prælatis ab Alexandro VI. vt habetur *in compendio priuilegiorum fratrum Minorum, verbo, Absolutio ordinaria, §. 2.* & à Leone X. vt *ibidem habetur §. 27.* non obstante *cap. vniuersitatis*, relato, vt id possint facere, & punire per alios, dummodò non fiat laici, quo priuilegio gaudet nostra Societas.

61 Cæteri verò Prælati, Episcopo inferiores, per se ipsos possunt sibi subditos corrigere & punire; capere verò, vel retinere, & per se, & per alios, quoscunque, ita Nauar. *in sum. d. cap. 27. num. 86.* Graffis, *decis. lib. 2. cap. 49.* Tolet. *citatus*, Sayr. *de censuris, lib. 3. cap. 27. num. 13.* Ex causa verò idem possunt per alium, modo sit Ecclesiasticus; per Laicum tamen nullo modo excepta captura, & retentione, quæ potest fieri per Laicum, *vt cap. sama, de sentent. excommunicat lib 6.* & *cap. si Clericus, eodem tit.* & *lib.* sed de his *2. p. in cap. si quis suadente, disp. 2. §. 1. à n. 7. cum seqq.*

62 Sed posse torqueri Clericos per Laïcos sine excommunicationis pœna, negat Panor. in *d. cap. cum voluntate*, quamuis torqueantur de mandato Iudicis, vbi id probat in *d. cap. vniuersitatis, in vltimo notabili de sentent. excommunic.* & *in cap. vt fama, eodem titulo.* Nauar. tamen *d. cap. 27. num 86.* excusat à censura, vbi est consuetudo, non tamen à culpa: sed Tabiena *verbo, excommunicatio, 5. cap. 1. num. 7.* excusat ab vtroque ex ea consuetudine, quia non inuenitur Clericus, qui torquere sciat, aut velit: idem tenet Syluest. *vbi supra*, post longam discussionem tanquam probabilius; sequitur Graffis *d. cap. 49. n. 43.* & est sequendum.

Quinimò ex consuetudine recepta, Inquisitores torquent Ecclesiasticos per Laicum, Clarus *lib. 5. §. vlt. quæst. 64. num. 25.* Simanc. *de tormentis tit. 65. num. 50.*

Iuuat patresfamilias per Laicos corripere domesticos Clericos in Minoribus: item Clericos seniores per Laicos puniunt iuniores, dicuntque alicui Laico, vt puniat pueros Clericos, dum perturbant officia Diuina, neque ob id incurritur aliqua censura, concinit Molin. *vbi supra d. disp. 51. ad fin. num. 5.*

63 Magistri denique nostræ Societatis Clericos in Minoribus ex consuetudine inueterata, solent percutere per Laicum correctorem sine metu Canonis
64 *si quis suadente 17. quæst. 4.* & consequenter id extenditur ad patresfamilias, qui per se, vel per alium de ipsius mandato domesticos suos punire possunt Molin. *d. disp. 51. n. 8. vers. ob has rationes.*

---

§. V.

Ex qua culpa teneantur parentes pro damno à suis domesticis illato.

EPITOME.

65 *Quæ requirantur, vt patres, seu Domini puniantur pro crimine à suis domesticis illato.*
66 *Culpa Theologica, quæ sit, & à quo sic nominetur.*
67 *Culpa Iuridica quotuplex sit.*
68 *Culpa Iuridica latè sumpta, quæ sit, & quomodò diuidatur.*
69 *Culpa Iuridica etiam diuiditur in dolum, & culpam simplicem: simplex in latam, leuem, & leuissimam.*
70 *Filij, seu serui quando delinquunt sine culpa Superiorum, non obligant Superiores ad satisfaciendum.*
71 *Serui quando ducuntur in Iudicium ciuiliter ad pœnam pecuniariam, & condemnantur, ad quid teneatur Dominus.*
71 *Seruus quando casualiter deliquit, damnum datum quis teneatur resarcire. ibidem.*
72 *Quotuplex in Iure reperiatur altio.*
73 *Dominus pro damno à seruo, vel ab animali culpa Domini dato, tenetur Dominus satisfacere, si culpa est lata.*
74 *Secus si est leuis.*
75 *Damnum veniale sub veniali restituatur, vt furtum.*
76 *Damnum sine peccato non tamen sine culpa Iuridica videtur casus fortuitus.*
77 *Damnum secutum sine peccato ex operatione rei illicitæ parit actionem.*
78 *Domini, & parentes non tenentur ex delicto suorum, nisi sciant dilictos.*
79 *Parentes tenentur ex delicto, si videant, & non impediant.*
80 *Subditi aliquando ante sententiam, aliquando post illam tenentur restituere. & n. 81.*
82 *Damnum sine culpa Theologica non obligat post sententiam in conscientia ad restituendum.*

QVoad primum dicendum est, parentes, seu Dominos causam efficacem damni dantes teneri de culpa suorum domesticorum. Est communis. Nihilominus, quinam sint vera causa efficax directa, vel indirecta damni illati, non est ita omnino certum: idcirco duplex est opinio; prior, existimantium eum solum esse causam efficacem damni illati, sine quo damnum non fieret, quod genus causæ dicitur causa sine qua non, ita Hostien. *in cap. sicut dignum, de homicidio.* Syluest. *verbo, Restitutio 3. q. 6. §. tertium,* Aragon. *2. 2. q. 62. art. 7.* & Nauar. *in Manuali cap. 17. n. 20.* 65

Posterior opinio est verior, illum scilicet esse veram causam damni illati à suis, qui moraliter concurrit, & influit ad illud damnum, siue illud fuisset factum absque parentibus, siue Dominis, siue non: ita Couar. *in regula, peccatum, de regul. Iuris lib. 6. p. 2. §. 12. n. 2* Medin. *c. de rebus restituendis q. 7.* Sot. *de Iust. lib. 4. q. 7. art. 3.* Nauar. *in lib. 3. de restit. cap. 4. p. 1. n. 10.* & Valent. *in 2. 2. disp. 5. q. 6 puncto. 3.* ex ea ratione, quia causa sine qua non, non est vera, nec propria causa, præsertim in moralibus alicuius actionis;

actionis; sed illa quæ concurrit, & influit in effe-ctum: ideo quoties posito aliquo, quod influit in effectum, talis effectus producitur, & eo dempto, vel non producitur; vel si producitur, alio modo producitur; proculdubio causa est illius effectus: nam ex quo deest modus ille consuetus, ex defectu illius, signum est influxum, & concursum habuisse in ea re, & non tantùm esse conditionē sine qua non.

66 Ex dictis non excusatur patens, vel Dominus à
67 culpa Theologica, saltem quando domestici damnū
68 inferunt modo supra dicto, de qua culpa diximus
69 *1. p. Regiminis lib. 5. disp. 13. num. 386. & 390.* vbi etiam de culpa iuridica, & vtraque est triplex, lata, leuis, & leuissima: de quibus Say. *lib. 10. in claui tract. 3. cap. 1. num. 9.* subdens, *num. 10.* non esse culpam grauem apud Iuristas eandem, quæ est mortalis apud Theologos.

Vt ergo damnentur patentes ob culpam, & ob damnum suorum, ea est ratio; quia tenentur impedire damna illata à suis, & multo magis quando datur culpa latissima, quæ dicitur dolus apertus, & culpa latior, quæ dicitur dolus præsumptus: dolus verò est quædam calliditas, & quævis fallacia, & machinatio ad circumueniendum, fallendum, & decipiendum adhibita; calliditas tamen fit tacendo, fallacia mentiendo, machinatio arte verborum, vt habetur in Glos. *l. 1. ff. de dolo.*

70 His positis difficultas est, quando filij, seu domestici absque culpa patris, seu domini delinquunt, an sint puniendi? Respondetur excusari patentes, quia non debet esse nociuum crimē, quod fit à domesticis sine culpa Superiorum, ita Curt. Iun. 10 *l. 1. post num. 13. de seruis fugitiuis*, Bart. *in l. ne quid, num. 1. ff. de incend. ruin. naufragio.* Quare pro delicto filij etiam post condemnationem pater non tenetur soluere quidquam, neque ex legitima filio debita post mortem patris, ita Imol. in *c. Raynut. n. 42. de testam.* & ait Viuius post plures relatos in *lib. commun. opin. fol. 208. vers. stat disponens, in 1. limitatione.*

Quòd si filij, seu famuli occasione patris, seu Domini, aliquid mali agant, eòque sciente, censentur fecisse de voluntate saltem tacita illorum: ita Curt. senior *cons. 41. num. 10.* & ita consuluit Grammat. *conf. 21.* secùs, si operentur filij, seu famuli ignorante Domino, seu volente impedire; tunc enim Dominus, seu pater non tenetur: ita Cagno'. in *l. culp. caret. post n. 13. ff. de reg. iur.* Proinde si filius habeat bona aduentitia, quorū vsusfructus pertinet ad patrem, non potest fieri executio pro delicto filij in huiusmodi bonis, nec in ipsa proprietate, licet tota pertineat ad filium: ita Bart. *in l. si finita, §. si de vectigal. n. 12. ff. de damno infecto*, sequitur Marant. *in suo speculo, fol. 181. n. 35.* Iul. Clar. *lib. 5. §. final. quæst. 86. n. 3.*

71 Pro mancipiis autem illud est particulare, si delinquant sine culpa Domini, & agatur ciuiliter saltem ad pœnam pecuniariam cum Domino; tunc Dominus alterum è duobus debet eligere, nimirum vel debet tradere delinquentem pro delicto, vel debet soluere damna, & pœnam in qua fuerit à Iudice condemnatus. Quòd si procedatur criminaliter ad pœnam corporalem mancipij, cum ipso intentanda est actio, relicto Domino, vt habetur *in l. penult. iuncta l. 3. C. de Noxalibus actionibus.* Hæc ita sunt accipiēda, vt probetur damnum fuisse datum à mācipio culpa sua. Si tamen nec culpa mancipij, nec Domini datum sit, sed casu accidit; & nec Dominus, nec mancipium ex eo delicto facti sunt ditiores; neuter tenetur resarcire damnum datum, cùm in nihilo neuter factus sit ditior, Molin. *de iustit. de delictis disp. 711. num. 1. 2. & 3.* addens, si mancipium moriatur ante litem cōtestatam, cessare actionem contra Dominum: secùs si post contestationem, & si constet de delicto, quòd moriatur ante litem ad finem deductam, eo quia tenetur compensare damnum, & pœnam soluere, argumento *l. 1. §. planè si ante litem, ff. si Quadrup. pauperiem.* iuncta Glos. vbi dicitur intentata actione de pauperie, si animal non tradatur, quod sine culpa Domini damnum dedit, perire actionem; si animal pereat ante litem contestatam: si autem post litem contestatam pereat; tunc tenetur Dominus restituere, Glos. *ind. l. 1.* & multo fortius tenebitur, si seruus damnum intulit Domino iubente, consulente, aut sciente nec impediente, quando impedire potuit; nam tunc soluet damnum, & pœnas pro delicto commisso, licet moriatur seruus, vel manumittatur, nec liberatur Dominus noxa: secus si seruus delinquat Domino inscio, aut sciente & non valente prohibere, quia liberatur Dominus à soluendo damno dato, mancipium noxæ dedendo: ita habetur in *l. 2. & seq. ff. de noxalibus actionibus.*

Quia agitur de damno dato à domesticis, vt clarius procedamus, triplex reperitur actio in iure: 72
Prima vocatur actio legis Aquiliæ, quæ habet locum cum ex tua culpa alteri damnum creatur, vel quando fuisti causa illius, nimirum si domi ferocem canem habeas solutum: ex vi huius actionis teneris restituere damnum à cane illatum. Secunda actio dicitur actio de pauperie, cuius facta fuit mentio *num. sup. rior.* de qua dictum est. Tertia dicitur actio noxalis de qua adest *ff. Instit. de noxalibus actionibus*, per quam Dominus cuius seruus damnum dedit sine culpa Domini, tenetur, vel totum damnum resarcire, vel seruum noxæ, hoc est auctorem damni, dedere.

Vnde quando seruus tuus, vel animal per culpam tuam latam damnum dedit; quia vel iussisti 73
vel fuisti negligens in præuidendo, vel præcauendo, non satisfacis tradendo auctorem damni, sed teneris resarcire totum damnum; vt excipitur in *cap. si culpa, de iniuriis*, & Angel. *verbo, Culp, num. 6.* Cæterùm vel fuisti... *ſeruus, 2. ff. noxalibus.* Si tamen damnum fiat per culpam tuam leuem, in foro saltem conscientiæ non teneris restituere, ita Lessius *lib. 2. de iustitia cap. 7. dubio 6. n. 24.* nisi quando ea obligatio oritur ex aliquo contractu: idem Lessius *cap. 9. dubio 17. n. 115.* quæ opinio est verior, vt diximus *1. p. Regim. disp. 2. §. 3. n. 15.* vbi egimus ex qua culpa Officialis teneatur.

Porrò quando damnum fuit datum per culpam venialem Theologicam Domini extra casum contractus, quamuis sint, qui putent partiale damnum pro rata ratione culpæ illatum, esse reficiendum, vt Adrian. *in 4 de restitutione, §. vtrum in foro animæ*, & Angel. *verbo, Culp, num. 6.* Cæterùm verius est nihil esse restituendum sub mortali, nec sub veniali pro dāno dato à seruo, vel ab animali ex culpa leui Domini, sed solum ex dolo, vel lata culpa, Lessius ita *d. cap. 7. dubio 6. num. 24. Filliu. tom. 2. tract. 3. c. cap. 2. num. 31. & 32.* Contra P. Rebellum *1 p. de Iustitia lib. 1. quæst. 10. sect. 4. num. 17.* dicentem, si ex culpa leui secluso contractu damnum notabile sequatur, posse obligari damnificantem sub mortali ad restituendum partem notabilem damni irrogati. Quod non placet. 74

Ex dictis non sequitur furē excusari à restitutione rei paruæ; quia sicut peccauit venialiter furando, sic tenetur sub veniali restituere, Say. *in claui, de furto, lib. 9. cap. 14. num. 23.* post alios. Infertur item, si quis graue damnum alteri inferat ex negligentia duntaxat veniali; nimirum, quia non plenè aduertit, vel operatus est inconsideratè; nihil tenetur 75

 restituere

restituere pro damno illato, etiam si sequatur homicidium per actum primo primum, vel secundo primum. Idé si excedat moderamen incul. tutelæ, venialiter tantum, ita Petr. Nauar. *de rest. lib. 2. c. 1. à n. 46. vsque ad n. 50.* Post Syluest. Lessius *supra num. 28. dub. 6.* Ratio, quia tale damnum secutum ex culpa leui, censetur contigisse ex casu quasi fortuito, & de illo tanquam de fortuito iudicandum est. Filliucius, *vbi proximè d. n. 31. & 32. fol. 452.*

76 Multo fortius excusabitur à restitutione damni quando nulla culpa Theologica interuenit, quamuis culpa iuridica præsumatur, ita Felin. & Decius *in cap. sicut dignum, de homicidio,* Syluest. *verbo, culpa §. 4.* Nauarra *de restit. lib. 1. cap. 1. dub. 3. n. 46.* Ratio, quia in foro conscientiæ citra contractum non datur onus restituendi, nisi reperiatur acceptio rei iusta, vel iniusta, vel ratione legis præcipientis, vt res suo Domino reddatur: sed qui est in sola culpa iuridica, nec contraxit culpam Theologicam, non tenetur restituere. Neque refert si dicas teneri per *l. legis Aquiliæ, ff. ad l. Aquiliam,* quia hæc, & aliæ similes leges procedunt in foro fori, non autem in foro conscientiæ, in quo procedit veritas, & culpa iuridica stat præsumptioni, ideo casui fortuito imputatur, Lessius *d. lib. 2. cap. 7. dub 6.* Molin. *tract. 2. disp. 698. num. 6.*

77 Non erit abs re subiungere hoc loco, an idem sit tenendum, quando damnificans sine culpa Theologica dabat operam rei illicitæ? Respondetur intercedente culpa iuridica saltem præsumpta, dari contra damnificantem actionem in foro fori, in quo obligabitur, ad resarciendum damnum per accidens illatum, ex *l. in lege ff. ad legem Aquiliam,* posséque damnificatum retinere restitutionem sibi adiudicatam, eo quia culpa iuridica in foro externo puniri solet; quamuis in foro conscientiæ non sit reus, neque ante sententiam teneatur quicquam restituere læso, at verò post sententiam tenetur restituere, & læsus retinere potest restitutionem sibi factam. Probatur argumento dantis operam rei illicitæ, qui fit secuto homicidio irregularis, quòd dabat operam rei illicitæ, & de se periculosæ ad homicidium patrandum, vt Curduba *in quæst. lib. 2. q. 26.* Castro *lib. 2. de lege pœnali cap. 14.* Aragon. *2. 2. q. 64. art 8.* etiamsi in eo præcauendo omnem diligentiam posuerit; igitur in nostro casu etiam in foro fori censebitur reus ob damnum datum ex sola culpa iuridica; quoniam dabat operam rei illicitæ. Vbi notandum est ad incurrendam irregularitatem prouenientem ex homicidio, non obstante omni diligentia adhibita, non sufficere, quòd detur opera rei illicitæ indistinctè, vt credunt sufficere ad illam incurrendam, Ioan. Andreas, & Innocent. *in cap. tua nos, de homicidio:* Sed omnino requiri quòd res illicita sit pariter periculosa de se: proinde minus bene opinatur Henriq. *de irregularitate, lib. 14. c. 15.* indistinctè dantem operam rei illicitæ secuto homicidio fieri irregularem non adhibitâ debitâ diligentiâ: adhibitâ tamen, ne fiat homicidium, non fieri irregularem eo facto. Vide ipsum *n. 1.*

Quando autem à filiis, & seruis datur damnum sine culpa Superiorum: non tenentur Superiores ex delicto eorum, neque tenentur delinquentes tradere; quamuis Dominus teneatur mancipium pro noxa tradere, vel damnum reficere. Cæterùm si ex de-
78 licto domesticorum pater, vel dominus factus est ditior, tenetur pater, vel Dominus soluere damnum totum in quo factus est ditior, vt paulò antè dictum est, quia nemo debet ditari, cum iacturam, vel iniuria aliena, Rebel. *1. p. lib. 2. de restitutione quæst. 10. num. 24.* sequitur Sanch. *tom. 2. in præcepta decalogi, lib. 6. cap. 14. num. 29.* vbi vult non teneri monasterium de damno culpa Monachi alicui tertio irrogato; quanquam Prælatus illi concedat facultatem retinendi aliquod depositum, quod postea culpa Monachi perditum est, nisi fortè ex re deposita aliquod commodum redundauit in Monasterium: tunc enim in quo Monasterium factum fuit ditius restituetur; sequitur Molina *tom. 2. disp. 25.* Secùs si pater ipse, vel Monasterium res illas accepisset in depositum; tunc ex delicto filij, si res periret, vel ex culpa Monachi, pater, seu Monasterium deberet reficere damnum tertio: Lessius *lib. 2. cap. 27. dubio 3. num. 12.* subdens idem esse, si res deposita sit apud Abbatem, quia ex delicto per particularem patrato, non tenetur Monasterium; siquidem Monasterium rem illam non accepit in depositum. Quæ resolutio, quoad Abbatem non placet, neque apud nostros est in praxi. Nam cùm Abbas, seu Rector tanquam Superior, & caput Collegij rem accipit in depositum, vel in mutuú, Monasterium, vel Collegium facto Superiorum stat; & tam ipse, quàm eius successor solent stare contractibus ab eisdem celebratis, & obligantur, non tamen sine illorum voluntate. Atque ita sententia Lessij est vera, quando Abbas non vt persona publica rem accipit in depositum, sed vt persona priuata; nam tunc depositum non traditur Monasterio, neque Collegio, sed Religioso priuato, vt deducitur ex *cap. Episcopo, quæst. 6. causa 16.* ibi: *delictum personæ non est in Ecclesiæ damnum conuertendum.* Ex quibus verbis ostenditur non obligari Monasterium ex delicto priuati Religiosi, quod etiam patet ex *cap. delictum, de regul. iuris in 6.* nisi res deposita, vel tota vel pars illius conuertatur in vtilitatem Monasterij: secùs quando traditur, seu commendatur Prælato tanquam capiti Monasterij.

Sequitur difficultas quando pater videt filium damnum dare, non tamen impedit cùm possit, an teneatur ex delicto? Affirmandum est ex Lessio *lib. 2. cap. 13. dubio 9. ex num. 62.* & est communis secundùm Curtium Seniorem *cons. 41 num 7.* vbi dicidit teneri patrem pœna extraordinaria de homicidio facto per filium eo præsente, & non prohibente: præsumitur enim de voluntate patris commissum: ita Felin. *in cap. Petrus, de homicidio, num. 6.* post Bald. *in cap. veniens, de dolo, & contu.* Placa *de delictis, lib. 1. cap. 14. num. 4. ad finem,* Clarus *§. final. quæst. 86. num. 4.* Ergo pater tenetur ex homicidio à filio facto, ipso sciente, & non contradicente: tenuit Gregor. Lopes *l. 13. verbo, o Religioso, tit. 3. part. 5.* & Syl. *verb. Religio. 6. quæst. 8.* 79

Eodem modo imputabitur patri, vel Domino, delictum filij, vel serui, quando alter, vel vterque aperuit patri, vel Domino, se velle occidere Petrum, & pater, vel Dominus nihil respondent; quia præsumitur homicidium fuisse commissum de mandato Patris, seu Domini; Felin. *in cap. Petrus, num. 3. de homicidio.* Idem præsumitur, quando consulti de delicto annuunt: ita Iason in *l. 1. num. 32. C. de seruis fugitiuis,* & multo magis quando pater secretò loquitur ad aures filij, aut serui, & postea reperitur Petrus inimicus occisus: idem Felin. *supra num. 5. vers. sicut etiam* Bart. in *l. si venere, §. vlt. ff. de priuileg. cred* Bald. *in L. multum, col. 2. C. si quis alteri, vel sibi.* Alciat. *de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 40. num 2.* eò quia præsumitur crimen factum de voluntate patris, seu Domini colloquentis ad aures. 70

Cæterùm pro foro externo, quando famuli, seu filij sunt ingenio duro, & natura indomiti, & ad malum procliues, delicta eorum præsumuntur commissa de consensu Superiorum. Felin. *supra n. 7.*
Alciat.

Alciat. *d.præsumpt.* 40. *n.*2.*vers.*2.*limita*, & in *l.pronunciatio.§.seruientium,num.*34. *de verbor. significat. & l.etiam , vltima C. de abigeis*: nec non præsumuntur serui , ac famuli , si inseruiant Magistratibus, deliquisse de voluntate eorum , quando officio alicui præficiuntur , & in eo deficiunt , vt probat *l.* 1. *in principio ff. de instit. actio.* & tradit Menoch. 2. *de arbitrar. casu* 345. *num.*3.

81 Pro foro conscientiæ , si quis damnum det sine culpa Theologica, cum iuridica tamen, & pro certo habeat defuisse culpam Theologicam, non tenetur restituere id quod præcipitur à Iudice, cùm certus sit de veritate , & Iudex iudicauit ex præsumptione. Quare potest occulta vti compensatione sublato scandalo. Nihilominus , quando seruus fuit auctor delicti, aut animal , & Iudex fert sententiam contra Dominum , illúmque obligat vel ad reddendum mancipium , vel animal, aut eorum resarcire damnum , cùm huiusmodi leges de paupe-
82 rie sint pœnales, non verò præsumptuosæ , proinde ante sententiam non obligatur Dominus in foro animæ quicquam restituere si sine culpa propria, serui , vel animalia nocuerunt , potestque seruo consulere fugam , & ad illam auxilium præstare, quia in conscientia ante condemnationem non tenetur reficere damnum , nec tradere corpus noxæ, vt bene notat Syluest. *verbo Culpa & verbo Restitutio* 2. *ad finem* : secùs post condemnationem: atque ita non sunt audiendi Angel. *verbo , Culpa , ad finem* , & Rosel. *verbo Restitutio* 13. dicentes Dominum serui, seu animalis damnificantis in conscientia ante condemnationem teneri, vel damnum illatum reficere , vel seruum , seu animal tradere, quod negatur: quoniam si quis non tenetur in conscientia damnum datum restituere absque culpa propria , sic etiam non tenetur restituere damna illata à suis seruis , aut animalibus sine culpa ipsius Domini.

---

§ VI.

Quæ sint à patre fideli credenda , & tradenda filiis ac domesticis suis.

E P I T O M E.

83 Qui tenentur alios docere , debent plura explicitè credere.

84 Quæ quilibet fidelis teneatur credere explicitè.

85 Sunt , qui putant sufficere fidem implicitam , sed oppositum est probabilius.

86 Parochi debent explicitè credere fidei Articulos, & cæteri fideles, ibidem.

87 Negligentia docendi necessaria quando est mortale peccatum, & quæ sint credenda.

88 De iure diuino obligantur fideles credere aliqua mysteria, inter quæ, mysterium Trinitatis explicitè.

89 Fideles vt saluentur debent cognoscere mysterium Incarnationis Dominicæ.

90 Quid faciendum cum rudibus, Confessario , & Parocho , & quæ debeant illos docere, & n. 91.

83 QVibus commissa est cura docendi alios , debent plura explicitè credere , quàm qui sunt erudiendi , instar Angelorum superioris Hierarchiæ , inferiores illuminantium ob pleniorem notitiam, quam habent de rebus diuinis , quàm Cœlicolæ inferiores. Hinc est quòd illi ad quos spectat alios erudire , & præceptis informare cælestibus, tenentur maiorem multò notitiam de rebus credendis habere : ita D. Thom. 2.2. *q.* 2.*art.*6. *ad* 1.& Dionys. Areopa. *in Cælesti Hierarchia c.*4.*& c.*7.

84 Quocirca omnes fideles debent credere explicitè Articulos fidei , qui continentur in Symbolo; non tamen oportet illos memoriter per ordinem retinere : sed sufficit saltuatim repetere , vel de vno quoque singulatim interrogatos respondere ita se habere : sic D. Thom. *supra art.*7. Magister *in* 3. *sentent.dist.* 25. & multo antè D. August. *in lib. de Symbolo ad Cathecumenos* & *in lib. de fide , & operibus cap.*1.6. *&* 9. Tabien. *verbo , fides , & verbo, Credere* : quia Ecclesia omnes Articulos credendos proponit solemniter, & publicè colit , ac celebri ritu veneratur singulis annis , & publicis solennitatibus , Azor. *instit. moral.* 1. *p. lib.*8.*cap.*6. *vers. secundò quæritur* , vbi loquitur de vulgari homine, & rudi , concluditque teneri explicitè credere omnes fidei Articulos , quos Ecclesia solemniter veneratur.

85 Non desunt tamen bonæ notæ Auctores , qui censeant vulgus fidelium non obligari ad fidem explicitam Articulorum fidei , sed sufficere implicitam dummodò explicitè credant , quæ Sancta Ecclesia credenda proponit , ita Guliel. Pariliens. *in tract. de fide Altisidorensis* 3.*p. suo summo* , Rosella *in verbo , fides , num.*1.*&* 2. quam opinionem aliqui non audent improbare , vt P. Sà *verbo , fides n.* 1. Valentia tamen illam vocant erroneam 2. 2. *disp.*1 *quæst.punct.*4. post secundam assertionem, & Petr. de Ledesma *tom.* 2. *sum. tract.* 1.*cap.* 2. *ad finem* : Bannes 2.2.*q.* 11. *art.*2. addit esse hæreticam.

Nihilominus mitiùs loquitur P. Sà dum credit condemnari Pastores vulgi potiùs propter negligentiam docendi Oues suas fidem explicitam Articulorũ fidei. Quare dicendum est ad salutem imperitos , & rudes teneri explicitè credere omnes fidei Articulos , quos proponit publico , ac solemni ritu credendos Ecclesia , & docet. Est communis Theologorum Azor. *supra lib.*8.*quæst.*6. *vers. quæritur* post alios , Tolet. *lib.*4. *sum.cap.* 2. *num.* 9. Ludouic. Lupes 1.*p. instruct. cap* 41.*col.*2. *vers. veniale est* subduntque consequenter scire , quæ continentur in Symbolo Apostolico , aut in Catechismo puerorum.

Dubitatur tamen an hæc fides explicita mysteriorum Christi Domini , quæ in Ecclesia celebrantur , sit necessaria fidelibus necessitate medij , seu finis , an necessitate solius præcepti . Respondetur primò omnibus esse necessarium necessitate medij credere explicitè Deum esse , & remuneratorem, & Auctorem donorum supernaturalium ex illo Pauli ad Hebræos 11. ibi : *Credere enim oportet accedentem ad Deum , quia est , & inquirentibus se remunerator.* Quæ verba D. Pauli exigunt necessariò notitiam Dei necessitate medij ad salutem , & gloriam consequendam : sic Valentia 2. 2. *disp.* 1. *q.* 2.*punct.*3.*conclus.*1.

Respondetur secundò ante Christi Domini Incarnationem , & post eius natiuitatem , vitam & mortem , ante sufficientem Euangelij prædicationem , & promulgationem ad gratiam , & gloriam comparandam , non esse necessariam fidem Christi explicitam , sed satis esse implicitam , qua crederetur implicitè Redemptorem , & remuneratorem, esto ignorent homines, illum Christum Dominum explicitè & in specie futurum Deum, & hominem, ita Valentia *vbi supra puncto* 4. paulo post principium.

Respondetur tertiò post sufficientem promulgationem Euangelij fidem explicitam in Christum Dominum esse necessariam necessitate medij , seu finis, non solùm vt compararetur gratia, sed vt compareretur gloria. Ratio est, quia tota lex Euangelica nititur Christo Domino tanquam in suo funda-

…ento

mento, vt patet ex 1. *ad Co*... 15. Valent. *vbi supra d. punct. 4. statim in principio, & pagina 2 2 à vers. tertia vero assertio.* Quare non est audiendus Canus in relectione de Sacrament. in genere *p*... *conclus.* 1. dum ait esse necessariam explicitam fidem in Christum ad gloriam, non vero ad gratiam: & à fortiori non sunt admittendi, Richar. *in 3. distinct. 25. art. 3. quæst. 1.* nec Sot. *lib. 2. de natura, & gratia, cap. 11. & 12. & in 4. dist. 5. quæst. vnica art. 2. dubio vltimo*, dicentes ad neutram salutem esse necessariam.

Respondetur quartò hanc fidem explicitam esse necessariam necessitate medij de Christi morte, ac de eius Resurrectione, quod per hæc nostra salus, & redemptio fuerit consummata, D. Paulus *ad Roman. 4.* vbi: Traditus est propter delicta nostra, resurrexit propter iustificationem nostram. Quare debent fideles credere explicitè Christum Dominum esse verum Deum, & verum hominem, ita Valentia *supra disp. 1. quæst. 2. puncto 4. ad principium.*

Respondetur quintò, esse necessariam necessitate medij, seu finis, fidem Mysterij Sanctissimæ Trinitatis explicitam, post sufficientem Euangelij promulgationem ad vtramque salutem, quia fides huius mysterij pertinet ad fundamentum nostræ Salutis, Valentia *vbi supra quæst. 2. puncto 5. in 2. conclus.* & constat ex illo Matthæi *cap. 28.* Docete omnes gentes, baptizantes eos in Nomine Patris, & Filij, & Spiritus Sancti. Idem accipiendum est de omnibus Articulis, quibus Diuinitatis Mysteria comprehenduntur.

Respondetur sextò omnes Christi fideles teneri explicitè credere omnes quatuordecim Articulos in puerorum Chatechesi numeratos, ac consequenter eos scire, & hoc de necessitate præcepti, quia ij omnes solemniter ab Ecclesia celebrantur. Nam mysterium Trinitatis circumfertur solemni festo singulis quibusque annis ab Ecclesia, & omnes isti articuli sunt prima fidei rudimenta, seu documenta, & descensus ad inferos in ipsa Christi morte celebratur. Obiter nota non affirmari omnia mysteria à fidelibus explicitè esse credenda, quæ ab Ecclesia solemni festo, & ritu celebrantur, sed ea dumtaxat, quæ in illis quatuordecim articulis Ecclesia solemniter proponit credenda, ac solemniter celebrat. Sic Armila, *verbo Credere, num. 2.* Petr. de Ledesma *tom. 2. Summa tract. 1. cap. 2. conclus. 5* Manuel, *1. tom. Summa, in 2. editione c. 88. num. 1.*

Respondetur septimò, ex dictis sequi nos non teneri explicitè credere Christi Domini Circumcisionem, nec sancti Spiritus aduentum, nec Sanctorum communionem in Symbolo Apostolico contentam, quia in fidei articulis non continentur, & est cognitu satis difficilis, ita vt non solùm rustici, imperiti, sed etiam Docti vix percipiant hanc Sanctorum communionem. Sic Vasquez 1. 2. *quæst. 76. art. 2. disp. 12. c. 1. num. 2.* & patet ex doctrina D. Thom. 2. 2. *quæst. 2. art. 5. ad finem corporis*, vbi ait in hunc modum: Quantùm ad prima credibilia, quæ sunt articuli fidei, tenetur homo explicitè credere, sicut tenetur habere fidem: quantùm verò ad alia credibilia, satis est implicitè credere; hæc D. Thom.

Respondetur Octauò, omnes fideles esse Ecclesiam Catholicam explicitè teneri & credere, & scire, hoc est credere multitudinem fidelium esse sub Romano Pontifice. Ita Vasq. 1. 2. q. 76. *art. 2. disp.* 121. *cap. 2.* & Henriquez *de pœnit. lib. 6. c. 28. num. 2.* extra quam Ecclesiam nemo saluatur. Item omnes etiam teneri explicitè credere Remissionem peccatorum, cùm remissio peccatorum spectet ad articulum diuinitatis, quo cõfitemur Deum remissorem peccata. Similiter Resurrectionem carnis, etiam debent credere explicitè, per quã confitemur Deum non solùm Saluatorem animarum, sed glorificatorem. Similiter etiam tenentur explicitè credere necessitate præcepti Mysterium, Eucharistiæ, & illud scire, hoc est sub specie panis, & vini esse verum, & integrum Christum Dominum, verum Dei filium, & verum hominem: quod potissimùm mysterium ab Ecclesia passim, & solemniter celebratur. Ita Valentia *dicto punct. 5. post secundam conclus. dubio 1.* & Henriquez *loc. citat.* & Bannes 22. *q. 2. art. 8 dubio 2. pag. 424.*

Respondetur vltimò omnes Christi fideles teneri scire præcepta Decalogi, & Ecclesiæ; cum teneantur illa custodire: ita Sayro *in claui Regia lib. 2. cap. 9. num. 31. post alios*; & ad hoc obligantur, vbi primùm plenum vsum rationis habuerint, ex quo tempore obligantur præcepto diuino credere explicitè res fidei, Azor. *vbi supra, lib. 8. c. 7. q. 2.* & Philiarchus *de officio sacerdotali tom. 1. p. 2. lib. 3. c. 9.* & præceptum credendi explicitè res fidei, est de iure diuino, quia omnes tenentur iure diuino doctrinam Euangelicam amplexari, eamque explicitè credere, vt constat ex illo Marci *c. vltimo: Qui crediderit, & baptizatus fuerit saluus erit.* Ita Azor. *cit. lib. 8. cap. 6. quæst. 4. & d. cap 7. quæst. 2.* obligatio verò sciendi præcepta Ecclesiæ ex ipso iure Ecclesiastico oritur.

Quoad sacerdotes curam animarum habentes, 86
certum est illos teneri fidei articulos, ita explicitè credere, & scire, vt possint illos docere alios, & distinctè, & vtiliter explicare: Sic D. Thom. *in addit. ad 3. partem quæst. 63. art. 2. & in 3. dist. 25.* quæ est communis, vt tradit Azor. *1. p. lib. 8. c. 6. quæst. 10.* Quod clariùs incumbit Episcopis teneri eosdem fidei articulos nosce, ita vt possint illos explicare, & docere, & dubitantibus reddere rationem: quinimo docere illos quid sit implicitè credere, hoc est generaliter credere, quod credit Ecclesia, in quo credit multa alia, quæ in hoc continentur, cum credat omnia, quæ credit Ecclesia, sicut, qui credit explicitè aliquid est, qui assentitur alicui rei sibi dictæ, vel quam cogitatione concipit: ita Gabriel. *in 3. dist. 25. quæst. 1. art. 1. notab. 2.* quem sequitur Azor. *dicto lib. 8. cap. 6. quæst. de. sino quæritur, ad finem.*

His prælibatis dicendum est peccare mortaliter 87
patres, qui fuerunt negligentes in educatione filiorum, eósque non docuerint Symbolum fidei, nec præcepta Decalogi, nec *Pater noster*: ita Nauar. *in Sum. cap 11. num. 22.* P. Sà, *verbo, fideles, n. 1.* Similiter est mortalis negligentia non addiscere ista, nisi ruditas, & impotentia excuset, Toletus *lib. 4 Sum cap. 2. num. 10.* Petr. Ledesma *tom. 2. Sum. tract. 1. cap. 3. conclus. 1. & 2. vsque ad 4.* Petr. Nauar. *lib 2. de restit. cap. 4. dubio 9. num. 92.* & Angel. *verbo, Scientia, num. 1.* Medina *lib. 2. Summa, cap. 7. fol. 282.* Item negligentia sciendi explicitè, & in particulari Deum esse vnum in esse, & trinum in personis, est mortalis; vt D. Thom. 2. 2 *quæst. 2. art. 8.* Eodem modo peccat mortaliter, qui propter negligentiam nescit explicitè Filium Dei hominem factum fuisse, natum, mortuum ob nostram salutem, D. Thom. *supra art. 7.* Nauar. *d. cap. 11. in Summa num. 22. §. 5. & 6.*

Insuper tenentur fideles de iure diuino credere 88
mysterium Passionis & Resurrectionis, & aduentum eius ad iudicandum bonos, & malos. Paulus *ad Corinthios 1 cap. 15.* dicens: Tradidi vobis, quod accepi. Quoniam Christus mortuus est pro peccatis nostris secundùm Scripturas, & quia sepultus est, & resurrexit. *Actorum decimo.* Nobis præcepit 89
Deus

Deus prædicara, & restificari quoniam ipse est; qui constitutus est à Deo, Iudex viuorum, & mortuorum. Reliquos verò articulos, vt descensum Christi Domini ad Inferos, & Communionẽ Sãctorum teneri fideles credere de iure positiuo docet Aragonius 2.2. *quæst.2. art.6.* sed melius Azor. *lib.8. d. cap.6. quæst.4. & cap.7. quæst.2.* dicens obligationem credendi esse de iure diuino; consonat Bañnes 2.2.*art.8. dubio 2. pag.421.*

90 Quòd si contingat aliquem esse ita rudem, & rusticum, vt articulorum omnium nequeat capere substantiam, excusandus est ratione impotentiæ, & satisfacit fidei præcepto, si aliquos articulos clariores explicitè credat, & quos nõ assequitur, implicitè credat, generatim credendo quidquid credit Sancta Mater Ecclesia: ita Valentia 2.2.*q.2.disp.1.puncto 4.in quæst.de sciendi necessitate præcepti, post secundam conclus. vers. nam Guilliel. & vers. quod si aliquid:* sed ex hoc non sequitur illum non teneri explicitè, credere, quia excusatur à culpa ob impotentiam; quoniam si nullum articulum crediderit explicitè, non sufficit illi credere implicitè, & generatim quidquid credit Sancta Ecclesia: ita Azor. *1.p. lib.8.cap.6.vers. Sexto quæritur.* Ratio, quia explicitè credere est necessarium necessitate finis: at verò explicitè scire, est necessarium necessitate præcepti, cui satisfacit, qui scit reddere rationem, cùm rogatur; à qua culpa rudes omninò excusantur, quando illis est impossibile propter suam ruditatem: necesse nihilominus est illis aliquando explicitam illorum fidem concepisse, vt ait Gabriel. *in 3. sentent.dist.25. quæst. vnica art.2. post conclus. 5.vers.ad hoc autem*; sequitur Azor. *d.lib.8. cap.6. quæst. vltima ad finem.*

91 Confessarij item cùm sint patres spirituales, tenentur etiam explicitè credere articulos, vt in Symbolo continentur, & scire, vt possint pœnitentes instruere, & docere omnia, quæ pertinent ad salutem animæ, quando opus fuerit, & interdum, si visum fuerit illis, & expedire iudicauerint, possunt pœnitentes ob ignorantiam crassam, hæc nescientes dimittere absque absolutione, Azor. *d.lib. 8.cap.8. quæst. final.* si iam sæpè admoniti de hac negligentia sciendi hos articulos, & hæc præcepta, ac fidei rudimenta, non didicerunt, Bañnes 2. 2. *quæst.2.art.8. dubio 2. pag.429.*

Non tamen videtur neganda absolutio, nisi rarò, ob ignorantiam Christianæ doctrinæ; quia fermè rustici omnea habent ignorantiam inuincibilem huius præcepti, sciendi scilicet se teneri discere orationem *Pater noster*, præcepta Decalogi, & Ecclesiæ, nec non Symbolum fidei, aut articulos, cùm non habeant ad manum Præceptores, & quia sufficit, cùm interrogantur, si respondeant se id, de quo interrogantur explicitè credere, & se habere propositum seruandi Dei mandata, & addiscendi fidei rudimenta: fauet Valentia *supra disp.1. quæst. 2. puncto 4.in quæst. de sciendi necessitate præcepti, 2.conclus.* & Azor.*d.quæst. vltima cap.8.*

---

§. VII.

In quibus artibus, ac scientiis parentes debeant propriis sumptibus filios erudire.

EPITOME.

92 *Filij tenentur parentes honorare, & parentes filios alere, & vnde oriatur obligatio alendi, & docendi filios.*
93 *Parentes tenentur alere filios etiam naturales, vel docere artem vnde viuere possint.*
94 *Pater anathema est, si filios nec alat, nec doceat.*
95 *Pater tenetur ad impensas pro filio in studio posito.*
96 *Vtrùm filius teneatur conferre expensas factas in studio.*
97 *Vtrùm libri dati à patre filiis ad studendum sint conferendi.*
98 *Vtrùm expensa facta in addiscenda arte mechanica, veniant ad partitionem.*

EX vi quarti præcepti Decalogi, debent filij parentibus nedum honorem, & reuerentiam; sed 92
etiam alimenta, quando opus fuerit: quia parentes sunt principia filiorum, & à patribus post Deum, suum esse accipiunt: proinde non est mirum, onus filiis incumbere honorandi parentes, illósque alendi; cùm ad hoc inducantur à pietate, per quam debitus cultus, & honor tribuitur illis, quorum beneficio post Deum subsistimus, & gubernamur: D. Thom.2.2.*quæst.101.art.1.2.& 3. quæst.& 122.art. 5.ad 1.& 2.*

Nescitur tamen vndè oriatur hæc obligatio parentibus alendi scilicet, & docendi filios; sed satisfacies dicendo, parentes ad hæc omnia induci ab ipsa natura, cùm filij sint partes ipsorum parentum; & sicut non est nobis præceptum de amore proprio sed de amore proximi, quia ad amorem sui natura ipsa inclinat; sic etiam ad amorem filiorum ducuntur patres impellente ipsa natura, cogentéque: ita Alex. de Ales *in sum.p.3.quæst.33.membr.3.art.1.*

Ex quo sequitur, cùm pater non minus diligat filium, quàm se ipsum, neque se ipsum quis offendere optet, sed sibi prouidere velit; ita etiam non 93
vult offendere filium, sed illi diligenter prouidere nititur. Quare non solùm tenetur præbere alimenta, sed instruere in aliqua arte, seu officio, vnde viuere possit: tunc pater liberatur onere alendi, ex *cap.ius naturale, dist 1.* vbi dicitur, quòd educatio liberorum est de iure naturali: proinde accepta portione, qui remisit patri onus alendi, adhuc egestate pressus potest petere alimenta; ex Felin. *in cap.si diligenti. num.5. de foro compet.* quamuis iurasset se non petiturum; ex Marian.*ibidem. num. 13.* sequitur Illustrissimus Pinias *in d.cap. ius naturale. n.5. ex lib.1.§.cum ius naturale, ff.de iust. & iur.* Dec. in *l.iura, num.3. ff. de regul. iur.* Bart. *in l. si quis a liber.§.denique, & §.sed si filius, ff.de liber.agnosc.*

Teneri autem docere parentes, quibus filij in futurum se alant constat ex *l.Seiscius, ff.de legat.3.* vbi ad expreisè præcipitur his verbis: *Vnde se tueri possit*: atqui studia, artes, seu officia sunt satis accommodata, vt filius habeat vnde se alat: ergo pater tenetur alere filium, aut erudire in artibus, ex quibus viuere possit; cùm eruditio illa vt pietatis officium ad patrem pertineat: ita *l. qua pater filio 2. ff.famil. ercisc.* Item, quia *lex si quis, supra §.non solum.* decernit, parentes obligari, ne dum ad filios alendos, sed ad alia onera, quæ patrem decent. Hæc autem sunt docere, & erudire filios, secundùm illud Ecclesiastici *cap.7.* ibi: *filium habes, erudi illum.* Igitur pater tenetur, vel alere filium, vel erudire propriis expensis in aliqua arte, vnde sibi quærat alimenta.

Hæc autem obligatio parentum extenditur etiam ad filios naturales, ac illegitimos, vt deducitur ex *d.l.si quis a liber.* indistinctè præcipiente, vt pater filios alat: ergo excusabitur, si naturales doceat officium, ex quo se alere possint. Quod etiam docet Paleot.*in tract.de noth. & spuriis, cap. 47.* dicens,

teneri

teneri patrem pro filio naturali erudiendo expensas facere, cùm sit hoc pietatis officium, ad quod pater tenetur; vt dicitur in *l. parentes*, *ff. de in ius vocando*, & *l. vxorem, §. Codicillis*, *ff. de legat. 3.* sequitur Garcia, *de expensis, cap. 3. num. 54.* etiamsi ad eas faciendas credat non teneri patres naturales ex vi naturæ, sed ex misericordia.

Ratio, quia expensæ factæ in addiscenda aliqua disciplina veniunt loco alimentorum, per *l. de bonis, §. qui pupillo, vers. non solum, ff. de Carboniano edi-*
94 *cto*, & *ibi* Bart. quem sequitur Garcia *de expensis, d. cap. 3. à num. 46.* Valasc. *de partitionibus, cap. 13. num. 153.* dicentes, consumpta cum filiis ad perdiscendas artes sub alimentis necessariis contineri, quæ pater tenetur subministrare: adeò vt pater dicatur anathema *in cap. si quis dereliquerit, dist. 30.* si fortè filiis non præstat alimenta; cùm eos alere, sit pietas: Nauar. *in Manuali, cap. 14. num. 27. in principio*, vbi tenet peccare patrem qui notabiliter negligit exhibere necessaria filiis, quæ pertinent ad necessitatem spiritualem, aut corporalem; nisi excuset paupertas, vel altera rationabilis causa: sequitur Illustrissimus Primas in *d. cap. si quis, dist. 30.*

Probatur argumento tutorum, qui tenentur ad similes expensas faciendas pro pupillis erudiendis, secundum quod præcipitur in *l. qui filium, ff. vbi pupillus educari.* Quinimò si tales expensas omiserint, tenentur ex dispositione *l. quidquid C. arbitrium tutela*, satisfacere: Gregor. Lopez *l. 16. tit. 10. partita 6.* quia pupillus multo grauiorem subit iacturam tam in se, quàm in bonis ex omissione, & negligentia sui tutoris, & ob illam priuabitur decima fructuum, quam benè gerendo res pupilli consequitur per *l. 16. tit. 16. partita 6.* Censetur enim non benè gessisse rem pupilli, qui pupillum non erudiuit.

Extenditur item obligatio erudiendi pupillum ad Auum paternum, & ad fratres, & reliquos relatos in *l. d. si quis à liberis.* qui ex ratione naturali aut ex charitate sanguinis præstant alimenta, tenentur namque ad expensas factas in perdiscendis scientiis in studio: ita Bart. in *d. l. si quis, §. non solum.* Iason in *l. cùm hi, §. qui transigit. ad finem, ff. de transaction.* Ergo si hi debent impendere cum nepotibus, seu fratribus, studij causa, multo fortius debent parentes facere expensas.

95 Expensarum nomine, ad quas parentes tenentur, veniunt, quæ fiunt in minoribus studiis; vt ait Valasc. *cap. 13. de partitionibus num. 153.* Garcia *de expensis cap. 3. num. 47.* & constat ex Ordin. Lusit. *lib. 4. tit. 97. §. 7.* ibi, *Em scholas, ou em studo, ou aquem o insinar a qualquer outro Mysterio.* Castro, *in l. cum oportet, num. 173. C. de bonis quæ liberis*, sequitur Azor. *p. 2. lib. 2. cap. 4. quæst. 17.* Reginald. *in praxi fori pœnit. lib. 20. num. 43.* Ratio, quia similes expensæ continentur sub nomine alimentorum: ita præcitati DD. Valasc. & Garcia.

96 An veniant sub alimentis expensæ quæ fiunt cum filio in scientiis maioribus? Pars negans, similes donationes valere, quando filius est in potestate patria, est Ripæ in *l. 1. ff. soluto matrim. num. 140.* & Alex. *ibi num. 55. per text. in l. quæ pater, ff. famil. ercisc.* per quem se restringit ad filium emancipatum, quasi dicat non valere donata ob causam studij filio existenti sub patria potestate: Ripam sequitur Valasc. *d. cap. 13. n. 156.*

Nihilominus dicendum est, huiusmodi expensas factas etiam in studiis maioribus contineri sub alimentis, per *l. de bonis, §. non solùm, ff. de Carboniano edicto*, ibi, Non solùm alimenta præstari debent pupillo, sed & in studia, & cæteras necessarias impensas debent impendi secundùm facultates: facit *l. qui filium ff. vbi pupillus educari debeat.*

Vrget lex Lusitana *d. lib. 4. tit. 97. §. 7.* ibi, *nad trara o filho á colaçam o que lhe o pai deu, ou may pera aprender em scholas, ou em Studo:* Consonat *lex 5. tit. 5. partita 6. apud Hispanos, & l. 3. tit. 4. partita 5.* eò quòd contineantur sub nomine alimentorum, vt etiam tenuit Molin. *de Iust. tom. 1. disp. 239. in principio*: nam alimenta sunt debita de iure naturæ. Et quamuis de hoc ambigi possit de expensis factis ad perdiscendas scientias maiores cum filio, præsertim extra domum studenti peregrè, cùm ad illas pater non videatur omninò teneri, si tamen filium mittat ad scholas, seu studium, censetur id agere ex debita patris pietate, & ex consequenti cessat coniectura obligandi ad conferendum: sequitur Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 147.* Surd. *de alimentis tit. 4. q. 6.* & Tuschus *litera A. conclus. 282.* facit *l. 3. tit. 4. partita 5.* ibi, *mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de sus hyos no valdria, fueras ende, si el padre fiesse Cauallero a su hyo, e le diesse Cauallo, y armas, o le hisesse aprender alguna sciencia, o le diesse libros en que la aprendiesse. Ca el donadio, se fuesse hecho, en alguna de las maneras sobre dichas, valdria, y no seria tenudo de addulcirla en particion entre los otros hermanos.*

Ergo signum est, has expensas deberi tanquam alimenta, siquidem excusantur filij ab onere conferendi, vt eos excusat Mendes à Castro *lib. 4: praxis cap. 3. num. 8 vers. item aliter filius fol. 312.* & clariùs Azor. *tom. 2. lib. 2. cap. 4. quæst. 17. & quæst. 18.* dicens, deberi filio iure alimentorum sumptus factos cum eo, in studio; & ad illos posse patrem cogi in foro conscientiæ, vt filius studeat, sicut reliqui filij paris conditionis more patrio erudiuntur, nisi habeat, vnde aliter viuat; vt probant leges, tam Lusitanæ, quàm Hispanæ suprà citatæ, Molin. *disp. 239. in principio*, Valasc. *supra d. cap. 13. num. 151. & n. 158.* Gomez. *l. 29. Tauri à n. 16.* Garcia, *de expensis, cap. 4. à n. 1.*

Limitantur tamen supradicta vbi non datur aliqua coniectura ex qua appareat patrem animo credendi potiùs, vel alio, quàm donandi, prædictas expensas fecisse; vt deducitur ex text. *in l. quæ pater*, ibi: *Si non credendi animo, ff. famil. ercisc.* nam tunc aliter decidunt Doctores, teste Valasc. *supra n. 163. vers. aduertere.* Animus autem credendi intelligitur interuenire eo tempore, quo expensæ præstantur, non autem ex interuallo, text. *in l. illud, in fi. C. de collat.* ibi: *nisi huiusmodi legem donator tempore donationis sua indulgentia imposuerit.* Item animus credendi significatur quando pater ministrans expensas protestatur à se, animo repetendi illas, mitti filium ad studium: tunc sine dubio potest repetere, vt Bart. *in d. l. quæ pater.* Gomes. in *d. lib. 29. Tauri num. 16. vers. secundo limita*, & Garcia *d. cap. 4. n. 4. vers. limita tertio*, accedit Molin. *d. tract. 2. disp. 239. vers. quod hactenus constituimus*, dicentes in hoc casu expensas esse conferendas, non omnes in solidum, sed excessum, quem vltra alimenta necessaria domi percipienda, in studio foris percepit, ideo excessus iste necessario conferendus est, quando pater, protestatione facta, alimenta concedit filio in studio, quia censetur concessisse animo credendi: Gomes. *supra num. 16.* Garcia *n. 5.* & Perez. *l. 1. tit. 10. lib. 1. ordin. col. 283.*

Idem dici potest, quando pater describit expensas in libro suarum rationum, ex *l. Nesennium, ff. de negot. gest. in fine*, & *ibi* Bart. Quare excessus expensarum etiam in hoc casu, vel est conferendus, vel imputandus in legitimam. Quod extenditur quando filius habet bona apud patrem ex aliquo casu sibi relicta: videtur tunc pater expensas fecisse de bonis filij, Bart. & Bald. *in d. l. Nesennium.*

Gomes.

Gomes. & Garcia, *vbi supra.*

Cæterùm huiusmodi limitationes procedunt maximè de iure communi; secundùm quod, per *l. qua pater, ff. famil. ercisc und.* filius tenetur expensas conferre, & ideò limitationes sunt rationi valde cõsentaneę. Nihilominus de iure Lusitano, *d. lib. 4. tit. 97. §. 7.* & de iure Hispano *l. 3. tit. 4. part. 5.* verius est, cum Molin. *cit. d. vers. quod hactenus constituimus*, non teneri filium expensas factas in studio etiam quoad excessum super alimenta ordinaria conferre, nec computare in legitimam, quia per dictas leges immunes fiunt ab onere cõferendi seu computandi in legitimam. Limitat Molin. nisi antequam mittatur ad studium filius cum patre contrahat de conferendis expensis, quod attinet ad excessum super alimenta, quæ domi erat facturus, si non mitteretur.

Ad hæc dubitatur rursus, an possit filius repugnante patre studere, & cogere illum ad expensas necessarias, si alioqui diues fuerit. Pinel. *1. p. l. 1. C. de bonis mater. num. 55.* affirmat, nisi filius sit ineptus ad discendum, *argumento l. de bonis, §. non solum, ff. de Carbon.* Glos. in *l. sed Iulian. §. proinde ff. ad Macsden.* Felin. *in cap. 2. de magist.* Ratio, quia pater tenetur filium alere, & studendo habere debet filius vnde se alat; ergo tenetur expensas facere: sequitur Rebuff. *de priuileg. scholar. priuileg. 53.* & P. Rebell. *p. 2. lib. 1. quæst. 8 sect. 3. num. 33.* quod extendit ad quodcunque vitæ genus, in quo filius viuere voluerit, videlicet si ad Indiam, vel Africam se conferat: idem Reginal. *in lib. 20. cap. 3. sect. vlt. num. 43.*

Partem tamen negantem tradit Gomes. *in d. l. 29. Tauri num. 18.* Garcia *de expensis c. 3. à num. 50. vsque ad 52.* Valasc. *de partit. cap. 13. num. 154.* post alios. Vtraque pars est probabilis, sed posterior probabilior pro scientiis maioribus: ideò non potest pater cogi ad mittendum filium peregrè ad studium, Valasc. *supra à num. 151.*

Porro si pater faciat filio facultatem, vt studeat alicui scientiæ, tradit Gomes. non teneri patrem perseuerare in eadem voluntate, nec ministrare sumptus filio omnes vsque ad gradus adeptionem. Oppositum est verius, nisi pater sit inops, aut filius inutilis: ita Garcia *d. cap. 3. num. 53. vers. ex quo iam semel, & vers. & quamuis*, & expresse Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 29. n. 86.* & in specie affirmat Crotus *in l. frater à fratre n. 87. ff. de condict. indebiti*, idem Menoch. *lib. 4. præsumpt. 191. n. 18. & 20.* vbi hoc extendit ad filium naturalem, Caldas Pereira *cons. 114. num. 32.* secùs si filius in principio patre repugnante ad studium se contulit, quibus accedit Barbos. Vimarensis *in Remissionibus ad Ordin. Regiam lib. 4. tit. 97. ad §. 7. num. 3.*

De expensis factis pro gradu quocunque accepto à filio in aliqua Academia non esse conferendas, credit Valasc. *de partit. d. cap. 13. num. 175.* quia honor ille non est vendibilis: ita Scribentes *in l. 1. §. neque castrensis in 2. p. ff. de collatione bonorum*, Gomes. *d. l. 29. Tauri num. 21.* Garcia, *de expensis, d. cap. 4. num. 14.* post alios, nisi filij apud patrem habeant aliqua bona de quibus pater expendat, text. *in l. fin. ff. de petition. hæred.* ibi *in honorem filij*: vel appareant aliquæ coniecturæ, ex quibus colligatur patrem fecisse animo potiùs credendi, seu repetendi sumptus, quàm donandi: Sic de iure communi: secùs de iure Lusit. & Hispano decidenti nihil esse conferendum, vt etiam fatetur, Perez *l. 8. tit. 5. lib. 1. Ordin. pag. 48. & lib. 5. tit. 7. pag. 206.*

97 Pro libris filio concessis ob causam studij, Responde; si quando pater dedit, iam filius erat Doctor, Iudex, vel Aduocatus, vel aliud munus publicum exercebat, donationem esse validam; nec libros esse conferendos, quia cedunt in peculium quasi castrense, sicut arma donata ad militandum: Rebuff. *de priuilegiis scholar priuilegio 55. num. 5.* Valasc. *de parti. cap. 13. num. 159.* pro quo facit Bart. *in l. 1. §. nec castrense num. 8. ff. de collat. bonor.* sentiens præsumi donationem quoties pater dat filio aliquid ex causa fauorabili, putà si emat libros nomine filij ex causa studij, eósque illi tradat, Ripa sequitur in *l. in quartam num. 17. vers. secundo casu, ff. ad l. falcidiam*, Salycet. *in d. l. filia cuius, col. 4. vers. quæro tertio; C. famil. ercisc.*

Idem sine distinctione dicendum est de libris datis ad studendum, nempe corpora iuris Ciuilis, & Canonici, & alij, qui non veniunt ad collationem, sicut cæteræ expensæ factæ studij causa. Libri enim sunt dati ad studium sine quibus non potest filius progredi: ergo vt expensæ non conferuntur; pari ratione, nec libri, cùm non sint minus necessarij ad studendum, quàm cæteræ expensæ: ita Gomes. *d. l. 29. Tauri, num. 17.* & *l. nostra Lusitana, d. lib. 4. tit. 97. §. 7.* ibi, *Enam trara o filho à particam oque o pay, on may derem pera aprender em scholas, ou studo*: licet Molina *d. disp. 239. §.* quoad libros, aliter hoc intelligat.

Attamen in dubio non debent conferri, quando libri sunt necessarij ad studendum, vt colligitur ex illo verbo, *o pera aprender*, ita Valasc. *d. cap. 13. d. num. 162. ad 163.* subdens; nisi ex aliqua coniectura concipiatur animus patris, fecisse potiùs intentione credendi, quàm donandi. Quod intelligit 98
procedere de iure communi. Attento verò iure Regio, veretur, ne admittantur similes coniecturæ, credendi potiùs, quàm donandi animum interfuisse: quod probat Rebuff. *d. priuilegio 55. num. 1. vers. primo amplia*, vbi tam libros, quàm pecuniam concessam ad emendos illos non esse conferendos putat: in eo verò casu, quo sint conferendi, debet conferri eorum æstimatio considerato tempore mortis patris, non autem tempore emptionis: ita Barbos. *in Remissionibus ad Ordin. Regiam lib. 4. tit. 97. ad §. septimum num. 2. ad finem*, Gomes. *d. num. 27. vers. ex corollar.* & alij communiter.

Sequitur denique non esse conferendos sumptus factos à patre cum filio in perdiscendo aliquo officio mechanico, vt constat *supra, ex num. 95.* & ex Molin. *disp. 239.* & ex Garcia *d. cap. 3. num. 48. & 50. de expensis.*

---

§. VIII.

Aquibus vitiis linguæ coram filiis cauere parentes debeant.

EPITOME.

99 *Filij discunt à parentibus bonos, vel malos mores.*
100 *Parentes caueant à maledictionibus, & imprecationibus ferendis.*
101 *Malum imprecari filiis suis, vel parentibus: est peccatum graue de se.*
102 *Malum imprecari rebus alicuius, quale peccatum sit.*
103 *Parentes caueant à consuetudine iurandi coram filijs, & domesticis.*
104 *Iurans indiscriminatim, siue verum, siue falsum ex consuetudine, est in mortali.*

105 *Parentes coram filiis caueant à contumeliis, & multo magis à blasphemiis.*

106 *Contumelia, & conuitium quale peccatum, & quomodo differant.*

99 FIlij, teste Seneca in *declamation. lib* à parentibus multa addiscunt, & exemplo eorum à primis annis vitia ebibunt plerumque, quæ ab illis accipiunt: neque hoc latuit Ciceronem *de offici.* per hæc verba: Præceptis parentum imbuti ad eorum consuetudinem, moresque deducimur. Quam ob causam Aristotel. *Politicor.* 7. tradit, iuuenes esse custodiendos, adeò vt ne dicant, neque audiant malum vel turpe aliquod; quia ex dicere, & audire aliquid turpe, de facili fit fieri. Proinde decet parentes abstinere se à vitiis, etiam minimis, & vitare defectus leuissimos, præsertim linguæ, ne filij eorum exempla secuti in grauiores incurrant; nam ex seminibus minutissimis, quæ terra fouet secum, grandes procreantur arbores.

100 Caueant ergo parentes primò à maledictionibus, seu imprecationibus ferendis contra filios, dum irascuntur, ne filij discant similia mala sibi ipsis, ac parentibus imprecari, aut exoptare, quod de se est mortale, si deliberato animo filiis maledicant aut exoptent notabile malum sub ratione mali, ita Nauar. *in manu. cap.* 23. Caiet. & Aragon. 2. 2. *quæst.* 76. Valent. *tom.* 3. *disp.* 5. *quæst.* 19. Tolet *in sum. lib.* 4. *cap.* 13. *vers. vno modo.* Excusabuntur tamen à mortali quando malum est leue, seu imprecatio, & verbo tenus; aut si fiat sine plena deliberatione, vel præ iracundia absque animo, vt filiis, aut domesticis malum imprecatum contingat: vt credendum est parentes imprecari mala, ea mala consuetudine filiis, vt rustici bobus, & gregibus suis, & muliones bestiis suis.

101 Quid si parentes imprecentur ex animo deliberato, dicántque, Suspendaris, rapiant te Dæmones, & similia, seu mortem exoptent sub ratione mali? Non est dubium esse mortale, vt præcitati, quibus accedit Graffis *lib.* 2. *cap.* 56. *n.* 12. *& cap.* 73. *num.* 2. Nec refert dum dicunt se mali exoptati statim pœnituisse, quia hoc non excusat à mortali iam commisso: nam satis est consensus voluntatis momentaneus, sicut satis est ad quodcumque aliud peccatum, Nauar. *supra.*

Dictum est sub ratione mali, quia si exoptetur malum sub ratione boni, vt desistat filius à consuetudine peccandi, & vt resipiscat, non est peccatum: sicut non est optare mortem alicui proximo: aut iacturam bonorum fortunæ, ne in tot vitia ac tanta quotidie labatur, quoniam hoc potest malum pœnæ illi optari, vt ad bonam frugem, & ad Deum regrediatur, D. Thom. 2. 2. *quæst.* 36. *art.* 2. Nauar. *in cap. inter verba* 11 *quæst.* 3. & *in additionibus cap. quando, de consecrat dist.* 1.

Vnde si maret mortem, imperatiuè filio exoptet sub ratione mali deliberatóque animo, est homicida: D. Thom. 2. 2. *quæst.* 76. *art* 4. *ad* 2. & *ibi* Caiet. Valent *d. quæst.* 19. *punct.* 1. *conclus.* 2. proinde si quis imperatiuè incendium imprecetur proximo ex animo, erit incendiarius, & sic de aliis pro ratione mali exoptati. Si quis tamen non declaret malum imprecatum, sed dicat maledictus sis à Deo erit peccatum maledictionis in genere, ita Sotus *lib.* 5. *de Iust. quæst.* 12. *art.* 3. Sed meliùs Caiet. & Valent. *vbi proximè*, dum aiunt esse peccatum odij habentis malum in communi pro obiecto. Ex quo deducitur maledicere imperatiuè, etiam quando abest intentio, vt malum precatum adueniat, tale est peccatum, quale est malum quod imperatur.

Ex dictis sequitur, quantum oporteat abstinere ab huiusmodi imprecationibus, ne filij assuescant parentes imitari; illósque similibus verbis omissa reuerentia male tractare. Ideò maledicens parentibus, aut verba proferens ex se prouocantia ad notabilem iram, peccat mortaliter: contra verò, quando verba non sunt talia: ita Ludouic. Lopez. 1. *p. instructory cap.* 54. Tolet. *in sum. lib.* 5. *cap.* 1. *vers.* 2. Nauar. *in manual. cap.* 14. *n.* 12. *vers.* 5. Alens. 3. *p. de* 4. *præcepto.* Confert *Prouerb.* 20. ibi: *Qui maledicit patri suo, & matri, extinguetur lucerna eius in medius tenebris.* & *Prouerb.* 30. ibi: *oculum, qui subsannat patrem, & qui despicit partum matris suæ effodiant eum corui, de torrentibus, & comedant eum fily aquilæ.* Ex quo loco filius, quamuis non habeat odio parentes, sed verè diligat; si eos toruis, aut obliquis oculis intueatur, vel ita aspere, duréve loquatur, vt videatur eos odisse, peccat mortaliter, cùm debeat eos non solùm animo, sed etiam exterioribus signis colere, ita Nauar. *supra*, Ludouic. Lopes, *cap.* 54. Bartol. Medin. *lib.* 1. *instruct. confess. cap.* 14. §. 14. Tolet. *d. cap.* 3. & Rodrig. 1. *p. Summa cap.* 14. *in principio.*

Si filius non imprecetur malum parentibus, sed eius rebus, siue sint animatæ, siue non, & maledictiones huiusmodi rebus fiant, quatenus sunt parentum, quos filius fortè in illa hora odio habet; peccatum est mortale malum imprecari, seu maledicere, nisi vel ex indeliberatione, vel ex materiæ paruitate sit venialis culpa, tale enim peccatum est contra charitatem, & reuerentiam debitam patri: quòd si maledictiones feruntur ad res irrationales secundùm se, absque vllo respectu, & ordine ad Dominos, quorum res sunt, non excedunt culpam venialem. 102

Sicut duntaxat sunt veniales omnes imprecationes malorum: quæ fiunt pluuiis, ventis, & nubibus, ac tempestatibus secundum se; secus si maledicantur vineæ, quia Petri verbi gratia sunt; & tunc si in animo optamus malum vineis propter Dominum earum, est mortale? sicut est, quando alicui optamus malum notabile.

Eodem modo si maledicimus pluuiis, ventis, nubibus, & tempestatibus prout sunt à Deo, & prout à Deo mittútur, est peccatum mortale blasphemiæ: si quis dicat, maledicta sit terra, aut maledictum sit mare, nubes, tempestates, & similia, quatenus sunt creaturæ Dei: secùs si hæc maledicántur absque hac consideratione, sed simpliciter; est veniale, Nauar. *d. cap.* 12. *in Manuali n.* 86. sic, & sequitur Caiet. 2 2. *q.* 13. *art.* 1. Graff. *lib.* 2. *decis. cap.* 19. *n* 7. & est communis, quia maledicuntur creaturæ secundùm se, & absque ordine ad Deum. Reginald. *vbi supra, n.* 203. Say. *in claui lib.* 6. *cap.* 13. *n.* 7. vbi tradit non esse mortale imprecari malum leue alicui, vel notabile ex indeliberatione, vel absque animo, vt ei eueniat, post Tolet. *lib.* 4. *sum. cap.* 13. *ante finem.*

Caueant secundo parentes à cæteris linguæ vitiis, præsertim ne filij eorum exemplo in eadem ruant, nempe à consuetudine iurandi, ac detrahendi. Parentum enim exemplum, magister efficax est tam ad vitia, quàm ad virtutes, vt dicitur 2. *Paralip.* 22. *num.* 3. ibi. *Ocosias ingressus est per vias domus Achab. Mater enim eius impulit eum*: quo in loco Theodoret. Æmulatus est, inquit, impietatem patris, habuit enim magistram scelerarissimam matrem. Contra verò, quando parentes prælucent filiis exemplo bene viuendi, post se filios pertrahunt *Credidit* Regulus *ipse, & domus eius tota*, Ioan. 4. *num.* 53. Confirmatur exemplo Abrahami, cui Deus præcepit, vt exiret de terra sua, Genes. 12. *numero* 5 *Egressus Abraham,* 103

tulit

tulit Saram uxorem suam, & Loth filium fratris sui, & animas, quas fecerant in Haram; vnde deducitur, quantùm moueat exemplum parentum ad bonum, quantúmue ad malum inducat. Ideò non sine mysterio refert Gregor. *lib.4. cap.18.* puerum quinquennem blasfemiis proferendis assuetum, è brachiis paternis fuisse raptum à dæmone, & ad inferorum sedes delatum: qualis ergo Iudex populi, tales & ministri, *Eccles.10.* Oportet igitur abstinere à blasfemiis, à iuramentis, à detractionibus, & à conuitiis, ne in parentes quadret illud Apostoli *2. ad Roman. num. 24.* ex Isaia. *Nomen*, inquit, *Dei per vos blasphematur inter Gentes*: & quod peius est parentes his vitiis assueti, sunt veluti radices ex quibus in filios eadem & multo maiora peccata transferuntur, sicut ex arborea radice flores, ac fructus bonitatem, seu malitiam sugendo alliciunt.

104 Quàm perniciosa ergo sit consuetudo iurandi, seu peierandi, ac detrahendi coniicitur ex ea dubitatione; An sit in mortali, qui habet consuetudinem iurandi cum aduertentia, non tamen cauet à periuriis, sed absque vllo discrimine iurat, siue verum siue falsum? cui respondent Doctores hunc esse in mortali, tenerique à se depellere sub mortali tam deperditam consuetudinem: sic Valent. *2. 2. disp.6. quæst.7. punct.3. col. antepenult. vers. respondeo diiudicandum, & col. penult. vers. verum vero* Suar. *tom.2. de Religione tract. de iuram. lib.3. cap.6. & 8.* & Vega *tom.2. Summa cap.16. casu 14.* vbi subiungit, hominem sic assuetum, peccare mortaliter, quamuis iuret verum: quod est ita, quando iurat, neque aduertit, sit ne verum, quod iurat, an falsum; secus si aduertenter verum iuret, vt docet Suar. *d. cap.6. num.6.* Nihilominus opinionem Vegæ sequitur Azor. *tom.1. lib.11. c.3. q.3. vers. verò lethaliter peccat, quamuis verum iuret, quoniam se exponit periculo peierandi*; sed magis placet distinctio Suaris.

Similiter assuetus iurare inaduertenter circa veritatem rei iuratæ, tenetur sub Mortali se ab ea iurandi consuetudine eripere, & antequam se eripiat, est in statu damnationis ratione periculi, in quo est peierandi, etiam si contingat aliquando verum iurare, & iudicatur id casu accidere, ita Azor. *vbi supra vers. præterea*, & Ledesm. *tom.2. Summæ tract. 11. cap.5. dubio 4.* quos sequitur Suar. *d. cap.6. num. 9.* Nec excusantur in confessione parentes à confitendo circumstantiam scandali, quamuis non intendant præbere occasionem ruinæ, ita Petr. de Ledesm. *tom.2. Sum. tract.4. cap.5. fol.303.* Bañes. *2. 2. quæst.43. n.4. dub.1. conclus.1.* Vasquez *1. 1. quæst.73. art.8. disp.102. cap.3. num.5.* nec dissentit Nauar. quatenus dicit *in cap. consideret, §. animaduertere, num.9. de pœnit. dist.5.* semper scandali circumstantiam esse de necessitate confessionis, siue intendatur, siue non, ruina proximi. Maiori cum ratione debent parentes deuitare consuetudinem loquendi turpia coram filiis, ac domesticis, propter periculum ruinæ, tenentúrque in cõfessione dicere, dum de hoc fatentur, se loquutos fuisse verba valde turpia, & inhonesta eorum filiis, filiabúsque, eo quòd faciunt illos inuerecundos, reddúntque illos faciles ad similia verba proferenda, & ad cogitandum de his rebus, & fortè de iis exequendis: quinimò debent exprimere quot personis malum exemplum se dicto, vel facto præstiterint, seu scandalum dederint, & de omnibus fatendum est: ita Vasquez *d. disp.102. num.1.*

105 Caueant tertiò vir, & vxor se mutuis contumeliis lacerare, quo vitio mutuus amor non solum deperditur, sed finitimi vicini, & domestici simul scandalum patiuntur; vt verò vir mulierem rixosam, & contumeliosam temperet; oportet, vt silentio, & patientia superet tempestates à muliere excitatas, ne scandalum domesticis, & externis præbeat. Item oportet, vt reuocet in memoriam sententiam Menandri dicentis, fæminam iracundiam tempestatem in domo esse; *Tempestas*, inquit, *in domibus est viris mulier*: conuenit illud ab vno ex septem Greciæ Sapientibus prolatum: Mulier est viri naufragium, dõmus tempestas, quietis impedimentum. Proinde expedit maximè prudenti viro habenti vxorem iracundam abstinere à mutuis contumeliis, arbitretúrque se domi habere Gymnasium patientiæ, vt tradit Chrysostom. *homil. 26. in 1. ad Corinth.* vbi narrat exemplum hisce verbis: Cùm malam quidam Philosophus haberet vxorem, & nugatricem, & conuitiatricem; rogantibus cur eam sustineret, dixisse dicitur, vt domi haberet Gymnasium & Palæstram Philosophiæ: *ero*, inquit, *cæteris mitior, si in ea quotidie erudiar*: quasi diceret hoc modo vitam pariar tranquillam: absque eo, tota vicinia contumeliis, ex vtraque parte iactatis perstrepet.

Sed quæres quale peccatum sit contumelia? Respondeo ex suo genere esse mortale, nisi paruitas materiæ, vel indeliberatio excuset, ita Toler. *lib.5. in Sum. cap.9.* Sayro *in claui lib.11. cap.8. n.3.* & est communis, *& num.4. vers. ratio est.* Consistit autem contumelia in verbis contra honorem proximi iniuriosè prolatis contra aliquem præsentem, verbi gratia, si quis palam & in facie vocet aliquem iniuriosè furem, Iudæum, ebrium, mendacem, & similia, ita Say. & reliqui *vbi supra*, quibus accedit, Graff. *lib.2. decis. cap.131.* distinguitur verò à conuicio, quòd in *l. apud Labeonem ff. de iniuriis*, vocatur quasi *conuocium*, quasi plurium coëuntes voces, & maledicta in vnum iactanda. Item quia contumelia consistit in verbis contumeliosis significantibus defectum culpæ nempe si appelles hominem furem. 106

Conuicium autem consistit in verbis significantibus malum culpæ, aut malum pœnæ, scilicet cum dicitur alicui, latro, mendaxve, & similia, quæ ad malum culpæ spectant. Similiter si dicatur alicui, ô stulte, ô insensate, ô iudæe, & cætera: & hæc ad malum pœnæ spectant: contumelia verò proprie continet malum culpæ duntaxat, sempérque est mortale, siue proferatur cum animo inhonorandi, siue absque illo; dummodo verbum sit notabiliter iniuriosũ, & adsit deliberatio sufficiens. Excusabuntur autem coniuges se mutuis contumeliis, seu conuitiis afficientes à mortali, si desit plena deliberatio, aut quando iniuria est leuis; vel quando est magna, & profertur per iocum. Eodem modo quando dicitur à marito correctionis gratia, sicut excusatur magister erga discipulos, & dominus cum seruis, & famulis, & superiores cum inferioribus, ita Tolet. *d. cap.9.* quibus in casibus si hæc proferantur non ex ira, sed cum modestia nullum erit peccatum: ita Sayro, post alios *supra num.6.* sed de his *1. p. lib.7. disp.19. à n.16.*

DISPVTATIO II.

Vtrùm parentes teneantur filios alere, ita vt nequeant illis alimenta negare.

§. I.

Vnde oriatur obligatio alendi filios.

EPITOME.

107 *Alendi filios obligatio oritur ex charitate sanguinis.*
108 *Filios educare est de iure naturali.*
109 *Alimentorum nomine, quid veniat.*
110 *Appellatione ciborum quæ veniant, & vbi teneantur parentes alimenta præstare.*
111 *Alimenta semel data, & semel deperdita, an teneantur parentes iterum præbere?*
112 *Dotem semel deperditam, an teneatur pater iterum præstare?*
113 *Alimenta non sunt neganda filio, quem pater potest exhæredare.*

107 OBLIGATIO alendi filios oritur ex sanguinis charitate, non verò ex iure patriæ potestatis per text. *in l. si à liberis, §. vtrum*, vbi Bart. *in principio ff. de liber. agnosc.* Proinde licèt filius sit extra patris potestatem, adhuc tamen est alendus: quia vinculum naturale est fortius emancipatione, quæ dumtaxat soluit vinculum iuris ciuilis: non tamen soluit iura naturalia, nec beneficium sanguinis, per *l. iura sanguinis, ff. de regul. iuris, & in §. at ij qui, & §. sequenti*, vbi Angel. *Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestat. deferuntur.*

Hinc sequitur non teneri patrem adoptantem alere filium adoptiuum, cum sit filius legalis, non autem naturalis. Glos. *in §. sed ea omnia, instit. de hæredit. quæ ab intest.* & ibi Scribentes, & Benedict. *in cap. Raynut. de testamen. in verbo, & vxorem nomine Adelasia, in dist. 5. n. 176. & 177.* Sed oppositum est verius, vt dicetur *in §. de Adoptione, infr.*

108 Item quia educare filios est de iure naturali. *Instit. de iure natur. in principio*, propterea incumbit parenti filios alere *ex l. etiam si competenti, & l. si patrem tuum, C. de alendis liberis.* Vnde si parentes sint notabiliter negligentes in alendis liberis, siue id procedat ex auaritia, siue ex crudelitate, peccant mortaliter: text. *in cap. si quis dereliquerit, dist. 30.* Syluest. *verbo, famil. num. 3.* Graffis *lib. 2. decis. cap. 59. num. 1. & 2.* vbi *num. 4.* ponit casus exceptos.

109 Nomine Alimentorum intelliguntur nedum cibus, & potus, sed etiam habitatio, & reliqua, quæ pertinent ad victum, vestitum, & ad medicinalia; text. *in l. 1. & in l. legatis*, vbi Bart. *num. 2. & l. final. ff. de aliment. & cib. legat.* nec non *in tract. de aliment. tit. qui filij sint legitimi §. in hoc, num 43.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4 præsumpt. 157.* Sequitur Iason. *in d. l. legatis*, per hæc verba ibi: *legatis alimentis cibaria, vestitus, & habitatio debebitur*: quia sine his ali corpus non potest. Neque est differentia inter alimenta legata, & inter alimenta debita filiis à parentibus; atque ita sicut debentur quando legantur, sic etiam quando ratione sanguinis, & de iure naturali filiis præstanda sunt; non tamen in omnibus sunt paria, cùm non contineant expensas ad studium: vide Menoch. *vbi supra.* Nomine, victus, venit potus, cultúsque corporis, & reliqua necessaria homini ad viuendum, ita habetur *in l. verbo victus, ff. de verbor. significat.* Antonius Cordub. *in l. si quis à liberis §. non tantum, num. 4. ff. de liber. agnoscend.* Iacob. de Graffis *lib. 2. decis. cap. 59. num. 5.* Azor. *p. 2. lib. 2. c. 4. vers. secundo quæritur.*

110 Appellatione etiam cibi, veniunt panis, caro, & reliqua edulia, attenta semper qualitate, & ratione personæ alimentandæ; sicut nomine potus, venit vinum, & reliqua, quæ potantur: Rebuff. *in l. verbo victus ff. de verbor. significat. in principio, & col. 5. vers. intellige victum.* Nomine etiam potus, comprehenduntur vasa quibus ad potandum vtimur: ita Rebuff. *cit. vers. poteria.* Sub nomine verò vestitus, continentur vestes, siue laneæ, siue lineæ, siue sericæ, siue non; per *l. vestis §. 1. ff. de auro, & argen. legato*, item calceamenta, quibus pedes vestiuntur, ita Baptista Ponian. *in tract. de alimentis, cap. 17. num. 20.* Filij tamen legitimi sunt alendi à patre in domo propria: tenetur enim apud se illos retinere, & nutrire, Cordub. *in l. si quis à liber. in principio, num 8. ff. de liber. agnosc.* Surd. *de aliment. tit 4. quæst. 14. num. 8.* vbi *num. 9.* Subdit, non posse patrem cogi ad alendum filium extra domum, nisi causa subsit, vt dicemus infra *§. sequenti.*

Si pater tamen ex causa filium alat extra domum, tenebitur non solùm præstare supradicta alimenta, sed etiam domum vt habitet ipse filius, & eius familia: vt habetur in *l. cæterum, §. mulieri, ff. de vsu, & habitatione*; sequitur Bero. *cons. 48. num. 1. lib. 2. & n. 11.* dicens, sub alimentis contineri necessaria ad viuendum, & extendi ad supellectilem domesticam, sub quibus etiam veniunt equi, & currus, si dignitas & status alimentandi ipsius id postulet: ita Cordub. *in d. §. non tantum, n. 26.* & Bertrand. *cons. 52. fin. lib. 4.* qui volunt equos, seruos, seu famulos, & salaria pro ipsis præstanda, si fortè egeat secundùm dignitatem ipsius alimentandi. Sic Pretus in *tract. de interpretatione vltim. volunt. lib. 4. dubio 11. n. 59.* & expresse Bald. *in rubrica de vit. & honest. clericor. per text. in l. habitatio, ff. de ventre in possess. mitten. d. & in l. cum plures, §. si tutor, ff. de administratione tutorum*: vndè pater non potest negare alimenta filio, quòd recesserit de domo, sed debet illum alere extra domum, Caccialup. *in l. frater à fratre, §. quæsitum, quæst. 20. n. 109. v. addo, quod non est iusta, ff. de condict. indebit.* Duennas *regul. 165. n. 16.* Surdus *de aliment. supra n. 19.* siue iusta, siue iniusta causa recesserit.

111 Porro si filius alimenta sibi data extra domum malè expendat secundùm Bald. *in Authen. contra rogatum C. ad Trebel. num. 8.* non tenetur pater illum alere, sequitur Iason in *l. scimus, in principio, C. de inoffic. testam. num. 6.* Alex. *in l. si cum dotem §. 1. ff. solut. matrimon.* ex ea ratione, quia si pater legitimam in testamento filio relinquat, ea dissipata, non tenetur rursus legitimam filio assignare, secundùm *l. si patronum ex debita §. 1. ff. de bonis libert.* Ergo similiter non tenetur pater filio alimenta semel data, & malè dissipanti iterùm præbere, sicut non tenetur filiam semel dotatam iterùm dotare, si malè primam dotem consumpserit; vt Bart. *in l. si cum dotem §. 1. n. 2. ff. soluto matrimonio*, & alij.

112 Cæterùm (quidquid sit de dote per culpam amissam, de qua suo loco) quamuis alimenta semel data deperdantur, adhuc pater tenetur ministrare filiis alimenta data, Bald. *in l. 1. §. iure naturale num. 7.*

num.7. ff. de iustitia & iure, *& in d. l. scimus*, *in principio*, Baeça *de meliorandis filiabus*, *cap.16. n.* 20. Idem dicit de fratre erga fratres, seu sorores, Molin. *de primog. lib. 2. cap. 16. ex num.* 26. Quamuis Lara *in l. si quis à liber. §. idem scripsit. num.* 101. *ff. de liber. agnosc.* tanquam receptius putet non teneri fratrem semel præstantem fratri alimenta iterùm ministrare, si semel concessa dilapidauit: sequitur Barbos. 4. *p. legis* 1. *ff. solut. matrim. n.* 145. eò quia frater non debet sorori, neque fratri legitimam, vt constat ex. *l. fratres*, cum *ibi* notatis *C. de inoffic. testam.* Sed opinio Laræ magis placet. Pater verò debet legitimam per *l. cum ratio*, *ff. de bonis damnat.* & hoc ob rationem naturalem: atque ita si pater semel in vita filio concessit, deditque legitimam, illámque dissipet casu, tenetur pater moriens nouam legitimam relinquere. Molin. *de primog. lib. 2. c. 16. n.* 24. Mencha. *c. 25. in quæst. illust. n.* 14. post alios *ibi.*

113 Dubium est, an possit pater negare alimenta filio, qui commisit crimen exhæredatione dignum? Couar. *in Epitome part. 2. cap. 8. §. 6. num.* 17. affirmat posse etiam ad vitam necessaria, ob ingratitudinem propter quam filius esset dignus morte: quia in hoc casu non esset iniustum priuare filium iis alimentis: sed meliùs cum communi dicendum est, nunquam posse negari ea alimenta ingrato, quæ sunt necessaria in vitæ subsidium duntaxat. Cætera autem vltra hæc alimenta præcisa, possunt negari filiis ex causa, ob quam possunt exhæredari, Glos. ab omnibus recepta *in c. cum haberet, de eo qui duxit.* Bart. *in l. Diuus*, *ff. ad l. Pompeiam de parricid.* Iason. *in l. ius autem ciuile*, *col. penult. ff. de Iust. & iur.* & Ioannes Lupus *in cap. per vestras*, *in 3. notabili*, *§. 5. & §. 13.* & Carol. Molinæ. *in consuetudin. Parisien. titul.* 1. *§.* 30. *in principio* Molin. *de Iust. & iur. tom. 1. tract. 2. disp.* 168. *col. vlt.* Sequitur Nauar. *in sum. cap. 14. num.* 17. Gomes. *variar. tom. 1. cap. 55. n.* 13. negat alimenta esse præstanda ex causa ob quam potest exhæredari; quod procedit quando filius extremè non eget, quoniam in eo casu pater tenetur alere in vitæ subsidium: ita Sanch. *lib. 2. in Decalogo*, *cap. 24. num.* 7. Sed de his *§. proximè sequenti.*

---

§ II.

Ex quibus causis parentes excusantur ab alimentis præstandis filiis.

EPITOME.

114 *Probabile est posse patrem filios deserere, quos potest exhæredare.*

115 *Etiam quoad alimenta vitæ necessaria, vt in causa hæresis.*

116 *Pater negans alimenta tenetur probare causam.*

117 *Pater catholicus filio extremè indigenti hæretico, an debeat alimenta.*

118 *Pater non tenetur alere filium quando habet vnde viuat.*

Pater an teneatur alere filium excommunicatum, vel desertum à religione? ibid.

119 *Pater an excusetur à filio alendo quando pater est pauper?*

120 *Filij an sint alendi à fisco, quando publicantur bona parentum? pars affirmans est probabilis:*

Pars negans est certa n. 121.

122 *Si tamen filij hæreticorum extremè egeant an possint sibi retinere alimenta ex bonis confiscatis.*

123 *Mater ex causa non tenetur lactare filium.*

Facto diuortio, quis teneatur alere filios. ibid.

124 *Mater an teneatur alere filios deficiente patre, an hæredes patris?*

125 *Sed probabile est teneri, potiùs quàm hæredes patris.*

Ex dictis *supra numero* 113. constat probabilius esse, non posse parentes negare alimenta ad vitam omninò necessaria, quidquid decidatur contra *in l. 6. tit. 19. partita* 4. Molin. *lib. 2. de primog. cap. 16. num. 3.* ita Molin. Theolog. *supra d. disp.* 168. Sanch. *lib. 4. de matrim. disp. 26. n. 1.* 114
Vnde secundùm quantitatem alimentorum præcisam ad vitam tenetur pater filiam, quæ digna est exhæredatione, iustè dotare: quia valet argumentum ab alimentis ad dotem, vt vult Euerard. *in centuria legali*, *loco* 29. Ripa *in l. 1. num. 79. ff. soluto matrimonio*, ne filius, seu filia pereat fame; ita Sanch. *supra num.* 19. post Ripam *num.* 59. & Molin. *num.* 8. Filius autem hæreticus alimentis est indignus, secundum Scribentes *in cap. Quincauallis*, *de iureiur.* vbi Abbas, *num.* 5. quia hæresis est causa exhæredandi filium *§. si quis de prædictis in Authen. vt cum de appellat. cognoscitur.* Caccialupus *in l. frater à fratre*, *num.* 108. *ff. de condict. indebiti*: ergo etiam est iusta causa priuandi alimentis. Nam pater non tenetur filiam hæreticam dotare in consueta quantitate: Glos. *in l. si vero ff. de in rem verso*, ideò nec alere, nisi strictissimè: Iuuat *l. cognonimus*, *in vers. cæteris*, *C. de hæreticis*, vbi dicitur, filios fideles esse recipiendos à patre, exclusis infidelibus filiis: igitur propter hæresim possunt priuari alimentis filij. 115

Pro decisione notandum est, quando pater noluerit filios alere, teneri probare causam indignitatis filij. Glos. *in l. final vers. promeruerit*, *C. de alendis liberis*, Sord. *de alimentis*, *titul. 7. numero* 27. Si tamen postea facti pæniteat, potest filius petere alimenta, siue offensa sit illata Deo, siue patri, siue rebus illius: Bart. *in l. si quis ita*, *§. fin. ff. de adimend. legat.* Idem dicendum est si filius hæreticus abiurata hæresi resipiscat, debere scilicet ali à parentibus; quia obligatio alendi est de iure naturali, nec pater potest illum exhæredare postquam admissus est ad Ecclesiam: Secus quandiu iacet in hæresi: ita procedit *Authent. vt cum de appellatione cognoscitur.* 116

His positis dicendum est, filium hæreticum alendum esse à patre, alimentis præcisè ad vitam necessariis, sine quibus fame peribit, ita Couar. *2. part. Epitome cap. 8. §. 6. num. 17. per l. 6. titul. 19. partita* 4. ibi *fueras ende, si veniese à grande pobreza*, Sicut filius tenetur patri hæretico subuenire, si extremè egeat, Glos. *in cap. 1. in verbo, fideles*, *dist.* 30. & *ibi* Illustrissimus olim Primas Acuñna, & in *cap. non satis*, *dist.* 86. Abbas *in cap. si quis, numero 2. de hæreticis*, Gregor. Lopes, *l. 8. titul. 23. partita* 1. Quod procedit etiam quando concurrit pater infidelis cum extraneo fideli, adhuc præferendus est pater extraneo etiam sancto, in iis, quæ spectant ad opus misericordiæ; & prouidendum in necessariis tam spiritualibus, quàm corporalibus: ita Rutilius Benzonius *in Iubileo Episcopi*, *lib. 1. disp. 1. quæst 9. dubio* 9. & Turrecremata *in d. cap. non satis*, *dist. 86. num.* 11. & Dueññas *regul. 68. num.* 10. quod sequitur Surdus *supra*, *titul. 1. quæst. 18. numero 3. & titul. 7. quæst. 17. numero* 26. non enim Ius ciuile, & humanum potest auferre onus alendi parentes, seu filios, quando extremè egent; & ideò 117

quod dicitur de onere alendi filium, dicendum est de onere alendi parentes, quia sunt correlatiua.

Extra verò extremam indigentiam excusabitur filius ab alendo patre hæretico, sicut & pater à filio non extremè indigenti, ex traditis a Lara in *l. siquis a liber.* § *& si impubes, ff. de liber. agnosc.* & Sanch. *lib. 2. in præcepta Decalogi, cap. 24. num. 7.* vbi excusatur, tam pater, quàm filius ab obligatione alendi in graui necessitate, non tamen in extrema; quia pater hæreticus desinit esse pater, & filius hæreticus desinit esse filius; ergo vterque est immunis ab onere alendi, tanquam filius, seu tanquam pater, sed tanquam proximo extremè indigenti tenetur vterque subuenire, & in *d. l. siquis a liberis*, expresse habetur, filium ingratum priuari alimentis: sequitur Petr. Barbos. 4. *p. 1. n. 41. & 42. fol. 345.* vbi vult nomen filij amitti per ingratitudinē.

118 Excusatur item pater ab onere alendi, si filius habeat aliunde bona, seu officium ex quibus viuat, per *d. l. siquis à liber. §. sed filius*, Abbas *in cap. cum haberet, num. 10. de eo qui duxit in matri. quam polu. per adult.* cessat tunc hæc obligatio *cap. cum naturale, dist. 1.* Decius in *l. aura, num. 3. ff. de regul. iuris*, Syluest. *verbo, alimenta, num. 2.* Valasc. *de partitionibus cap. 18. num* 40. & alij, quos sequitur Roland. *cons. 54. num. 78. vol. 2.*

Idem dicitur de filia naturali, seu filio quamuis habeat officium quo non potest vti sine mi oie: nam adhuc patri competit alere filiam, seu filium, quādo non decet famulari, nec officio vti, vt possint viuere, Bart. *in tract. de alimen.* quia filius alicuius nobilis, cui eit dedecus artem aliquā exercere, censetur carere arte, seu officio, Menocii. *cons. 8. n. 22.* dicens, non habere vnde viuant habentes artem, qua non debent vti, si non habent aliunde bona propria ex quibus viuant: secus si officium sit honestum, ex quo filius naturalis sibi prouidere potest: Couar. *in 4. 2. p. cap. 8. §. 6. num. 8.*

Excusatur item pater à filio excommunicato alendo, secundùm Pontan. *de aliment. cap. 1. num. 11.* nisi filius extremè egeat: quod procedit, quando filius culpa sua perseuerat in censura, neque curat de obtinenda absolutione, ita Abbas *in cap. pastoralis, de appellationib.* vbi interdicitur omnis communicatio cum excommunicato; neque illi ministranda esse alimenta, nisi inedia penitùs consumatur: secus si sine culpa fuit excommunicatus, aut si non persistit in censura, sed nititur absolutionem impetrare. Similiter non excusatur pater ab alendo filio eiecto ex Monasterio propter culpam ab eo commissam, quia per professionem non fuit extincta obligatio, sed tantum sopita, ita Azor. *2. part. instit. moral. lib. 2. cap. 4. vers. nono quæritur.*

119 Excusatur item ab obligatione alendi pater inops, per *l. præses*, & ibi Bald. *C. de seruit. & aqua*, si non habet, quod sufficiat sibi, ita Gregor. lopez. in *l. 2. tit. 19. & l. 4. tit. eodem, partita 4 verbo, qualquier dellos*, Azo. *in sum. C. de alendis liberis.* Non tenentur tamen patres ob filios quoscunque restringere sibi alimenta necessaria, ex Bald. *l. 1. §. officio, in fine, ff. de tutelis*: nec debent in hoc casu vltra id, quod facere possunt, nec sibi adimere, vt donent filiis; Natta *cons. 387.* sequitur Nauar. *in sum. cap. 14. num. 17.* Sot. *in 4. dist. 41. quæst. vnica ar. 4. conclus. 2.* Syluest. *verbo, filius, quæst. 21.* Tabien. *verbo, alimentum, num. 1.* qui omnes excusant patres ab hoc onere propter paupertatem.

120 Sequitur deinde, an Fiscus teneatur alere filios illius, cuius bona publicantur propter crimen aliquod? Respondeo de iure communi reseruari filiis damnatorum dimidiam partem bonorum ex clementia Principis per *l. 1. ad finem, & l. final. ff. de bon. damnat.* & per Glos. ibi. Roland. *cons. 97. à num. 29. lib. 2.* Iul. Clar. *lib. 5. §. final. quæst. 78. num. 26.* post Oduf. ed. in *l. si deportatus, C. de bon. damnat.* quæ doctrina censetur vera, & in praxi videtur sequenda. Quare publicatis bonis ob crimina paterna, filiis natis ante publicationem reseruanda sunt alimenta; quod putat sine dubio Peregrin. *de iure fisci lib. 5. tit. 1. num. 34.* Matienso *lib. 5. recopil. tit. 8. l. 8. glos. 1. num. 21.* concinit Benedict. *in c. Raynutius, in verbo, & vxorem, dist. 5. num. 186.* ex generali consuetudine sui regni, vbi ait Iudices in sententiis capitalibus Rei damnati, reseruare filiis illius tertiam, vel quartam bonorum partem: quod si nihil reseruant, nihil filiis debetur: quod adeo verum putat Salyc. in *l. quisquis, per text. ibi, §. ad filias, C. ad l. Iuliam Maiestatis* vt teneat si mulier committat crimen læsæ maiestatis, filiam matri succedere in quarta parte bonorum: secus si mater sit hæretica, quia tunc non succedit matri ob atrocitatem criminis: ita Anton. Costan. *tract. de dote, cap. 3. num. 6. ad finem.*

Ripa tamen in *l. 1. num. 77. ff. solut. matri.* loquendo de matre hæretica, vult non dotandi filias transire simul cum bonis ad fiscum, quia cum filij hæreticorum non peccant ob crimen parentum, reseruata vita, reseruantur alimenta ad subsidium vitæ, sine quibus non viuitur: sequitur Baeça, *in tract. de non meliorandis filiabus, cap. 15. num. 27.* & Palacan *cap. per vestras, notab. 3. §. 23. à num. 14.* tradúntque, patre ob hæresim damnato, filios Catholicos non priuari legitima, per *l. Manichæos, & l. quicumque, C. de hæreticis*, & habetur *l. 3. tit. 16. partita 7.* addúntque, quamuis hæ leges per *cap. cum secundum leges, de hæreticis, lib. 6.* sint correctæ, tamen successores in bonis hæreticorum ex quadā tacitè æquitate debere filiis Catholicis hæreticorū aliquid pro alimentis, ne pereant eodem modo, quo ius Canon*i*cum decernit, vt fi*lij* spurij de iure Ciuili reprobati, obtineant alimenta; sic etiam pium est, vt fiscus aliquid præstet pro alimentis hæreticorum filiis: Contendit Ioánn. Lupus, Decanus Segobiensis *in tract. de hæresi, quæst. 19.* Confirmatur à Guillelmo de Monte *in Clementina, Pastoralis. §. cæterum, de re iudicata*, vbi probat portionem debitam filiis de iure naturæ, non esse attendendam, si egeant quantumcumque sit atrox parentum delictum, subditque posse filios vbi primum resciuerint parentes esse damnatos siue clam, siue quocunque alio modo, suam portionem sibi retinere, saltem in foro conscientiæ, nec teneri fisco aliquid restituere, quoniam iure naturæ portio illa debita est illis, in quo annuit Palacius *vbi proxime*, si necessitas est extrema.

His tamen non obstantibus, certum est in casu hæresis, & in casu Læsæ Maiestatis, postquam delinquentes sunt iudice damnati, nō teneri fiscum alere filios horum Reorum, quia bona deferuntur fisco ab omni onere libera, esto regulariter in aliis criminibus obquæ bona publicantur, teneatur fiscus alimenta, & dotes præstare. Ita Simanc. *de instit. Catholic. tit. 29. num. 12.* Lara *in d. l. siquis à liberis. §. si mater*, Bart. os. *in l. 1. p. 4. num. 84. ff. solut. matr.* siue filij sint nati ante, vel post publicationē, Sanch. *lib. 2. in præcepta decalogi, cap. 16. num. 25.* post Peregrin. *de iure fisci lib. 5. tit. 1. ex num. 34. & sequent.* Ratio, quia quamuis de iure naturæ parentes debeant alere, possunt tamen bona sua hypothecare per contractum. Ergo multo fortiùs ob bonum commune possunt à Principe, aut à lege publicari bona parentum absque vlla reseruatione alimentorum pro eorum filiis. 121

Opinio

Opinio autem contraria est intelligenda de aliis delictis excepto crimine vtriusque læsæ Maiestatis diuinæ scilicet, & humanæ. Nam contra hæreticos traditur *in cap. vergentis, de hæreticis*, vbi corrigitur ius Ciuile, auferturque filiis hæreticorum tota spes succedendi in hæretici parentis bonis, præcipiturque filiis omninò exclusis omnia bona confiscari: ita Pegna *2. p. directory, Comment. 9.* Circa tamen Auctorem læsæ Maiestatis reum, Barbos. *d. n. 84.* & sequitur Bossius *in sua practica, tit. de bonorum publicatione, num. 8. & tit. de crimine læsæ Maiestatis, num. 134.* concordat text. *in cap. secundum leges, de hæreticis, lib. 6.* & *in cap. excommunicamus, 1. §. damnati, eodem tit.* non tamen eodem libro, & ibi communiter Scribentes.

Quocirca non est mirum, quòd pœna parentum quandoque iuxta Canonicas sanctiones feratur non solùm in auctores, sed etiam in progeniem damnatorum. Neque obstat *l. Manichæos, C. de hæreticis, & l. cognouimus, & Authen. idem est, C. eodem tit.* vbi cautum fuit, vt filij Catholici parentibus hæreticis succederent. Nam hodie per *d. cap. vergentis*, filiis etiam Catholicis nihil relinquitur, neque illa, quæ de Iure naturæ videntur debita, ita Paul. Grilland. *de hæreticis quæst. 4.* ea ratione, vt parentes à tanto crimine abducerentur.

122 Ad rationes Ioann. Lup. Guillelm. de Monte, & Benedic. in *cap. Raynut.* tam *in verbo, vxorem nomine Adelasiam, dist. 5. num. 286.* quàm in *verbo, mortuo itaque testatore 1. num. 136.* dicendum est, filios hæreticorum posse occultare aliquid de bonis, nec debere restituere in foro conscientiæ, quando fuerint in extrema necessitate, quia necessitas excusat, sic enim intelligendus est Palac. *in d. notab. 3. num. 16.* quod fatetur Sanch. *in præcep. Decalogi, lib. 2. cap. 16. num. 27.* post Imol. *in d. Clement. pastoralis, num. 52. de sent. & re iudic.* Pro quo etiam facit Simanc. *de Cathol. institut. tit. 29. num. 12.* dicens olim fuisse decretum, vt filij hæreticorum nondum puberes, quorum parentes fuerunt suis bonis priuari, educarentur ordine Inquisitorum apud viros probos & pios, & vt erudirentur bonis moribus, cuius etiam decreti meminit Pegna *in d. commento 9. p. 2. fol. 103. vers. de his.*

Quare non est sequenda doctrina Ripæ in *l. 1. num. 78. ff. solut. matrim. & in l. ex facto, §. ex facto, ff. ad Trebellian.* supponentis filiis hæreticorum esse danda alimenta, quod absolutè non est verum, nisi lite pendente, dum pater de hæresi accusatur, & antequam damnetur, ac declaretur; pro quo tempore tam patri, quàm filiis debentur alimenta, & alienationes ea de causa factæ sustinentur, Simanc. *supra tit. 9. num. 35. & 62.* Barbos. *citat. num. 85.* Iuuant, quæ tradit Couar. *de sponsal. 2. p. cap. 6. § 8. num. 9. vers. sed & si alienatio:* post publicationem tamen bonorum, & condemnationem, si filij omnino egeant, & aliquid substulerint de bonis parentum ad vitæ subsidium, possunt retinere secundum Sanch. *d. num. 27.* quod est rationi consonum, ne fame pereant.

123 Quæri etiam solet ex quibus causis excusetur mater à filio lactando? Respondeo primò propter paupertatem, quando scilicet illa propter paupertatem cogitur manu propria victum sibi quærere. Ita Anan. *in cap. fin. num. 10. de conuersio. infidel.* Alexand. *in l. alimenta C. de negot. gest.* Bald. *ibi.* Paleot. *in tract. de nothis, & spuriis cap. 48. num. 2.* Couar. *suprà cap. 8. § 6 num. 13.* Ratio, quia mater priùs debet suis manibus se alere, & se vitæ filiorum præferre, cùm charitas incipiat à se ipso *d. l. præses, de seruit. & aqua*, nisi pater velit alere matrem, vt ipsa proprio lacte filium alat: in quo casu potest cogi ad lactandum filium, Couar. *d. num. 13.*

Excusatur secundo, quando caret lacte, vel est infirma, vel legitimè impedita, Couar. *citat.* ordub. *in l. si quis a liberis, § si mater, n. 6. ff. de liber. agnosc.* Castro *in d. l. alimenta, num. 3.* Quinimo, quando mater excusatur à lactando, secundum veriorem, non tenetur propriis expensis quærere filio nutricem, sed hoc onus patri incumbit, Abbas. ita *in d. cap. cum haberet, num. 8. de eo, qui duxit in matrim. &c. & in cap. fin. de conuers. infidel. num. 4.* vbi tradit sobolem esse lactandam expensis paternis, quando mater ex causa non lactat filium: sequitur Bald. *in d. l. alimenta*, & Couar. *d. num. 13.* neque mater debet per nutricem lactare, quia ea obligatio est personalis, & onus alendi primario competit patri, vt agenti principaliori *d. l. si quis a liber. § si quis ex his*, quæ obligatio cessat, quando mater est impedita, & tunc recurritur ad patrem: *cap. final. de conuers. infidel.* Excusat item matrem à lactando consuetudo secundùm probabiliorem, vt Bald. Nouell. *in tract. dotis, p. 6. speciali 16. col. 3. in principio*, sequitur Couar. *d. § 6. num. 13. cum gloss. in cap. cum venerabilis, de consuetudine, & in cap. denique, dist. 4.* & ibi Illustrissimus Acunña *n. 11.*

Quando tamen mater absque legitima causa recusat lactare sobolem; tunc si abundet lacte, lactabitur soboles expensis matris, ita Bart. *in l. 2. §. si quis iudicio, ff. si quis caut.* Nemo namque propter culpam alterius onerari debet. *l. non debet, ff. de regul. iuris:* proinde in hoc casu alenda erit soboles impendiis matris. Abbas *in d. cap. cum haberet, de eo qui dux. in matr.*

Cæterùm, si contingat dissolui matrimonium bona fide contractum, ab vtroque coniuge propter impedimentum dirimens, filij ex eo incepti etiam triennio minores sunt alendi communibus impendiis, vt constat *ex cap. 2. qui fil. sint legitimi*, & ibi Glos. fin. quia ex hoc cap. de vtroque parente fit mentio, vt ibi dicitur, *de parentum facultatibus nutriantur*, nec est ratio maior, quod potiùs matris, quam patris expensis alantur; proinde communibus expensis sunt alendi: Surdus *de alimentis, tit. 1. quæst. 14. num. 8. & tit. 7. quæst. 13. num. 18.* licèt proles sit minor triennio: sequitur Vitalis, *de clausulis, an sit renunciatio de alimentis, num. 6. casu 3. num. 18. in recentior tract. 1. ad finem*, Pontan. tamen *de alimentis, cap. 8. num. 5.* & Azor. *in instit. moral. lib. 2. cap. 5. vers. nono quæritur*, tradunt minus bene in præsenti casu prolem in triennio à matre esse alendam: post autem triennium, vtriusque coniugis expensis nutriendam.

Si alter tamen coniux fuit in mala fide ante matrimonium, alter vero non; alendus est infans impendiis existentis in mala fide nisi fuerit inops, & alter diues: quia non debet coniux bonæ fidei prægrauari tanto onere; nec fraus, existenti in mala fide debet fauere. Si neuter est in culpa diuortij, quia videlicet communi consensu diuortium factum est, proles minor triennio educabitur à matre; post triennium à patre: ex *l. vnica, C. diuortio facto, & ex l. neque filium, C. de patria potestate*, vbi id decernitur, nisi aliud Iudici visum fuerit, vt in *d. l. vnica*, per hæc verba, ibi: *Competens Iudex æstimabit vtrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filij morari, ac nutriri debeant*, constat ex *l. 3. tit. 19. partita 4.* Goffred. *in summ. tit. de conuers. infidel. num. 5.* Hostiensis *in sum. 2. p. l. 8. tit. 38. art. 3. quæst. 1. & alij.*

De Iure autem Authenticor. quando diuortium fit culpa vnius coniugis, proles nutrietur apud coniugem innocentem, sumptibus nocentis, vt in *Authent. vt liceat matri, & auiæ, § aliud, collat. 8.*

Vnde desumitur *Authen.si pater C.diuortio facto*, his verbis, ibi: Si pater causam diuortij præstiterit, apud matrem ad secundas nuptias non venientem, liberi nutriantur patris expensis: Si verò contra; tunc apud patrem matris locupletis expensis, nisi pater minùs idoneus sit: nam tunc apud matrem locupletem nutriri debent, vt in *Authent. si pater, C. eodem*, Syluest. *in sum. verbo, filij, num.* 24. & deciditur in *l.3. tit.19. partitu 4. vers. Et si aconteciesse, que se parta el casamiento*, Gutier. *lib.1. Canon. cap.*54.*n.*19. vbi limitat nisi alter parentum esset infidelis, quoniam tunc apud fidelem est alenda proles, *cap. final. de conuersione infidelium*, Syluest. *supra*. Et quamuis de patre delinquente constet esse alendam prolem eius expensis apud matrem insontem, & de matre tamen delinquente non ita constat, sed attento iure communi, idem dicendum est de matre causam diuortij dante, nempe esse cogendam ad expensas educandi sobolem, cùm vir, & vxor sint correlatiua, & dispositum in vno, dispositum est in altero. Euerard. *in Topicis, loco, à correlatiuis, n.7. & 9. ad l. Correctoriam, & pœnalem*, vbi id extendit.

124 Patre deficiente, mater tenetur alere filios, quamuis hæredes patris existant: Bart. *in d.l. si quis à liber. §. item rescriptum, de liber. agnosc.* Alexand. *in l. alimenta, in fine C. de negot. gest. num.*11 Bero. *cons.*186. *vol.*1. quia mater est proximior: ergo priùs obligationem alendi contrahit in *d.l. si quis*, cùm sit ascendens, ita Ioann. Andr. *ad Specul. in rubrica, de statu Monachorum, in fine*; & Lex Charitatis, & coniunctio sanguinis petunt, vt filij priùs, & potiùs à matre, quàm ab alijs capiant alimenta.

Sed contra vrget text. in *d l si quis à liber.* Sed soluitur in casu de summa egestate, in quo patris hæredes debent alimenta præstare filio defuncti, non tamen absolutè, quia non dicitur valde inops, qui habet matrem diuitem, Socin. iun. *cons.* 134. *num.*34. *vol.*1. quia onus alendi transit ad hæredes in vitæ subsidium, cùm sit personale onus, & pereat cum persona patris, nec pergit vltra, nisi quando filij vrgentur inopia, nec reperitur proximior, vt est mater, cui adhæret onus, non verò bonis, nisi sit valde inops mater.

Nec refert hæredes repræsentare patrem defunctum; quia hæc obligatio pendet à sanguine, & amore, quæ pereunt cum persona, nec transeunt ad hæredes, neque sunt in hoc idem cum defuncto. Neque *lex qui plium, ff. vbi pupill. educari debeant*, contradicit, dum ait, Sororem esse alendam ab hæredibus patris: quoniam id procedit, quando non superest mater ad alendum; ita Ioan. Andr. Alex. & Bero. *citati*, quod tradit Bart. in *d.§. item rescriptum*, dicens onus alendi non transire ad hæredes, nisi in subsidium: & à fortiori procedet, quando frater est diues, sed non est hæres patris, & mater est diues, tenebitur alere filium egentem, facit text. *in d. l. si quis à liber. §. virum*, vbi dicitur, alimenta præstari filio inopi, quando deest pater, & ascendentes per lineam patre. nam, & in hoc casu cogi posse matrem ministrare alimenta tradit Ioan. Andr. *ad Specul. in rubrica, de statu Monachorum, in fine*: & probatur, quia mater ex Iure naturali inducitur ad alendum filium, à quo manat educatio, *l. fin. §. filius, C. de bonis qua liberis*, & *ibi* Bald. frater autem obligatur ad id ex Iure ciuili, *l. cùm plures, §. fin. ff. de administ. tutor.* Sed obligatio naturalis magis vrget, quàm Ciuilis: ergo mater debet filium etiam egentem alere, non verò frater, quamuis sit opulentus; sequitur Ruin. *cons.*94.*n.*7 *in fine vol.*1. Bertrand. *cons.*257. *num.*5. *vel. etiam* 1. & Corrasius *in l. qui liber. num.*114 *ff. de ritu nuptiarum*, post Bart. in *d.l. si quis à liber.* & est communis.

Quamuis denique tanquam probabile dicatur 125
hæredes patris teneri alere fratres suos illegitimos, quamuis matrem habeant locupletem, ex eo, quod hæres repræsentet personam patris defuncti, & quia obligatio descendit ad hæredes cum ipsis bonis, vt in specie volunt Castrensis, & Cynus in *l. alimenta C. de negot. gestis*, vbi Cynus se de facto ita consultum respondisse fatetur in fauorem matris, excusando illam ab onere alendi, contra hæredes patris: nihilominus multo probabilius est matrem teneri alere filios cùm sit proximior, neque excusari nisi quando eget; tunc enim hæredes patris in subsidium tenebuntur: quam obligationem, Couar. *2. p. de Sponsal. cap.*8.§ 6. *num.*14. etiam ad donatarium omnium bonorum extendit, ex Ripa in *l. si vnquam, C. de reuocand. donat. quæst.*27.

---

§. III.

Quando liceat parentibus infantes suos exponere, & quid de expositis sentiendum sit, quoad ordines suscipiendos.

EPITOME.

126 *Est mortale de se exponere infantes, nisi paupertas, aut alia causa iusta excuset.*

127 *Expensa facta in educandos expositis repeti possunt, nisi fiant intuitu pietatis.*

128 *In duobus casibus possunt repeti expensa facta in educatione expositorum.*

129 *Hospitale, seu Ecclesia, an possint repetere expensas factas cum expositis.*

130 *An consanguinei possint repetere expensas factas cum expositis.*

131 *Quid dicendum de iure Lusitano circa educationem expositorum.*

132 *Qui vocentur parentes, qui exponunt filios, & quas pœnas incurrant qui filios deserunt, aut seruos ægrotos, seu languidos.*

133 *An expositi gaudeant honoribus, & possint promoueri ad Ordines tanquam legitimi? & num.*134.

Est mortale de se filios exponere, si illos nutrire, & alere possunt commodè. Azor. *Instit. moral. p.* 2. *lib.* 2. *cap.* 26. *quæst.* 2. Henriq. *in sum. p.*2. *lib.*11. *cap.* 19. §. 3. per text. *in l. necare ff. de liber. agnosc.* Sequitur Sayr. *in claui lib.*7. *cap.*1. *num.*5. & Graffis *lib.*2. *decis. cap.*59. *num.*1. & 2. nisi causa iusta excuset, vt vult Nauar. *in sum. cap.*16. *num.*48. videlicet, quando parentes exponunt, ne incurrant vitæ, vel infamiæ notabile periculum, Sot. *in* 4. *dist.*41. *quæst. vnica art.*4. *conclus.*2. 126

Non propterea exponentes filios eximuntur ab onere alendi, si possunt, vt bene notat Couar. 2. *p. Epitome cap.*8. §. 6. *num.*9. Reginald. *tom.* 1. *lib.*20. *cap.* 3. *sect.* 1. *num.* 30. & Lessius *lib.* 2. *cap.* 59. *de iustitia. num.*67. *dubio* 6. *fol.*243. Quare si parentes sint diuites debent reddere expensas: Caiet. *in sum. verb. adulterium*, Syluest. *ibi, quæst.* 5 Tabien. *eodem verbo*
*num.*6. Non tamen ad expensas obligantur parentes, quando expositi nutriuntur à fidelibus pijs: 127
nam tunc præsumuntur sumptus facti intuitu pietatis, ita Cynus *in l. patrem, C. de nuptijs*, vbi dicitur alimenta intuitu pietatis, seu charitatis præstita non repeti: quod procedit etiam in dubio, quia videtur expositus susceptus propter charitatem, Ioan.

Andreas

Andreas *in cap.1.de languidis*, Gloſſ. in *cap.final. diſt.* 87. *& verſ.intra decem dies*, vbi tradit huiuſmodi impenſas non eiſe repetendas, niſi in duobus caſibus, videlicet, quando pater prohibet, ne filius
128 expoſitus nubat filiæ alterius, per text.in *d.l.patrem*, vel ſi fuerit ingratus, vt notat *ibi* Salycet. Quod probat Surdus, *de alimentis*, *tit.6. quæſt.19. num.3.* & probatur fieri opus illud propter charitatem, & pietatem: tunc enim excuſabitur ab expenſis, niſi dum ſuſcipit, proteſtetur ſe expenſas à parentibus expoſiti repetiturum, Gloſ.*in cap. fin. diſt.*87. Abbas *in c.1.de infantibus, & languidis*; ſicut repetuntur expenſæ factæ pro filio alieno in aliqua arte erudiendo, per d. Gloſ.*in cap.final. diſt.*87. quod Surd. declarat de arte Mechanica *ſupra à n. 9.*

129 An verò Hoſpitale ſuſcipiens expoſitos, ſeu Eccleſia poſſit repetere expenſas? quando parentes ignorantur, & poſtea cognoſcuntur? Quod attinet ad Hoſpitale aliqui negant, ex eo, quòd ipſum habet obligationem alendi: ergo non poteſt repetere, etiam ſi proteſtetur ſe repetiturum, Abbas, *in d.c.1. de infantibus, & languidis*, Surd. *d. tit. 6. quæſt.19. num.13.*

Alij probabiliùs putant poſſe Hoſpitale repetere expenſas, quando parentes fuerint diuites; quoniam nemo præſumitur velle ſua bona prodigere *l.cum de indebito, ff.de probat. l.cum aurum, ff.de ſolut.* Aretin.*conſ.48.ad finem.* Iuuat Gloſſ. *in l. ſi paterno. C. de negot. geſtis*, vbi dicitur expendentem pro alio præſumi facere animo repetendi, Bart. & Bald.*ibi.* Accedit, quòd præſtans alimenta, ad quæ alius tenetur, poteſt repetere ab ipſo, qui tenetur, vt patet ex *l.Nezennius.ff.de negot.geſtis*, Cynus in *l.quod in vxorem, C.eodem titulo*, Socin.*conſ.64 col.2. vol.4* dicens; Si pater, frater, vel alius quilibet alat vxorem, quæ à marito erat alenda, poſſe repetere ab ipſo, cùm vtiliter geſſerit negotium mariti: Sequitur Natta *conſ 547. num. 16.* & Surd *d.tit.6. quæſt.16.* Ergo cùm pater expoſuerit filium, quem tenebatur alere, & ſuſcipiens expoſitum pro patre aluerit, datur repetitio *l.alimenta, & l ſi paterno, C. de negot.geſt.* & *ibi* Ruin.Bald.& Alexand.

Ex his duabus opinionibus probabilior eſt poſterior, quæ tenet poſſe Hoſpitale repetere, quando non eſt inſtitutum expreſsè etiam pro expoſitis alendis, ſed pro pauperibus duntaxat erectum: hoc enim non ex quadam decentia, vt putat Leſſius *lib.2.de Iuſtitia, cap.12.dubio 6.num.69.* Sed ex rigore Iuſtitiæ parentes expoſitorum tenentur expenſas reſtituere Hoſpitali, niſi excuſentur ob inopiam: quando autem reditus Hoſpitalis, etiam ſunt applicati pro expoſitis alendis, nihil omninò tenentur reſtituere, etiamſi peccent ſine cauſa filios exponendo: ſicut etiam non tenentur, quando aliqua Communitas imponit populo collectam aliquam, ſiue tributum de mandato Principis pro educandis pueris expoſitis, vt fit Braccaræ; quia cùm omnes concurrant ad hanc collectam, quamuis parentes diuites exiſtant, non tenentur reficere expenſas, nec reſtituere Communitati, quia bona ſic collecta fuerunt iam deſtinata ad alimenta expoſitorum ab ipſo populo; & Ciuitas, ſeu Communitas collectam pecuniam recipit cum eo onere alendi expoſitos: ideò tenetur ſeruare legem donationi adiectam, text.*in l.cum res, C.de donat. & in l.rebus, C.de rer.permutat.* text. etiam loquens de donatione facta cum onere alendi donatorem, in *l.1.C de donat. quæ ſub modo.* Imò quando fit donatio alicui ſub modo, cum onere alendi, non reuocatur pœnitentia; ſed cogitur donatarius implere onus: per text.*in l.ſi donationis, §.1. C.de contrah. empt.* & ideò quilibet de populo ſic collectato, ſi exponat infantem, non tenetur expenſas reſtituere Communitati, ſeu Ciuitati, quia ipſa ad hoc onus obligatur ex contractu, ſeu quaſi contractu; & ceſſat repetitio Ciuitati, ſeu Communitati facienda, Surd. *de aliment.tit.6.quæſt.17.num.8.* poſt Bald.*conſ.478.*

Concedatúrne repetitio conſanguineo recipienti expoſitum, eſt quæſtio, quia ſanguinis coniunctio præſumit eſſe donationem, præſertim ſi recipiat pietatis pariter causâ: Bald.*in d.l. 2. num.2. C. de iur.dot.* Idem habetur *in l. ſi, qui amicitia, C. de negot.geſt.* Gloſſa *in l.quæ dotis, ff.ſoluto matrimonio*, Abbas *in cap.nonne, de præſumpt.* Alciat.*tract.de præſumpt.regul.1.præſumpt.32.n.1.& 2.* Deci.*conſ.266. num.2. ad finem.* Sed hæc opinio non placet, niſi duo ſimul concurrant, ratio videlicet ſanguinis, & cauſa pietatis. Vnde ſi dubitetur, an receptus fuerit infans pietatis causâ, conceditur recipienti repetitio: quia ſola ſanguinis affectio non inducit donationis præſumptionem: ita Iaſon *in d. l. quæ dotis, num.18.* Alciat.*in d.præſumption.32.* & probatur ex *l.populo ff.de probat.* vbi habetur, ex ſola fraternitate inter fratres non præſumi donationem: & clariùs *ex l.ex duobus fratribus, & ex l.penult. de negot.geſtis*, & traditur *in l.ſi negotium, C.eodem titulo*, ibi: Si enim frater pro fratre aliquid ſoluat, vt collectas, vel quid ſimile, non præſumitur animus donandi, ſed repetendi: Decius *conſ.21 num.7. in fine*, & *conſ.442.num.36.& conſ. 268. num.7. & 8.* Ruin.*conſ.161 num.11.lib.3.& conſ.100. num 4. & conſ.145.num.9.lib.4.* Sequitur Menoch.*de arbit. ar. caſu* 88.*num.9.& 10.* niſi expenſæ ſint modicæ, vt *ibi* addit *num.11. & 12.* Si autem ratio ſanguinis, ſeu amicitia vehemens ſimul cum cauſa pietatis concurrat, præſumitur animus donandi circa impenſas etiam magnas, Menoch. *ſupra num.59.* & habetur *in d.l.ſi qui amicitia, ff.de negot.geſtis.*

De iure tamen Luſitano *lib. 1 Ordin. tit.* 87. §.11. illegitimi ſuſcepti ex patre coniugato, aut ſoluto, ſunt alendi à parentibus, niſi fuerint inopes. 131
tunc enim expenſis matris ſunt educandi: ſi autem nec pater, nec mater habeant, vnde filios alant conſanguinei quærantur, vt eos alant, aut præcipiant educare: quod ſi nolint, aut ſi ſint filij alicuius Religioſi, vel coniugatæ educari de expenſis Hoſpitalis, ſi fortè erectum ſit ad educandum expoſitos. Si tamen nullum ibi ſit Hoſpitale, nutriantur reditibus publicis Conuentus, ſeu Concilij: quibus ſi careat, Decuriones collectam imponent pro alimentis expoſitorum: hactenus Lex noſtra.

Vnde colliges, quamuis collecta non poſſit imponi niſi de licentia Principis, poſſe tamen à Decurionibus, ſeu Rectoribus, ſeu Iudicibus populi imponi pro expoſitis alendis, Phœbus *tom. 1. decis.34. num.12.* Quinimò poſt præſtitas expenſas, ſi cognoſcatur infantis expoſiti pater, poſſunt expenſæ repeti à patre: ita Stephanus Gratian. *diſceptation. forenſium, cap.267. à num* 41. Quod procedit, ſi parentes fuerint diuites; ſecùs ſi ſint egeni, ex *l.1.C.de infantibus expoſitis, & ex cap.1. de infantibus, & languidis.* Idem dicendum, quando filius abſque vllo dedecore educari poteſt à parentibus; tunc peccatum eſt illum exponere: quòd ſi exponatur omnes expenſæ debent reſtitui, vt deducitur *ex l.necare, ff. de liber. agnoſc.* vbi dicitur, Necare videtur, non ſolùm qui partum præfocat, ſed qui abiicit, & alimenta negat, & qui his publicis locis miſericordiæ cauſa ædificatis exponit, quam ipſe non habet. Nec refert dicere has expenſas non eſſe reſtituendas, quòd ſint factæ pietatis intuitu, eò quia ſic factæ non repetuntur, *cap.ſacrorum, 12.quæſt.2.* Quoniam id intelligitur, quando parentes ſunt inopes: ſecùs ſi ſint diuites: Azor.

tom.2.

tom. 2. lib. 2. cap. 5. vers. septimo quæritur. Henriquez *de matrim. lib. 11. cap. 19. num. 3. & in commento litera 2.* post. Nauar. *in manu. cap. 14. num. 17. §. 3. & cap. 16. num. 48. ad finem*, vbi ex æquitate ait teneri resarcire, sed contrarium est melius, si pater abundat; quia Hospitalia pro egenis sunt erecta: ideò tenentur parentes de rigore restituere: vide tamen Illustrissimum Acuñã 1. *p. decreti dist. 88. cap. si expositus num. 13.*

132 Quas autẽ pœnas incurrat pater exponẽdo filios, habetur in *c. si à patre, de infantibus, & languidis*, vbi priuatur pater, & patronus iure filiationis, & seruitutis, cùm filios, vel seruos exponat, siue pater exponat filios, siue alius eo cõsentiente, vel ratũ habente: & idẽ est quoad perdeodũ ius patriæ potestatis: Suid. *de alimentis, tit. 4. q. 18. n. 2. & tit. 8. priuileg. 63. n. 4. priuileg. 64. n. 2* Menoch. *de arbitr. casu 396. n. 11.* & Azor. *supra p. 2. lib. 2. c. 26. q. 1.* Idem dicitur de quocunque filio cuiuslis ætatis languido, si à patre exponatur, vel ille deneget alimenta, eo ipso fit sui iuris filius: Rebuf. *de priuileg. Scholasticor. priuilegio 54* Gregor. Lopes *l. 4. tit. 20 partita 4 per l. 2. C. de infantibus expositis, ibi: suum dicere non potest, quem pereuntem contempsit*: quod etiam decernitur de seruo in *l. 1. C. de latina libertate tollenda §. Sed si scimus.* Molin. *tom. 1. de iust. tract. 2. disp. 39.* vbi ait, seruum consequi libertatem, si à Domino in ægritudine deseratur, nec ius in illo adquirere, qui eum recipere curauit, per *l. vltimam, ff. pro derelicto.* Idcirco non solùm filios exponentes deperdunt ius filiationis, per *d. l. 2. C. de infantibus, & languidis*: sed etiam Domini deserentes vasallos in periculo constitutos priuantur iure vasallagij: sicut ciues amittunt iura ciuitatis, si illam periclitantem destituant, vt Bald. in *d. l. 2.* sequitur Rebuf. *de priuileg. Scholasticor. priuilegio 54.*

133 An vero expositi promoueri possint ad ordines sine dispensatione? Felin. *in cap. cum deputati, n. 1. de iudic.* affirmat, Annanias idem *in cap. 1. num. 11. de infantibus expositis*, sequitur Salas *1. 2. tract. 8. disp. vnica, sect. 24. num. 246.* Paleot. *de nothis, cap. 63.* Menoch. *casu. 396. ad finem*, quia natales eorum, cùm ignorantur, censentur legitimi, & *de præsumpt. lib. 6 præsumpt. 54.* Conar. *in clementina, si furiosus, p. 1. n. 9.* Suar. *de censur. disp. 50 sect. 4. à n. 2.*

Alij contra, tanquam verum tradunt expositos præsumi illegitimos, nisi ex coniecturis vehementibus appareat oppositum. Ratio, quia non solent parentes filios ex legitimis nuptiis susceptos exponere, & experientia docet expositos genitos esse ex coïtu illicito; ita Viualdus *de irregularitate, à n. 120.* Ludouic Lopes *instruct. tom. 2. p. 1. c. 23.* Vasquez *1. 2. disp. 66. num 48.* Henriquez *de matrim. lib. 11. c. 20.* Say. *de Censur. lib. 6 cap. 10. num. 39.* Vnde nullo modo debent promoueri, quando non constat de parentibus post factam diligentiam, quia in dubio tutior pars est accipienda, *cap. illud, de Clerico excommunicato ministrante*, ita Tolet. *in Sum. lib. 1. c. 58. in editione Romana.* Nam illegitimi frequentius exponi solent; tum quia quando parentes ignorantur, dubium est facti, saltem æquale: ergo sicut in casu dubij homicidij censetur quis irregularis per *cap. ad audientiam, & cap. significasti, de homicidio, el 2.* Similiter debet se gerere tanquam irregularis dubius de sua illegitimitate, in quam opinionem Conar. inclinat in *d. Clementina, si furiosus, in principio, 1. p. num. 9.* & eam videtur sequi Castillus *lib. 2. quotidianarum controuers. cap. 19. num. 51.* & docet Vgolin. *de irregul. c. 44. §. 7. n. 1.* Rebell. *de obligat. iust. 2 p. lib. 1. quæst. 2. sect. 2. num. 15. vers. qua sane*, Auila *de Censur. p. 7. disp. 3. dubio 9.* Qua opinione retenta, Episcopus non potest dispensare cum expositis, vt ad sacros ordines, & ad beneficia curata ascendant, text. *in cap. 1. de filiis presbyter. in 6.* quia in dubio non censetur quis legitimus, vt constat ex *l. liberorum*, & ibi Angel. *ff. de his qui notantur infamia*, Alciat. *in regul. 13. de præsumpt. præsumpt. 1. num. 12.* Decius. *conf. 54.* Iason. *in l. nec professio, C. de testam. & conf. 102. vol. 4.* vbi dicunt allegantem se legitimum, id probare debere. Cùm ergo expositi ex furtiuis potius congressibus, quàm ex legitimo matrimonio sint procreati, censentur illegitimi: & in hoc dubio nequeunt sacros ordines suscipere, absque Papali dispensatione.

Cæterùm potest admitti prior opinio, quando 134
expositus est iam promotus ad Ordines sine dispensatione; quia in dubio melior est conditio possidentis, ita Henriquez *d. lib. 11. de matrim. cap. 20. n. 2.* subdens tutius esse, vt Episcopus dispenset cum ordinato, vt ministret in susceptis, cùm nulli præiudicet, quod etiam placet Couar. *in d. Clementina in principio, 1. p. num. 9.* dicenti, si iam sint promoti, non esse excludendos ab vsu ordinum ob auctoritatem alterius partis absolutè dicentis, posse expositos absque vlla dispensatione ad Ecclesiasticos Ordines ascendere: sed contrarium, idem Couar. ibi consuluit; quia sumus in casu dubio: & sunt coniecturæ probabiles, imò vehementes, expositos esse illegitimos; vt etiam tradit Maiol. *lib. 1 cap. 10.* & quæ communiter accidunt sunt credenda, *l. siue possidetis C. de probat.* & Glos. *l. in neque naturales C. de probat.* Quibus positis, quamuis secunda opinio sit probabilior, vel saltem in conscientia tutior, prima non omnino improbabilis est; quin potiùs potest sine moderatione teneri: quia nulla est in iure irregularitas infantibus expositis assignata. Quocirca bona fide ordinatus poterit admitti ad vsum ordinis, quia cum mala fide nequit esse melior conditio possidentis, nec potest prohiberi expositis vsus ordinis ob dubium emanans ex eorum expositione, & ita ordinati quamuis habuerint malam fidem, quando promoti fuerint, possunt facti pœnitere, depositaque mala fide, priorem opinionem sequi, & pro maiori conscientiæ quiete obtinere ab Episcopo dispensationem: quia quamuis nequeat dispensare cum illegitimis ad ordines maiores, in hoc casu posse puto, cum petatur dispensatio per modum approbationis cautelam adhærendo priori opinioni, quæ est probabilis, quamuis eam indecisam relinquat Anchar. *in cap. 1. de infantibus expositis*, & Barbatius in *cap. cum deputati, de iudiciis*: cui resolutioni accedit Sayro *de censur. lib. 6. cap. 10. num. 39.* post alios, Garcia *de beneficiis p. 7. cap. 2. num. 11. de censur. disp. 50. sect. 4.* Auila *de Censur. p. 7. disp. 3. dubio 9. à medio ad finem.*

Hodie tamen quæstio hæc cessat, quia Sanctissimus Gregorius decimusquartus statuit in Bulla anni Domini 1591. vt expositi irregulares nõ censerentur, vt refert Henriquez *in sum. lib. 11. cap. 20. § 1. in fine, & lib. 14. cap. 8 §. 10. in commento litera L.* quem refert, ac sequitur Illustrissimus Dominus Rodericus Acunna *1. p. decreti, cap. si expositus, dist. 88. num. 1.*

Sunt tamen expositi incapaces officiorum sanctæ Inquisitionis, Ecclesiarum, Collegiorum, & Confraternitatum, in quibus sunt statuta exigentia qualitatem nobilitatis, & alia huiusmodi: ita Perez de Lara *de anniuers. lib. 2. c. 4. num. 37.* Gironda *de priuilegiorum explicatione num. 1443. & sequenti*, quem sequitur Barbos. *de languidis, & expositis, in principio, vers. verum Doctores*, vbi n. 150. resoluit expositos esse ciues illius loci, & ciuitatis, quibus exponuntur: & ideò, si aliquod legatum,

vel

vel priuilegium concedatur puellis naturalibus, vel hominibus alicuius oppidi, vel pro eis maritandis relinquatur; virgines & puellæ expositæ comprehendantur.

§. IV.

De obligatione parentum circa alimenta filiis illegitimis præstanda.

EPITOME.

135 *Filij naturales, qui sint.*
136 *Filius naturalis est alendus, etiam de iure Ciuili.*
137 *Alimenta possunt peti à filio naturali Iudicis officio, si pater renuat.*
138 *Filij spurij, quinam sint.*
139 *Et an sint, suscepti ex soluto, & ex sponsa aliena de futuro?*
140 *Spurius an sit natus ex legitimo matrimonio, susceptus tamen ex patre promoto ad sacros Ordines, vel ex professo; vxore consentiente, vel repugnante; vel ex parentibus de communi consensu vouentibus castitatem.*
141 *Spurij ex quocunque congressu damnato, & punibili suscepti, sunt tamen alendi.*
142 *Spuriis potest pater aliquid relinquere alimentorum loco, & an sic relictum debeat transferri ad heredes spurij, an verò reuerti ad heredes patris, discutitur.*
143 *Maritus spuriæ de iure Lusitano sit Dominus dimidiæ partis bonorum tradita à Socero.*
144 *Pater spurij si tradat filio fundum ea lege, vt transeat ad nepotes, seu heredes, quid dicendum?*
145 *Spurius an succedat matri non illustri de iure Lusitano, Castellano, aut de iure communi filiis legitimis non extantibus.*
146 *Pater non potest vulgariter, nec fideicommissariè substituere suum spurium, pupillariter tamen potest.*
147 *Spurium non posse capere ab herede instituto grauato onere restituendi, est probabile: sed probabilius est posse, si heres fidem non obligauit.*
147 *Quid si fidem præstitit de restituendo, si interrogetur à Iudice?*
148 *Pater non potest quicquam donare, etiam mobile spurio, vt emat immobilia, nec per testamentum: per contractum tamen onerosum potest.*
149 *Patres habentes filios spurios non possunt instituere illos ad inuicem, neque etiam, si habeant beneficia potest alter resignare suum beneficium in alterius filium, vt alter in suum resignet.*
150 *Filij clericorum bona patrum accipientes per circuitum, & reciprocas donationes non possunt retinere in foro conscientiæ, etiam ante sententiam.*
151 *Pater an possit instituere suum spurium ea conditione, vt per mortem restituat fratri legitimo?*
152 *Spurius non potest capere à patre Emphyteusim spuriis concessam.*
153 *Alimenta spuriis debita, an sint præstanda secundùm dignitatem parentum.*

135 VT clariùs ordiamur, filij naturales sunt de iure Canonico illi, qui fuerunt suscepti ex parentibus, inter quos tempore conceptionis, aut natiuitatis nullum erat impedimentum dirimens matrimonium: ita Couar. *Epitome p. 1. cap. 8. §. 4. num. 2.* post plures, Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 165. § illud verò*, Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 9. num. 20* & constat ex *cap. tanta, qui filij sint legitimi*, Bald. *cons. 129. vol. 2. num. 3. & cons. 206. fin. vol. 3.* vbi inquit omisso rigore iuris Ciuilis secundùm ius Canonicum is dicitur naturalis, qui nascitur ex soluto, & soluta; sequitur Less. *lib. 2 de Iust. cap. 19. dubio 6. n. 55.*

Filius item naturalis, quicquid sit de Iure antiquo, alendus est à patre de iure Ciuili nouo, *Authent. licèt, C. de natur. liber. ibi*: huiusmodi enim naturales filios pasci boni viri arbitrio necesse est: hos enim vocat natos ex coitu licito *Authent. ex complexu, C. de incestis nuptiis*, spectato iure Ciuili: Sed non bene loquitur cum spectata veritate, coïtus sit illicitus, & mortalis, qui non fuerit ex nuptiis iustis. Hæc resolutio adeo vera est, vt Statuto fieri non possit, vt alimenta filiis naturalibus negentur, ita Menoch. *cons. 60. num. 8.* Couar. *d. cap. 8. §. 6. num. 5.* Nec pater in testamento potest illis auferre alimenta, nec executores bene facient, si ea non præstent, non obstante mandato patris, Bald. *in l. id quod pauperibus, num. 38. C. de Episcopis & Clericis*, Iason *cons. 26. num. 13. vol. 1.* loquendo de Spurio legi odioso, quia ius alendi venit à iure naturali, de quo in *l. 1. in fine ff. de iust. & iur.* & Institut. *de iure natur. gent. & Ciuili §. 1.* & quia natura sit communis omnibus filiis tam legitimis, quàm naturalibus, vt in *l. hoc accusare §. omnibus ff. de accusat.* 136

Cæterum si pater neget alimenta filio naturali, peti possunt officio Iudicis: quia alimenta debentur certis qualitatibus pensatis, quas decernere debet Iudex, nempe an pater sit diues, an filius habeat vnde possit viuere. Quòd si dicatur pro alimentis à lege debitis nullam dari obligationem, nec actionem contra patrem, quia obligatio non oritur nisi ex contractu, seu ex maleficio: cùm ergo neutrum ex his reperiatur, nulla sequitur obligatio, nec reperitur actio, quia deest obligatio, quasi mater, *l. licèt, § 11 ff. de procurat.* Responderi potest nos non negare obligationem ad alimenta ratione naturali debita, sed negare obligari patrem ad ea ex naturali obligatione, sed ex æquitate insita ab ipsa natura: quæ ratio conuenit etiam cunctis animantibus, per Gloss. in *l. sed, & si, §. consuluit, ff. de petit. hered.* Claud. in *l. ex hoc iure, col. 4. ff. de iust. & iur.* Deficientibus ergo obligationibus, tam naturali, quàm Ciuili, non conceditur actio contra patrem. Attamen, quia æquitas semper viget, & clamat innixa sanguine, & charitate naturali, alimenta esse præstanda propinquis; æquum est, vt detur officium Iudicis, quamuis non detur actio *l. planè, & l. final. ff. de petit. hered.* quod officium Iudicis procedit ex mera æquitate, ita Socin. Iun. *cons. 52. vol. 2.* & Natta *cons. 534. n. 6.* 137

Si adhuc vrgeatur æquitatem insitam à natura charitati, & affectioni sanguinis parere obligationem: Dici potest æquitatem esse obligationem lato modo, non tamen proprio, nec stricto: vt verò officium Iudicis se posset intromittere in hoc casu supponit interuenire obligationem, seu quasi obligationem: non veram, & propriam, quia tunc daretur actio; sed quasi obligationem, ex qua non oritur actio: Glossa in *l. si seruum §. fin. vers. peti possit, ff. de verbor. obligat.* Bart. *in l. fin. ff de iniuriis*, & Alexand. *in l. 2. num. 26. ff. de Iurisdict. omn. iudic.* & *ibi* Sapia *num. 44* & debitum officio Iudicis non dicitur simpliciter debitum, sed quasi debitum

officio Iudicis: ita Decius in *l. si Manium, & Titium, num. 5. ff. si cert. petat.* Rubeus in *l. si non solum, §. morte, ff. de oper. nou. nunciat. num. 496.* Menoch. *de recuper. possess. remed. vlt. num. 8.* Igitur meritò negatur actio pro alimentis debitis, & conceditur officium Iudicis pro alimentis, debitis, inquam, ob charitatis, & sanguinis affectionem.

138 Porrò filius Spurius dicitur, qui nascitur ex parentibus, inter quos tempore conceptionis, ac natiuitatis est impedimentum dirimens, ita Molin. *tom. 1. de Iust. tract. 2. disp. 165. §. filius spurius,* & colligitur ex text. & Glos. & *ibi* Scribent. *in cap. tanta, qui filij sint legitimi.* Neque is Spurius per subsequens matrimonium manet legitimus per §. *vlt. in Authent. quibus modis natural. efficiant. legit.* Surd. *in tract. de naturalib. liber. in titulo, de legitimatione per verum matrim. num. 15. & 17.* Lessius *de Iust. lib. 2. cap. 19. dubio 6. n. 56.*

Alij tamen opinantur Spurium esse, qui nascitur ex parentibus, inter quos non potest esse matrimonium tempore conceptionis, vel qui nascitur ex coitu iure Ciuili vetito, ac punibili, sic Angel. *in §. nouissimè, Institut. ad Orfician.* Vasquez, *illustr. quæst. cap. 102. num. 7.* Vnde infertur natum ex soluto, & ex ancilla dici spurium, ita Caccialupus *in Authent. si qua illustris, num. 1. in fin.* Bart. *ibi, de concubi.* Grauet. *cons. 166. num. 6.* Alciat. *cons. 268. num. 4.* & Paleot. *cap. 16. n. 5. & cap. 45. num. 2.* vbi subdit, Spurios alios esse ex coitu punibili, alios ex damnato quidem, sed non punibili: quem sequitur Natta *cons. 421. n. 5.* dicens, hoc esse mente tenendum respectu maternæ successionis, non autem paternæ, cùm ab ea omnes sine discrimine excludantur, sed à materna non excluduntur, nisi sint incestuosi, aut nati ex punibili & damnato congressu, aut ex matre illustri *l. hac parte ff. vnde cogn. l. 1. tit. 13. partita 6.*

139 Quæstionis est, an susceptus ex Sponsa aliena de futuro, & ex soluto, sit Spurius? Affirmat Sarmientus *lib. 1. Select. cap. 5. n. 5.* quia proles est adulterina, nec solutus cum hac sponsa potest licitè contrahere, consonat *l. 11. Tauri,* quæ hodie est *l. 9. tit. 8. lib. 5. recopil.* ibi: *Ordenamos, que entonces se digam ser los hijos naturales, quando al tiempo, que nascieron, e fueron concebidos sus padres podian cazar con sus madres iustamiente sin dispensacion:* hoc est, Statuimus filios tunc dici naturales, quando, vel tempore natiuitatis, vel conceptionis parentes eorum poterant iustè, & sine dispensatione inire matrimonium; atqui solutus cum sponsa aliena de futuro non potest iustè contrahere sine dispensatione: ergo proles suscepta ex illis est spuria. Iuuat, quòd vterque in confessione debet exprimere hanc circunstantiam ratione iniuriæ illatæ sponso, vt est communis, Sarmiento *suprà num. 3.* Ludouic. Lopez *1. p. Instruct. cap. 29. §. ad hæc,* Petr. de Ledesma *de matrim. quæst. 43. art. 1. dubio vlt,* idem tanquam probabilius sequitur, cum sit iniuria grauis facta sponso: secùs si sponsus de futuro accedat ad solutam: tunc enim, quia venialiter offendit sponsam, sponsus non tenebitur ipse dicere in confessione se esse sponsum de futuro, ita Manuel Rodrig. *tom. 1. in 1. edit. cap. 53. num. 3. ad fin.* Lopius *2. p. instruct. de matrim. cap. 36. §. aduertendum est 3.* igitur proles concepta ex illis censebitur Spuria cum nequeant contrahere licitè, & circunstantia est de necessitate confessionis.

Dicendum tamen est ita conceptos, vel natos de vtroque Iure Castellano, & Lusitano esse naturales, nam de Lusitano *lib. 4. Ordin. tit. 92. in principio,* vbi Barbos. *in Remissionib.* plures refert: hoc constat, eò quia possunt huiusmodi sponsi de futuro validè contrahere matrimonium sine dispensatione, quicquid sit de iustitia, cum non detur impedimentum dirimens. Sicut sunt naturales suscepti ex soluto, & soluta, habentibus votum Castitatis simplex; quoniam possunt celebrare matrimonium validè, licèt illicitè: ita Molin. *tom. 1. de iust. disp. 167. fol. 949.* & Lara *de alimentis, in l. si quis a liber. n. 93. ff. de liber. agnosc.*

Quæritur item, an sint Spurij filij suscepti ex le- 140
gitimo matrimonio à parentibus, qui vouerunt castitatem de communi consensu post matrimonium consummatum? Dico primò, omissis opinionibus, esse legitimos, si votum mutuum fuit simplex tantum: ducor, quia culpa parentum non nocet filiis, nisi in casibus à iure expressis, *Cod. ne filius pro patre, per totum.* Item, quia ea copula non fuit fornicaria, sine qua non datur proles illegitima. Item, quia ibi fuit verum matrimonium, quamuis sit illicitus vsus: ergo proles non est illegitima, *l. filium, ff. de his qui sunt sui, vel alieni Iuris*: & fundamentum legitimationis est verum matrimonium, quod interuenit in hoc casu, nec derogabit huic legitimationi vitium accidentaliter adueniens, à parentibus commissum. Quare ita suscepti sunt legitimi, nec spurij vocari debent quoad honores, & successionem, ita Cardin. *in cap. dudum, in 4. positione post quæst. 3. de conuers. coniug.* Mayro *in 4. dist. 35. quæst. vnica,* & *ibi* Maio. *dist. 32. quæst. 2. argumento 2. contra secundam conclus. ad fin.* & ex consequenti non sunt irregulares; quia esse irregularem, est quid pœnale, & non censetur talis, nisi vbi in iure id exprimitur: quocirca minus bene tradunt Manuel Rodrig. *tom. 2. Summa cap. 90. num. 6.* & Vega *tom. 2. Summa cap. 129. casu 69.* dicentes esse spurios sic natos, quoad successionem in parentum bonis.

Dico secundò, si copula intercedat, viro iam ad sacros Ordines promoto, vxore sciente, & consentiente, vel non contradicente; filium conceptum esse illegitimum, quoad Ordines, & dignitates Ecclesiasticas: ita Antonin *3. p. tit. 28. cap. 4. §. 2. ad fin.* Rosel. *verbo Illegitimus num. 10.* vbi Syluest. *quæst. 5.* Henriq. *lib. 11. de matrim. cap. 20. num. 1* probant ex *cap. litteras, de filijs Presbyterorum,* vbi non dicitur hos esse illegitimos, sed ex permissione posse ascendere ad Ordines ibi: Si tamen aliter dignus inuentus fuerit, permittimus ipsum Ordinari in Clericum; non tamen esse illegitimum quoad succedendum in bonis parentum, neque quoad honores laicos: ita Maiol. *lib. 1. de irregul. cap. 4. num. 9.* Anton. *in d. cap. litteras, de filiis presby. n. 7.* & Abbas *ibi, n. 4.*

Aliter dicendum, si vir, ignorante coniuge, vel ea sciente & contradicente, faciat professionem in Religione approbata, quia tunc proles postea proueniens ex vxore est quoad omnes casus legitima, cùm nulliter professus fuerit, Maiol. *in d. cap. 4. num. 5.* sicuti etiam est, quando vxore repugnante ad sacros Ordines fuit vir promotus, *ibidem n. 7. & n. 9.* non enim culpa parentum debet filiis præiudicare, *l. sancimus, C. de pœnis.*

Quod si filij nascantur ex vtroque, aut ex altero coniuge ante matrimonium consummatum ad religionem conuolante, ac validè ibi profitente, cùm professio legitimè facta matrimonium ratum dissoluat, proles postea suscepta erit omnino Spuria tam ad dignitates Ecclesiasticas, & ad Ordines, quàm ad successionem, & hæreditatem parentum; non tamen erit spuria quoad omnia, si matrimonio rato sacris Ordinibus initietur, quia per illam Ordinum susceptionem matrimonium ratum non soluitur, vt patet ex *Constitut. Ioannis XXII. de voto, & Episcopatu.*

Episcopatu. Est communis dicentium Doctorum, ius hoc solum concedere professioni solenni, vt dirimat matrimonium ratum: Nec hoc obstat, votum annexum Ordini sacro, esse solenne. Quia fatemur esse solenne per accidens, ac proinde non dirimere; Sanch. *lib. 2 de matrim. disp.* 18. *n.* 9. & à fortiori nō dirimet post consummationē, teste Maiol. *d. c.* 4. *n.* 8.

Ex dictis dici potest probabile esse prolem esse legitimam susceptam ex viro iam professo, aut sacris initiato, quando vxor annuit expresè, vel tacitè, neque renuit cùm potuerit, vt videtur annuere Maiol. *lib. 1. de irregular. cap. 4. num. 67. & 9.* quia non obstat consensus vxoris sine approbatione, & auctoritate Ordinarij. Sed probabilius est prolem in eo casu esse illegitimam ad omnes Ordines, & dignitates, seu beneficia Ecclesiastica, cùm adhuc perseueret vinculum matrimonij, vt vult Bellamera in *d. cap. litteras, n. 3 tota quæst. 3.* & Raynerius *in Sum. tit. de filiis presbyter. §. Sed pone.* & Astens. *in sum. 2. p. lib. 6. tit. 22. art. 3. quæst. 5.* Satis est enim ad hanc irregularitatem, seu inhabilitatem incurrendam, quòd vxor præstiterit consensum ad Ordines sacros suscipiendos, seu ad profitendum solenniter, & hoc deducitur ex *d. cap. litteras*, & *ibi* Glos. vbi dicitur hunc non posse sic conceptum, & natum in Sacerdotio ad Ordines ascendere sine dispensatione: ergo censet illum esse irregularem, seu instar illegitimi ad Ordines, & beneficia, sicut est illegitimus: quoad successionem tamen est verè legitimus, cùm natus sit matrimonio adhuc constante, & solùm parentes in vsu deliquerunt, vt notat Cardin. *in d. cap. litteras, de filiis presbyteror.*

141 Ad hæc certum est, spurios ex coitu damnato alendos esse à patre de iure Canonico: imò susceptos ex damnato coitu, & punibili, quales sunt suscepti ex adulterio, ex incestu, siue ex sacrilego congressu; vt constat *ex cap. cum haberet, in fine, de eo qui duxit in matr. quam polluit per adulterium*, vbi Abbas notat post Glos. *ibi*, quam sequitur Cardin. & idem Abbas *cons. 50. cons. 115. vol. 2.* Menoch. *cons. 6. n. 6.* Couar. *in Epitome p. 2. c. 8. §. 6. n. 1.* quia omnes spurios comprehendit, quantumuis odiosos clementia iuris Canonici, & est communis, teste Lup. *in c. per vestras, de donat. inter virum & vxorem, notab. 3. §. 10. n. 14.* Ratio, quia alimenta de iure naturæ debentur filiis, vt *supra*: proindè ius Ciuile sine causa non potest priuare spurios alimentis: nec est admittenda mens Bart. *cons.* 119. Dominus Dominicus *vol. 1* quia hi etiam sunt alendi à patre: item quia tanta est coniunctio naturalis inter patrem, & filios legitimos, quanta inter illegitimos, neque natura inter hos & illos discrimen interposuit, vt ostenditur in *Authent. quibus modis nat. effic. legitimi col. 2. vers. liceat*, & tradit Natta, alimenta illis esse debita: Alexand. *cons. 74. n. 4. vol. 2. & cons. 113. n. 3. vol. 7.* Boër. *decis. 127. n. 2.* Menoch. *de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 35. n. 13.* ideò ius Canonicum est sequendum in vtroque foro. Glossa fin. *in fin. in d. cap. cum haberet*, quam sequitur Cardin. Abbas, & alij *n. 5.* & est communis. Decius *cap. Clerici, n. 4. de Ind.* Ripa *in l. si vnquam, n. 68. C. de reuocand. donat.* nec etiam pater potest ordinare, vt spurij non alantur, vt Bald. *in l. id quod pauperibus, n. 38. C. de Episcopis & Clericis*: esset enim iniustum punire spurios propter delictum patris, *l. sancimus C. de pœnis*, & patet ex Abbate *in cap. 1. n. 4. de cohabit. Clericor. & mulier.* dicente posse Clericos filios, & filias susceptas post clericatum alere de reditibus suis. Sequitur Lupus *3. notab. §. 23. num. 13.* inferens posse etiam dotare filias incestuosas, quibus accedit Duenn. *regul 367. n. 3. ampliat. 3. de fine ad finem.*

Posse autem patrem filiis relinquere spuriis aliquid pro alimentis, affirmat Abbas *cons. 50. n. 2. vol. 2.* Petr. de Vbald. *in tract. de success. ab intestato, vers. sequitur quarta*, proinde potest fundum spurio pro alimentis relinquere, & potest peti legatum ab spurio, non vt legatum, sed vt alimenta, Bald, Nouel. *in tract. dotis 6. p. in* 16 special. Menoch. *cons. 6. n. 7.* sententes donata spuriis vltra debita alimēta reuocari.

An verò possit pater relinquere suo spurio pro alimentis fundum expresè, vt post mortem spurij transeat ad filios spurij? Respondet, Azo *in sum. C. de natur. liber.* quidquid à patre venit, ad suū spurium, eo defuncto, ad patris hæredes esse rediturum: quod habetur *l. 1. C. de natural. liber.* vbi Bart. & *in l. vltima n. 7. C. de his quibus, vt indignis*, Caccialupus *in l. si qua illustris n. 92. C. ad Orfitian.* Abbas *cons. 115. n. 4. vol. 2.* vbi tradit descēdentes à patre spurio, non posse ex persona descendentis retinere fundum pro alimentis relictum, quia ratione proprietatis non valet relictus fundus: ratione autem alimentorum extinguitur cum defuncto, *l. cum hi, §. si vni. ff. de transact.* & Bald *in l. eam quam n. 41. C. de fideicommiss.* Decius *cons. 311. col. fin.* Vnde si pater dotet spuriam, ea defuncta dos debet reuerti ad patrem, vel eius hæredes, cum data fuerit pro alimentis, Bart. & Abbas *vbi proximè*, Lupus in *cap. per vestras, in 3. notab. §. 24. n. 4.* vbi argumentatur ab alimentis ad dotem, sequitur Grauet. *cons. 186. n. 16.* Menoch. *cons. 60. n. 29. & de arbitrar. casu. 169. n. 10.* quod etiam est de iure communi in *l. dos à patre profecta C. soluto matri.* vbi dos data filiæ illegitimæ, seu naturali, ea defuncta regreditur ad patrem dotantem; vel ad hæredes patris; non verò ad filios dotatæ filiæ Bart. *in l. post dotem ff. solu. matri.* Imo Picus *in l. 4. n. 112. ff. ad l. falcid.* subdit hanc esse communem, quam etiam sequitur Cald. Pereira *lib. 1. quæst. forens. quæst. 1. num. 17.* Nimirum alimenta spuriæ relicta extingui cum illius vita, nec reuerti ad hæredes defunctæ; sed ad hæredes patris dotantis, quam opinionem addit esse seruandam apud Lusitanos: Sicut de iure Castellæ *l. 9. Tauri*, vbi decernitur teste etiam Gomezio *ibi num. 41. & 44* dotem datam spuriæ non excedentem quintam partem bonorum, de qua pater potest disponere, posse ab eadem spuria ad hæredes transmitti.

Ego tamen puto dotem datam spuriæ, si non excedat alimenta debita, non debere redire ad patrem dotantem, nisi quoad excessum; posséque spuriam fundum transmittere ad filios suos. Ratio, quia non fuit datus pro dote loco alimentorum duntaxat, sed etiam ex causa publica, ita Bero. *cons. 165. n. 23. vers. quarto posito vol 2.* & innuit Molin. *disp. 168. §. in dotem*, quod est absolutè verum vbiq; gentium, quando aliquid relinquitur filio pro alimentis in æstimatione proprietatis, quod non excedit summam sufficientem ad alimenta, tunc fundus relictus transmittitur ad hæredes spuriæ, ita Roderic Soar. in *l. 1. tit. 6. lib. 3. fori vers. secundum est*, & Conat. *de sponsalibus p. 2. cap. 8. §. 6. n. 15.* & ante omnes Bald. *cons. 448. n. 5. vol. 1.* quem sequuntur, Peregrin. *de iure fisci lib. 3. n. 77.* Lupus in *d. cap. per vestras §. 24. n. 8. in 3. notab. vers. alio etiam casu crederem*, & probatur ex eo, quod vncia, quæ potest relinqui spurio non obstante prole legitima ex *l. fin. C. de natural. lib.* transmittitur ad hæredes spurij.

Accedit; apud Lusitanos maritum spuriæ iure matrimonij fieri Dominum dimidiæ partis dotis, vt constat ex Ordinatione Regia *lib. 4. tit. 46.* vbi consummato matrimonio obtinet dimidium bonorum vxoris spuriæ, sicut ipsa dimidium bonorum mariti, quod etiam docuit Nouell. *de dote 6. p. priuilegio 16. col. 2.* Molin. *d. disp. 168.* & plures apud Vimaranensem in *remissionibus ad d. tit. 46.* 143

tit.46. §. 1. num.5. ibi in text. *auendo opula.* Ideo dos data spuriæ, & genero, quasi quid æstimatum, non est restituendum hæredibus dotantis, imo maritus in vita potest bona sibi tradita alienare absque vlla obligatione restituendi. Quòd si vltra alimenta æstimata plus aliquid accipit, hoc tenetur restituere, quia ipso iure excessus est nullus, & repeti potest ab hæredibus dotantis, si qui fuerint, siue succedant ab intestato, siue ex testamento; quia spurio nihil competit à patre vltra alimenta, ex *Authent. licet, C. de natural. liber. & Authen. quibus modis naturales efficiantur sui.* Bart. in *l. 1 ff. de his, quibus vt indignis*, & est communis conclusio. Quod si hæredes intra duos menses ea bona non euincant ab spurio, vltra alimenta donata, nec petant, fiscus ea potest repetere. Vide Molin. *vbi supra.* An verò incrementum teneantur spurij relinquere vltra alimenta ante sententiam hæredibus parentum? Affirmat communis, exceptis duntaxat alimentis: Sà tamen *verbo, filius, n. 30. vers. spurius*, existimat non teneri reddere nisi post sententiam: sed de his *§. sequenti* fusiùs; cùm alimenta sint omnino debita spurijs quantumcunque susceptis ex nefario, ac sacrilego coitu, &
144 nihil vltra, illis debeatur, vt dictum est.

Sed quid quando pater loco alimentorum tradit in dotem genero, & filiæ fundum, ea lege, vt transmittatur ad nepotes, seu hæredes spuriæ? Roland. *cons. 70. n. 64. lib. 1.* Ioan. de S. Blasio *in tract. de priuilegiis dotal. priuilegio* 242. Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 5. n.* 15. affirmant posse id fieri per *l. vltim. C. de natural. liber.* quod fuit inuentum à Bart. *ibi*: vt parentes ita possent relinquere suis spurijs: Item quia Auus potest suis nepotibus relinquere: sequitur Boër. *decis. 127.* & de iure cautum non reperitur, quòd Auus prohibeatur relinquere nepotibus suis. Imo Auus iure Pontificio tenetur præstare alimenta nepotibus etiam spurijs: ita Nicol. de Vbald. *in tract. de successIon. ab intestato p. 1. n. 47. vers. sequitur quarta species*, Soc. Sen. *cons. 161. n. 1. lib. 2.* Roland. *cons. 54. n. 62. lib. 2.* Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 8. §. 6. n. 16.* & alij: ergo bene potest pater, adiecto pacto, tradere dotem genero, & spuriæ, vt transeat ad nepotes. Quia ex vi *cap. cum haberet, de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*, pater non solùm tenetur alere spurios suos, sed etiam filios spuriorum, sicuti significat illud verbum *liberis* ibi positum, quorum appellatione veniunt nepotes, præsertim cum agitur de fauore: *l. liberorum*, vbi Doctores, *ff. de verbor. significat.* Quod est verum, quando nepotes non habent, vnde capiant alimenta: proinde quando extant filij inopes spuriorum, possunt retinere fundum datum in dotem parentibus pro alimentis, cùm sint nepotes dotantis, cui etiam tanquam auo incumbit onus alendi nepotes: ita Natta *in cons. 108. num. 4. lib. 1.* & Rom. *cons. 124. n. 11. lib. 1.* vbi idem aiunt: quibus accedit Molin. *disp. 168. §. alimenta vers. hinc est.* & Menoch. *cons. 231. n. 80. & sequenti.* proinde secundùm hos Doctores, non est opus, vt quidquid traditur filiæ spuriæ, tradatur sub eo pacto, vt redeat post mortem spuriæ, quoniam absque eo pacto non potest repeti ab hæredibus patris dotantis, sed est relinquendum filiis dotatæ pro alimentis, nisi relictum excedat quantitatem alimentorum. Excessus namque potest repeti etiam constante matrimonio, quidquid minus bene dicat Barthol. & alij, quos refert Gomez *ad l. 9. Tauri n. 44.* cùm excessus ille cedat in præiudicium sobolis legitimæ, & sicut parentes non possunt meliorare filios legitimos, nisi ex tertio, seu quinto; & si excedant possunt alij filij illum excessum repetere: à fortiori potest repeti ab eisdem quidquid vltra alimenta datum fuerit spuriæ: quòd si pater non habeat sobolem legitimam, tunc excessus retineri potest à filia, saltem in foro conscientiæ, Sà *verbo, filius, num.* 30.

Ad illud verò commune proloquium, Alimenta extingui morte legatarij, dicendum est procedere, quando ea alimenta simpliciter sunt legata; non verò quando aliquid traditur marito immobile pro competenti adiumento vxoris, & sobolis, & quasi æstimatum datur in dotem, in totam vitam, vt inde alantur parentes, & filij, ita Molin. *vbi supra §. in dotem filia.* & Menoch. *cit. à n. 29.* 145

Sequitur illa difficultas, an mater destituta prole legitima possit relinquere suo spurio quidquid voluerit? Sà *verbo hæreditas, n. 7.* Leonard. *lib. 2. cap. 19. de testamentis, dub. 6.* Henriq. *lib. 1. de matrim. cap. 21. n. 1.* tradunt, spurium posse retinere quidquid mater sibi reliquerit, maximè, si non sit illustris; ex eo fundamento, quia *Authen. licet, & Nouella 74.* vbi prohibetur ne quid relinquatur filiis spurijs loquuntur de patre: ergo excluduntur matres, possúntque proinde relinquere suis spurijs quidquid voluerint.

Dicendum tamen est, quamuis hoc sit probabile, oppositum esse verius saltem in hoc Regno: & ideò non posse matrem quicquam relinquere suo spurio præter alimenta, cùm illa ex Ordinatione Regia, *tit. 93. lib. 4.* non possit succedere filio spurio per text. ibi: *a que o pay, ou May, nam pode succeder*: ergo cum ius succedendi, sit mutuum, ac reciprocum, sicut mater non potest succedere filio spurio, sic etiam nec matri spurius succedet, cum sit incapax: ita Bald. *in Authent. licet, C. de natural. lib.* Baptista de S. Seuerino in *l. si qua illustris, num. 77. C. ad S C. Orsitian.* Alexand. *cons. 550. num. 6. lib. 2.* post plures apud Petr. Placa *lib. 1. Epitome delictorum, cap. 41. n. 21.* vnde colligunt non posse matrem, esto non habeat prolem legitimam, relinquere spurio, quod voluerit in testamento, exceptis alimentis; Molin. *disp. 167. conclus. 3.* Couar. *de spons. p. 2. cap. 8. §. 5. num. 3.* Lessius *d. cap. 19. dubio 6. num. 58.* quia per leges factus est incapax: de iure tamen Castellæ, etiam redditur incapax accipiendi vltra quintum bonorum plura alia bona: imò si diues sit, habeatque vnde viuat, non potest spurius capere illud quintum, nec mater potest illud relinquere, si filius non eget: Molin. *disp. 167. §. non dubito.* in quam sententiam propendet Couar. *d. p. 2. cap. 8. §. 6. in posteriore editione*, etiamsi Gregor. Lopez. non tam bene contrarium asserat in *l. 10. tit. 13. partita 6.* sed fallitur: quia parentes de iure naturali, & Canonico tenentur subuenire filiis, dum egent; & de iure Hispano assignatum fuit illud quintum, quando filij egebant, ne parentes sub specie alimentorum plura bona filiis relinquerent; non verò permisit, vt quintum filiis largirentur absolutè, sed sub conditione, si egerent, & non haberent aliunde alimenta.

Dubitatur item, an filij suscepti ex matre non illustri, & ex coniugato, vel ex Clerico in Sacris, succedant matri? Affirmat Glossa in *Authent. ex complexu C. de incestis nuptiis*, & constat ex *l. 3. ad fin. tit. 21. partita quarta*, vbi loquitur de filiis Clericorum: ergo possunt spurij succedere matri. Sequitur Gregor. Lop. *in d. l. 3. in glos. los de la madre*, subdens nec de iure Ciuili, nec de iure Castellæ, filios Clericorum excludi à successione matris; quia talis coitus non est damnatus, & punibilis à lege, & nullibi exteriore pœna solet puniri.

Dicendum tamen est de iure Lusitano, nullum filium Clericorum in Sacris, posse matri succedere: per text. *in Ordin. lib. 4. tit. 93.* ibi: *algum fillio de Clerigo a que o Pay, ou May, nam podem succeder*: vt etiã

notat

notat Peregrin. *de iure fisci lib.5. tit.8. n.37.* Florea *in additionibus ad Gam.decis.136.* Gutier. *lib.2.pract. q.102.§. quid tenendum.* Molin. *de iust. d. disp.167. vers. licet.* Spino *in specul.testament. glos.16.n.18.&* 19. Gomes. in *l.9.Tauri n.15.ad fin.* & Lessius *supra n.65.* dicens, hanc partem esse veriorem : quamuis contraria non videatur improbabilis; at vero in Lusitania est omnino improbabilis, per *d.tit.93.*

De eodem iure Lusitano, etiam non succedit matri filius ex soluta, & ea coniugato: ita Molin. *d.disp. 167.§.licet.* sequitur Azor. *1.p.instit. moral. lib.2.c.6. quæst.9.* Surd. *decis.249. n.16. & cons. 456. num.14.* P. Barbos. tamen in priuatis Scholiis *in l. ex facto:* quem refert, ac sequitur Emmanuel Barbos. *ad Remissiones Ordinationis Regiæ, d.tit.93.n.7.* existimant id procedere, quando filius est natus ex coniugato, & ea concubina domi retenta: secus quando spurius natus est, ea vxorato, & ex soluta accidentaliter cognita; sed hoc non habet locum in Lusitania: sicut non habet illa opinio eiusdem Domini Petri Barbos. in *d.l.ex facto, §.si quis rogatus, ff.ad Trebel.* vbi docet susceptum ex Clerico, & ea soluta concubina non succedere matri: susceptum verò ex soluta non concubina, succedere : quod etiam tenuerunt Perez *tit.2.lib.5. Ordinamenti, pagina 69.* & latiùs *eit.8. vers.virum autem, lib.8.* & alij dum aiut commistionem à Clerico in Sacris cum soluta, esse simplicem fornicationem: quod est falsum secundùm Theologos, ac Canonistas; cùm sit sacrilegium, & differat specie à coitu inter solutos, qualis est simplex fornicatio; & habitus cum coniugata est adulterium; & cum persona in Sacris, est sacrilegium: ita D.Thom. *2.2.quæst.154. art. 1. & 2.* Soar. *de pœnit.disput.22. sect.4.* P Sà, *in sum.verbo, luxuria, n.2.* Ergo susceptus ex Clerico in Sacris, & ex soluta non concubina, sed accidentaliter cognita, de iure Lusitano non potest succedere matri: quia mater non potest illi succedere; cùm illa copula non sit fornicatio simplex, sed sacrilegium; cùm per eam violetur aliquid spectans ad cultum Dei, vt etiam tradit Capua *lib.1.decis.c.20. n.19.* & dicitur ex *l.Lusitana lib.4.tit.93.* & *ibi* Barbos. *ex num.3. & num.9.* cum ius succedendi sit reciprocum.

De iure etiam Castellæ probabilius indistinctè est, nullum susceptum ex Clerico, & ea soluta, etiam accidentaliter cognita; & multo fortius ex coniugata, vel consanguinea, succedere matri: ita constat ex *d.l.6.tit.8.lib.5.nona collect. Regiæ*, & ex *l.7. ibi: por nodar ocasion que las mugeres, assim viudas, como virgenes sean barreganas de Clerigos, si sus hyos heredasen sus bienes y de sus padres.* Vbi vides filios Clericorum non posse succedere matribus: sequitur Cyfuent. *in l.9.Tauri quæst.3. n.5.* Gomez. *num.15.* Syluest. *verbo filij, quæst.4.* Gregor. Lopez sibi contrarius *in l.penult.quæ est hodie l.11.tit.13.partita 6. in glos.magna, in fine,* dicens filios Clerici excludi à successione matris. Nec obstat, quòd ibi dicatur generaliter de concubinis, quia hoc nuo restringit, cùm debeant intelligi quicunque filij Clericorum, sed generaliter accipiendum est. Ita Auendan. *in transitu 2.p.cap.16.* Prætor. *n.18.* docet *d.l.9. Tauri,* non solum loqui de concubinario coitu, sed etiam de quouis alio etiam semel habito. De iure tamen communi, spurium, nisi sit natus ea damnato coitu, & punibili per legem, posse succedere matri non illustri, tradit Glos. *in Authent.ex complexu, C.de incestis nuptiis, & in Authent.si qua illustris. C.ad Orfician.* & *ibi* Scribentes; tam ea testamento, quàm ab intestato, legitima prole non subsistente; dummodo coitus non sit talis, propter quem matres pœnam mortis mereantur: ita in *l.lege 12. Tabul.C. de legit.hæred l.maximum vitium, C.de liber.præter.* Fragosi Regim. Christ.Reipub.P.III.

Quinimò etiamsi mater habeat ascendentes, adhuc filius spurius excludit eos, succeditque matri: ita *l.hac parte, l.Modestin.ff. vnde cognati l.1.§.Sed & vulgo quæsiti, ff.ad Orficiar.* Quod etiam confirmatur ex *l.1.tit.13.partita, 6.* vbi dicitur: *las madres siempre son ciertas de los hijos que nascen dellas, E por esta reson todo el hijo deue de heredar en los bienes de su madre quier sean legitimos, quier no, fueras ende, si fuesse incestuoso, o de ponible y damnable aiuntamento, o hijo de muger de noble linage, porque en tal cazo no heredaria los bienes de su madre.* Hoc est, Matres de filiis, qui ea illis nascuntur, certæ sunt; & ob hanc rationem omnis filius debet esse hæres in bonis matris, siue sit legitimus, siue non; dummodò non sit ex incestuoso, aut punibili, & damnato coitu, aut filius fœminæ illustris; quia in hoc euentu non erit hæres in bonis matris; quod etiam est de iure communi Digestorum *d.l.hac parte,* vbi decernitur, prole legitima non extante, succedere posse spurium matri etiam illustri: hodie vero nulla ratione posse succedere illustri, *l. si qua illustris, & l.final.tit.14.partita 4.l.9.Tauri,* cùm in fœmina illustri maior castitas, quàm in aliis desideretur, Tiraquel. *de nobilit.c.20. num.131.* Nauar. *in c. consideret, §.ingratus de pœnit.dist.5.* & est cómunis.

Dubium est, an pater possit suum spurium substituere, vulgariter, vel fideicommissariè? pars negans est certa, Benedict. *in cap.Raynut. de testam. verbo, & vxorem, num. 128.* Quia perinde est accipere à patre immediatè, an ab aliis ex patris ordinatione. Pupillariter tamen potest substitui à patre, non vt bona patria assequatur per eas ambages, hoc est per ipsum pupillum, sed vt pupillo possit succedere: quia tunc non succedit patri, sed fratri pupillo: ita Couar. *in epitome ad 4. p.2. cap.8.§.5. n.4.* Molin. *de iust. tom.1. disp. 167.vers.pater neque vulgari,* & deducitur *ex l.si is qui, ff.de vulgari & pupill.substitut.* & alter Molin. *de primog. lib. 2.cap.14. n.28.* Gomez *in l.9.Tauri, n.20.* vbi ait, spurium ea virtute substitutionis posse capere bona, quæ pupillus frater aliunde habet, quàm à patre; non tamen posse accipere, quæ pupillus habet à patre. Ratio, quia à patre non potest accipere aliquid: at verò bona fratris potest, vt Less. *lib.2. de testam.cap.19. dubio 6.n.59. & dubio 7.n.79.* Azor. *p.2.lib.2.cap.10. vers.rogabis,* post Bart. *in d. l.si is qui;* secus si frater esset vltra pupillarem ætatem, & ipse instituerit fratrem spurium hæredem: tunc potest spurius obtinere bona fratris, etiam si ipsa à patre prouenerint: quia non dicitur succedere ipsi patri, sed fratri: ita Bart. *in d.l.si is qui ex bonis: quæst. 2. de vulg. & pupill.* & *ibi* Bald. *q.1.col 2.* 146

Dictum est, non posse spurium substitui fideicommissaria substitutione; quia institutus hæres cum onere restituendi substituto, reddit illi bona non sua, sed patris, quorum spurius erit incapax: ideò nequit ea capere ab instituto grauato, cum ab eo non capiat, sed à patre testatore per commissariam substitutionem: Glos.ordin. *in Authent. quibus modis naturales efficiantur sui §. final.* & habetur in *d. l. si is qui,* vbi communiter Scribentes: & notat Bald. in *l.eam quam, C.de fideicom.* Couar. *supra c.8. §.5.n.3.* Azor. *d.cap.10.vers.primo quæritur.* Imo filius spurius tenetur ita accepta bona restituere fisco cum fructibus à die restitutionis sibi factæ, cum fuerit in mala fide, ad quod etiam tenetur hæres grauatus per text. *in l.eum qui tacitum, in principio, ff.de his quibus vt indignis,* cuius sunt verba sequentia, *eum qui tacitum fideicómissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam perceperit, restituere cogendum respondi: quia bonæ fidei possessor fuisse non videtur.* Ex 147

quibus verbis Bart. & Bald. *in l. predonis, ff. de petit. hared.* colligunt sic esse faciendum.

Nihilominus dicendum puto, si hæres ea lege instituatur sub fide præstita de restituenda spurio hæreditate, si fidem non obligante posse hæreditatem capere, per *l. non intelligitur, in principio, & §. 1. l. si in metallum, ff. de his quæ pro non scriptis habentur*, etiam si palam sit institutus, vt restituat. Quia ex iure, spurius est incapax illius hæreditatis, vt habetur expressè in *Authent. quibus modis natur. efficiant. sui, § final.* Si tamen institutus fidem promittat, adhuc non tenetur adimplere, cùm promissio sit contra legem: ac proinde potest sibi retinere hæreditatem tanquam verus hæres institutus à testatore in foro conscientiæ; quia fides data est in fraudem legis: ideò non obligat: *l. iuris gentium, §. prætor ait, C. de pactis*, Couar. *supra d. §. 5. num. 9. vers. quarto subinfertur*, Less. *d. dub. 6. num. 60.* quia talis cõditio posita in vltimis voluntatibus habetur pro non posita, vt constat ex *l. 1. & sequent. ff. de condit. instit. & §. impossibilis, instit. de hared. instituti.* Vnde reiicitur Beia 2. *p. casu 12. §. vlt.* dicens, hæredem sic institutum nihil posse retinere, quia institutio hæredis à iure fuit valida, & hæres ex voluntate defuncti verus est hæres, & verum dominium acquisiuit post aditam hæreditatem, quo non priuatur. Proinde in foro conscientiæ non tenetur ea bona restituere fisco, antequam priuetur per sententiam; ita Couar. 2. *p. Epitome c. 8. §. 5. n. 9.* & additionator Bernardi Diaz *in pract. criminal. cap. 58.* Nam licet priuetur in pœnam præstitæ fidei, hæreditate, *l. hæres qui tacitam: ff. de his quibus vt indignis*, hæc tamen pœna non procedit in foro conscientiæ ante condemnationem: Glos. *in cap. fraternitas 12. q. 2.* Sot. *lib. 1. de Iust. q. 6. art. 6.* Sequitur Couar. *supra n. 10.*

Neque obstat text. *in d. l. prædonis*, in quo oppositum sentientes nituntur: Quoniam Iurisconsultus ibi in eo casu non dixit retinentem ea bona esse prædonem, sed haberi loco prædonis: quasi diceret; sicut prædo cogitur restituere bona cum fructibus, sic iste hæres debet cogi restituere bona cum suo emolumento, non tamen text. illa negat illum esse verum hæredem, teste Glos. *ibi*: ex quibus patet, patrem non posse suo spurio directè, vel indirectè, nec per interpositam personam, neque aliquo alio modo aliquid relinquere vt communiter Scribentes post Bartol. *in l. fin. C. de his quibus vt indignis.* Idem Bart. *in l. cum hæred. ff. de rebus dubiis*, & est communis, teste Couar. §. 5. *citato* post alios *num. 3* & Capua *lib. 2. decis. cap. 11. à n. 45. vsque ad num. 51.*

Controuerti potest, quid faciendum à præstante fidem de restituenda hæreditate spurio, si interrogetur à Iudice, an præstiterit fidem? Respondeo non teneri dicere verum, si res est occulta, nec præcedit infamia contra illum; poteritque vti hæres institutus verbis amphibologicis: quòd si res non sit occulta, & hæres laboret infamia, tenetur fateri verum legitimè interrogatus à Iudice: Ita Cardin. *cons. 35.* quem refert Felin. *in cap. intimauit, de testibus, col. 5.* Nauar. *in cap. inter verba. 11. quæst. 3. part. vlt. corollario 65.* Couar. *d. § 5. num. 10. vers. Sexto ex his opinio*, quos sequitur Less. *cit. num. 61.* Nec fiscus, ob promissionem factam restituendi spurio ab ipso hærede, quidquam habet in bonis relictis, ante sententiam, vt diximus; cùm sit pœna. Quòd si hæres sponte, antequam interrogetur, reuelet se præstitisse fidem de reddenda hæreditate; munerabitur tertia parte bonorum in præmium reuelatæ promissionis: spurius verò reuelando consequitur dimidiam partem hæreditatis relictæ, per text. *in l. vnica C. de his qui se deferunt.* Quando verò hæres institutus nihil promisit testatori de hæreditate sibi facturum in fauorem spurij, in hoc casu hæres potest tradere hæreditatem, vel partem illius ipsi spurio, qui licitè hæreditatem sibi traditam poterit retinere. Quia non consequitur ex parte proprio ea bona, sed ab hærede domino eorum. Nec id reperitur prohibitum: ita Couar. *in Epitome ad 4. p. 2. cap. 8. §. 1. num. 8. vers. secundo spurium*: Sequitur Less. *dub. 6 citato num. 62. vers. sequitur tertio.*

Quæritur præterea, an pater in vita possit dona- 148
re suo spurio pecunias, & aliqua etiam vasa argentea, & aurea, & bona mobilia, quibus venditis possit spurius immobilia emere, & opulescere? Beia 2. *p. respons. casu 12. §. nos inter has extremas sententias, fol. 184.* opinatur patres seculares posse donare suis spuriis dum viuunt, & erogare pecunias non solùm ad alimenta, sed etiam vt ditescant: patres verò Clericos nullo modo posse, nisi secundum quantitatem alimentorum. Ratio illius est, quia solùm secularibus patribus est vetitum relinquere sua bona spuriis per vltimam voluntatem, seu testamentum: at verò donare suis spuriis extra testamentum, est illis receptissimum, neque leges ciuiles id prohibent. Sed hæc opinio est falsa, & nullo modo admittenda, & cõtra vsum, & leges Ciuiles, & Canonicas. Ideò dicendum est, patres, siue seculares, siue Clericos nullo modo posse relinquere suis spuriis, siue ex testamento, siue ab intestato, nec ex aliquo contractu inter viuos directè, vel indirectè aliquid donare. Quod probatur ex *Authent. licet, C. de naturalibus liber.* ibi: *qui ex damnato sunt coitu, omni prorsus beneficio secludantur.* vbi nota verbum, *omni prorsus beneficio*: Vnde constat non solum patribus esse prohibitum relinquere iure hæreditario spuriis ex testamento sua bona; sed etiam per donationem, seu contractum patribus esse interdictum illis aliquid largiri præter alimenta. Imò & id clariùs habetur in *Nouella 74. cap. 6.* ibi: *nulla eis participanda clementia est, eis sit supplicium etiam hoc patrum, vt cognoscant eos nihil habituros*: quæ vltima verba absolutè, & simpliciter sunt accipienda absque vlla, vel distinctione, vel declaratione præter alimẽta illis debita. Item *l. 10. tit. 13. part. 6.* vbi exprimitur, nec per donationem, nec per contractum inter viuos, posse spurium quicquam capere à patre. Cuius sententiæ sunt Couar. *supra c. 5. 5. n. 3.* Molin. *d. disp. 167. conclus. 3.* Less. *d. dub. 6. n. 58.* Salon. *de Iust. q. 5. art. 5. concl. 1.* Gomes. *in l. 10. Tauri n. 33. vers. item etiam in nostra materia*, vbi tenet non posse patrem suo spurio donare titulo lucratiuo Ratio, quia cùm nequeat illi dare per vltimam voluntatem, quæ est causa lucratiua, similiter non potest per modum contractus lucratiui: ne quod per vnam viã interdicitur, per aliam concedatur: quam resolutionem probat text. *in l. 1. C. de natur. liber.* vbi dicitur viros in dignitate positos, si suis spuriis titulo donationis aliquid dedant, frustra hoc agere, cùm nec per se, neque per alios ipsis possint donare.

Quod etiam accipiendum est de quocunque viro, licet non sit in dignitate positus, cum spurius sit incapax: & ita hoc tradunt Azo. *in sum. illius tituli in d. l. 1. C. de natur. liber. n. 6.* & ibi Bart. & Salic. & alij communiter, Molin. *de primog. lib. 2. cap. 11. num. 27.* vbi ait, spurium esse incapacem successionis paternæ, siue ex donatione siue ex vltima voluntate, siue ex primogenio, vel quacunque alia dispositione, per *Authent quibus mod. natur. efficiant sui, §. final. collat. 7. & in Authent. ex complexu*, ibi: *Omnis paternæ successionis indignus, C. de incest. nuptiis.* Quæ leges cũ sint præceptiuæ, reddũt omnino spurios

spurios inhabiles ad capienda bona paterna, siue per testamentum, siue per aliam viam quamcunque lucratiuam, præter necessaria ad vitam; & obligant in vtroq; foro, vt volunt omnes nostræ sententiæ sectatores: sequitur Azor. *p. 2. lib. 2. c. 10. §. tertio quæritur.*

Dictum est, per viam lucratiuam, quia cessante fraude, & dolo, potest pater transferre bona sua in suum spurium per contractum onerosum emptionis, & similium: quia tunc capit spurius iure suo ex proprio contractu, sicut potest capere extraneus, si pater recepit pretium a filio pro bonis suis sine vlla fictione. sic Glos. Ordin. *in l. qui testam. de probat. in glos. 2.* & *ibi* Bart. & Bald. proinde si verè recepit pater pretium, valet contractus: Bald. *in l. si quis ex bonis ff. de vulgar. & pupill. prope fin.* & Speculat. *tit. de success. ab intest. vers. quod si inter se vendere velint, num. 54.*

Non tamen satis erit confiteri patrem se recepisse pretium, quia talis confessio præsumitur ficta; sed requiritur, quòd de hoc constet, & verè probetur. Neç refert text. *in l. 1. C. de natur. liber.* vbi dicitur talem contractum onerosum inter patrem, & filium spurium non valere: Quia textus loquitur, quando talis emptio est ficta; ita Bald. *ibi col. fin.* Gomez. *in d. l. 10. Tauri n. 35. vers. quia respondeo*: vel debet intelligi, quando pater pro filio, vel nomine illius emit ab extraneo per se, vel per alium; quia tunc non valet emptio in vtilitatem filij, & in fraudem legis, Cynus *ibi, in 2. notabili.*

149 Cæterùm si duo habeant filios spurios, & alter instituat filium spurium vnius, & alter spurium alterius, dicendo: Instituo tuum filium, aut do illi centum aureos: tu verò institue meum, aut da illi totidem aureos? Dicendum est has mutuas commutationes, seu institutiones esse nullas, quoniam sunt in fraudem legis, & dantur in pretium, seu quasi pretium illorum bonorum, ita Molin. *d. disp. 169. §. dubium est*: nec possunt bona illa retineri, sed sunt reddenda hæredibus legitimis contrahentium, siue ex testamento, siue ab intestato succedatur.

Quòd si pater dicat, vendo tibi hoc prædium ea conditione, vt pretium reddas spurio meo, etiam est nulla venditio, neque licita est pacti: vnde ante sententiam tenetur spurius restituere: & à fortiori, si pater donet bona aliqua Titio sub conditione, vt ea tradat suo spurio, quia donatio non tenet, nec Titius retinere potest, sed tenetur reddere hæredibus donatoris: Graffis *lib. 2. decis. cap. 11. n. 50. vers. si vero Clericus.*

150 Ex quo sequitur, si Petrus Clericus, & Paulus Clericus permutent beneficia in fauorem suorum filiorum sub eo pacto, dicendum est, nihil fecisse, neque spurios quicquam acquisiuisse, Flamin. *de resignat. lib. 14. q. 7. num. 63.* Nauar. *de spoliis Clericorum §. vlt. n. 6.* vbi vult has institutiones secundùm se esse validas, sed nullas ex Bulla Pij V. quam refert *num. 6.* Molin. tamen loquendo *d. disput. 169. §. dicendum*, absolutè ait esse omninò nullas, seclusa etiam constitutione Pontificia, & ideò spurios teneri restituere sic accepta, cùm fiat hoc contra legem, & quia spurius non potest bona paterna accipere, ita nec bona subrogata, Bart. in *l. si is qui, ff. de vulgar. & pupill.* & Caldas Pereira *de nominat. q. 19. n. 24.* Proinde spurij instituti ante sententiam debent restituere, vel dantibus, vel eorum hæredibus, priusquam fisco adiudicentur: sic Molin. *citatus suprà*, vbi addit Bullam Pij V. non fuisse receptam in Lusitania, neque in Hispania, vt suspicio fert.

151 Porro si pater instituat suum spurium ea intentione, vt post mortem bona illa restituat fratri legitimo; Glos. *in l. eam quam, C. de fideicommiss.* affirmat hoc fieri posse: quia spurius non capit suo nomine, sed iure fratris; atque ita non sumit sibi, sed fratri hæreditatem: sequitur Paleotus *lib. de nothis, & spuriis cap. 45.* Contrarium est verius, quia spurius non potest quicquam à patre capere, etiam cum onere transferendi in fratrem: ita Imol. *in l. si quis solidum, ff. de hæred. instit.* Quod potest limitari, si dicas omnia bona relicta esse necessaria ad alimenta spurio: tunc in foro conscientiæ poterit hæreditatem in vita sua retinere, illaque frui, & post mortem tradere fratri suo.

Quæritur etiam an spurius possit obtinere Emphyteusim permissam spuriis per formam concessionis, si empta fuit à patre, & relicta à patre filio pupillo, cui pater pupillariter substituit spurium? 152
Videtur quod sic, ex doctrina superiori, secundùm quam substitutus pupillariter succedit fratri, & ab illo accipit bona; non verò succedit patri, nec ab illo capit quicquam, sed à pupillo defuncto: secundùm Glos. *verbo, participium §. final. in Authent. quibus modis naturales efficiantur sui, col. 7.* Alex. *in d. l. si is qui, ff. de vulgar. n. 4.* Gomez *in l. 9. Tauri, n. 10.* Pinel. *in l. 3. C. de bonis maternis, n. 21.* Et quamuis hæc sententia non sit improbabilis; verius tamen est spurium pupillariter substitutum non posse accipere omnia bona pupilli; sed ea tantùm, quæ non procedunt ex patris bonis, ne videatur per circuitum, & per indirectum spurius patri succedere: vt probat Iurisconsultus in *l. 6 ff. de vulgar.* ibi: *quæ patris fuerant*: & notant Scribentes in hoc casu posse aliquem pro parte testatum decedere: eò quia fit separatio bonorum inter bona pupillaria, & paterna: vbi paterna ad hæredes succedentes pupillo ab intestato veniunt, ad substitutum verò pupillarem, quamuis sit spurius, bona pupilli veniunt; vt post Alexand. in *d. l. si is qui. 6. ff. de vulgar.* sequitur tanquam verius Cald. Pereira *de potestate eligendi, cap 15. n. 13.* Iason in *l. 2. n. 9. C. de hæred. instit. & in d. l. 6. de vulgari.* Decius *cons. 312.* atque ita spurius habebit bona pupilli fratris defuncti, quæ aliunde prouenerunt, quàm à patre: & secundùm hanc sententiam, quæ est verior, tenebitur spurius Emphyteusim spuriis concessam, si empta fuit à patre, dimittere; cùm illam pupillus obtinuerit à patre, non verò a Domino: & sicut spurius pupillariter substitutus, nequit, iuxta hanc solutionem, pretium prouenient ex bonis patris accipere, per text. in *d. l. 6. si is qui, ff. de vulgari*: sic etiam nec Emphyteusim à patre poterit sibi acquirere, cùm pretij loco Emphyteusis subrogetur. Ratio, quia emphyteusis empta à patre, & nominatus ab eo illam capit, non verò à Domino, vt Bald. in *l. 1. C. per quas personas nobis acquiratur*, vbi dicit hanc Emphyteusim posse à patre alienari in præiudicium filiorum, cùm ab illo realiter pendeat, & accipiens ab eo accipiat, non autem à Domino, Gozadin. *cons. 73. n. 14.* & Cald. *de potestate eligendi, d. cap. 15. n. 14.*

Circa modum præstandi alimenta spurio, duplex est quæstio: Prima docet esse præstanda non secundùm facultates, ac dignitatem, sed secundùm indigentiam filij spurij, attento iure naturali; non autem attenta patris, ac filij qualitate: Bald. in *l. si maritus, ff. solut. matrim.* Lara *in l. si quis à liber. § idem rescripsit, n. 48. ff. de liber. agnosc.* & Palat. *Rub. in cap. per vestras, de donat. inter virum & vxorem. not. 3. §. 14. n. 3.* Ratio, quia quando alimenta debentur miserationis causa, non præstantur iuxta dignitatem personæ, sed iuxta necessitatem: ita Barbos. in *l. 1. p. 4. n. 65. vers. Sed prima opinio, ff. soluto matrim.* P. Rebellus *de obligat. iust. p. 2 lib. 5. q. 8. n. 4. & 7.* Gama *decis. 201. ad finem*, & latiùs *225. & 343. num. 4.* dicens pro hac parte fuisse iudicatum in Senatu Lusitano: quoniam spuriis debentur alimenta 153

iore naturali, & illud obligat ad alimenta solom necessaria ad vitam tuendam: nam natura ipsa pancis contenta est, *cap. pasce dist* 86. nec ius ciuile fauet: imo spuriis negat alimenta, *Authent. ex complexu C. de incestis nuptiis, cap. per venerabilem, qui filij sint legitimi:* ergo spuriis debentur necessaria secnndùm indigentiam, & oon secundùm nobilitatem personæ.

Secnoda opinio vult alimenta deberi secundùm qualitatem personæ, per *l. sed si quid, §. sufficienter, ff. de vsufructu*, Alex. *in l. si maritus, num. 5. ff. solut. matrim* Surd. *de alimentis titulo 4. q. 18. n. 51.* Baeça *de non meliorandis filiabus ratione dotis, cap. 8. ex n. 30.* & ex pluribus probat Tellius in *l. 10. Tauri, n. 2.* & esse receptum meminit Molin. *de primog. lib. 2. cap. 15. n. 55.* Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 8. § 6. n. 8.* Gomez. *in l. 10. Tauri n. 4.* quæ sententia ex benignitate ioris Canonici profecta est, teste Molin. *vbi proximè:* atque ita non satisfit æquitati Canonicæ, nisi præstentur alimenta secondùm facultates, ac dignitatem: sequitur Vincent. de Franch. *decis. 283. à n. 18.* Matienso *glos. 1. num. 10. l. 8. tit. 8. lib. 5. noua recopil.* & Bona-Coz. *in tract. de æquitate canonica, concl. 2.* vbi addit taxanda esse alimenta arbitrio iudicis, non tamen in ea quantitate secundùm quam taxaotur filiis legitimis, Molin. *supra.*

Vtraque opinio est satis probabilis, sed hæc posterior magis placet, per text. *in d. cap. cum haberet, de eo qui duxit. ad finem,* dum tradit alimenta deberi spuriis secundùm facnltates paternas. Qoare debet attendi ad diuitias, & ad conditionem patris: Bald. *cons. 258. ad finem, lib. 1.* vbi tenet alimenta præstanda, sicut miseratio, pietas, & nobilitas exposcunt: accedit Xuares *de natur. liber. num. 24.* Neque hæc decisio repugnat textui *capitis, cum haberet*, dum in constituendis alimentis respicit facultates paternas: Quoniam ad illas esse attendendum, tradit Anton. Gabriel. *lib. 6. communium, tit. de alimentis, conclus. 1. num. 25.* & Vincent. de Franch. *decis. 283. n. 18. in 2. p.* secondùm quam interpretationem ad textum in *d. cap. cum haberet*, respondet in constituendis alimentis necessariis considerandas esse diuitias patris; quia si pauper est pater, more pauperis alimenta tenetur præstare; secùs si diues sit.

Nec hæc expositio repugnat eidem textoi, sed est illi concors, nempe qnatenns eins suppetunt facultates, hoc est quantùm pater facere potest. Idem docet Abbas in *d. cap. cum haberet, n. 10.* & deducitur ex *cap. nullum, 1. q. 5.* ibi: *secundum possibilitatem*, Anton. Gabriel. *in tract. de alimentis, conclus. 1. n. 33.* & probat *l. 8. tit. 13. part. 6.*

Non tamen ex hoc infertur non esse præstanda alimenta secundùm dignitatem personarum, quamuis sint præstanda secundùm quod suppetunt facultates: ratio, quia ex eo quòd debentur secundùm mensuram facultatum, si illæ suppetunt, debent præstari secondùm dignitatem etiam ipsius, cui præstantur: *l. sed & si quid, §. sufficienter, ff. de vsufructu*, ibi: *secundum ordinem, & dignitatem mancipiorum.* Vnde apparet esse præstanda spuriis secundùm nobilitatem, ita Glos. *verbo, dignitatem, in l. nepos proculo, ff. de verbor. significat.* Ioan. Baptista in *l. si qua illustris, n. 29. C. ad Orfician.* Gomez. *in d. l. 9. Tauri à n. 37. & sequent.* & Nicolaus de Vbald. *de success. intest. p. 1. num. 47.* & Bald. sibi contrarius *in cons. 258.* vbi vult spurios esse alendos secundùm nobilitatem paternam: non tameo in ea æqualitate, & quātitate, quæ ministrari solent filiis legitimis; sed in minori, arbitrio boni viri: Cardosus *in praxi iudicū, verbo, alimenta, n. 27.*

§. V.

Quibus modis possint Spurij institui ab Ascendentibus, & acquirere eorum bona.

EPITOME.

154 *Spurius an sit institutus, si instituatur hæres ab vxore patris, cui pater reliquit bona sua sub conditione, vt relinquat cuicunque voluerit?*

155 *Spurius quomodo possit bona patris recipere, & in foro conscientia retinere?*

156 *Spurio emēte bona patris ab eo, cui pater vendidit, an fraudulēter intelligatur facta fuisse venditio?*

157 *Filius an succedat parentibus inter quos erat impedimentum dirimens, ignoratum tamen?*

158 *Filius susceptus ex patre, & matre inter quos erat impedimentum cognitum à patre ante matrimonium, an succedat patri, & pater eidem?*

159 *An filius cēseatur legitimus facto diuortio propter impedimentum, succedátque patri, & pater illi?*

160 *Spurius legitimatus potest institui à patre, sobole legitima non extante.*

161 *Spurius an sit legitimatus, succedátque parentibus inter quos erat impedimentū iure ciuili inductū.*

162 *Spurij sicut non succedunt patri, sic etiam non admittuntur ad tutelas, quæ competūt consanguineis.*

163 *Spurij sicut non succedunt patri, sic non possunt succedere in beneficio.*

164 *Spurius legitimatus non excludit substitutum succedentem virtute fideicommissi.*

165 *Spurius non excludit substitutum nisi fœmine sit facta substitutio.*

166 *Spurius an susceptus ex damnato coitu admittatur ad substitutionem, quando filij spurij deficientibus legitimis substituuntur? Et quid de filiis naturalibus, quādo filij veri vocātur? ibid.*

IN primis discuti potest, an si maritus instituat vxorem cum facultate reddēdi hæreditatem cuicūque voluerit, & ipsa scribat in testamento hæredem filium mariti spurium, an filius possit obtinere hæreditatem? Pars negaos ex eo probatur, quia prohibitū est patri per interpositam personam aliqoid spuriis donare: text. *in l. 1. C. de nat. liber. & in l. si quis incestū, in principio, C. de incestis nuptiis.* Igitur hæc institutio videtur facta in fraudem legis, vt notarut *in d. l. 1. & 3. C. de nat. liber.* Bart. *in l. si is qui 6. de vulgar. substitution.* Ioan Lupus *in rubric. de donat. §. 30. n. 14.* ex eo qnia, quod negatur vno modo, alio modo non indulgetur, quando vtrumque ad eundem finem rēdit, *cap. cum quid vna via, de regul. iur. lib. 6.* Alij hoc limitant nempe præsumi fraudem, quando in continenti vxor scribit hæredem spurium postquam adiit hæreditatem, quia tunc ab ea celeritate præsumitur fraus; & censetur pater per interpositam personam scripsisse filium hæredem. Ideo talis institutio vitiatur quasi facta in fraudem legis: ita Ruin. *in cons. 125. num. 1. lib. 1.* 154

Dicendum tamen est, si institutio facta fuit post longum tempus, seu tempus non breue arbitrio boni viri, validam esse; nisi aliunde constet ipsam fuisse factam in fraudem legis: Bart. *in l. Lucius, §. in testamento. n. 2. de legat. 1.* Bald. *cons. 75. n. 1. lib. 2. vers. sed contra hoc valde facit:* & in dubio tenendū est, vt actus valeat potiùs, quàm pereat: *cap. Abbate, de verbor. significat. & l. quoties, de rebus dubiis.* Nomine breuis tēporis, vt inducatur fraudis præsūptio, intelligi potest spatium vnius diei, vel ad summum duorum.

Ve

Vt autem actus dicatur fieri incontinenti, oportet quòd fiat à contrahentibus post completum primum actum, antequam diuertant ad actus extraneos, quamuis semper sit habenda ratio qualitatis rei gestæ, & gerendæ. Vnde non dicitur factum incontinenti, quod gestum fuit postquam ad actus extraneos contrahentes se contulerunt: *l. continuus, in principio, de verbor. obligat.* Alexand. *in l. si cum dotem, §. vltimo, ff. solut. matrim. & cons. 54. n. 14. lib. 7.* Quare in nostro casu Spurius potest retinere hæreditatem sibi relictam ab vxore patris, tanquam ab extraneo, à quo potest sibi acquirere, cum relicta fuerit, & donata post tempus non breue. Imo & à fratre potest accipere Spurius, vt Bart. in *l. quod creditores, n. 1. ff. de donat. causa mortis.*

Diximus, nisi aliunde constet institutionem, seu donationem esse factam in fraudem legis: quia tunc est irrita in totum talis institutio, seu donatio: *l. si libertus, in principio, & ibi Bart. ff. de iure patron.* Sicut quando pater assignat dotem spuriæ, traditque illam genero, donatio est irrita. Constante tamen matrimonio seu durante, non poterit auferri à marito: ita Bart. in *l. vlt. §. si à socero, ff. quæ in fraud. credit.* Alex. *d. cons. 54. num. 12. lib. 7.* Bald. *in Authent. ex complexu, n. 1. C. de incestis nuptiis.* Ratio, quia licèt dos spuriæ veniat ex titulo lucroso, maritus tamen accipit dotem ex contractu oneroso: ideo ad sustinenda onera matrimonij potest dotem retinere, donec per sententiam auferatur, nisi dos succedat loco alimentorum. Quia illa non negantur spuriæ, vt est communis, ex Bart. *l. vlt. n. 7. ff. de his quibus vt indignis.*

Nec refert si vxor det filio prædium, cuius maritus nihil habet quoad proprietatem, nec quoad vsumfructum: quia cùm filius sit in potestate patris, censetur facta donatio in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, & consequenter facta ipsi marito; quod prohibetur in *l. 1. & seqq. ff. de donat. inter virum & vxorem, & in l. cum hic status, ff. eodem.* Ergo non valet donatio ita facta filio, quamuis illi non prohibeatur donare; sed respectu patris, ne vsumfructum sibi acquirat ex persona filij. Valeret tamen donatio, & quoad proprietatem, & quoad vsumfructum, si ea conditione fiat filio, vt pater nihil ex ea acquirat; iuxta *Authent. excipitur. C. de bonis quæ liberis.*

Inter hæc, alij, quibus accedo, tradunt donationem hanc sustineri in totum, quamuis fiat hac conditione, ne patri ex ea quicquam quæratur: per text. *in cap. 1. § si verò violator, tit. de pace tenenda.* Quia quando pater est incapax bonorum, quæ filio conceduntur, licèt ex se possit habere vsumfructum in bonis filij; *l. quæcunque, & l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis*: tamen ex bonis filij descendentibus ex Auo, qui est pater illius, ali non debet: quia cùm sit spurius non potest capere per interpositam personam à patre. Quod patet exemplo nepotis ex filio spurio ab Auo instituti, in quo casu vsusfructus bonorum nepotis non quæritur patri ipsius nepotis: ita Bald. *per text. in Authent. bona damnat. col. 2. vers. hic quæro, dicis statutum, C. de bonis proscript.* & Socio. *cons. 124.* Viso statuto inclytæ Ciuitatis, *col. 3. vers. confirmatur ista opinio, lib. 3.* Quod procedit quamuis Auus instituat nepotem ex spurio sine conditione vlla: nihilominus nihil adhuc pater spurius obtinebit: ita Bart. *in l. Gallus, §. qui si is, in fine, & ibi* Alex. *col. 4.* Bald. *cons. 388.* Respondendo ad dubia, *col. 2. lib. 5.* & Paul. de Castro *cons. 467.* Viso dicto puncto, *col. penult. vers. ad aliqua, lib. 2.*

Ergo in casu proposito absolutè dicendum est, donationem factam à matre filio simpliciter esse validam, neque in ea patrem posse habere vsumfructum, etiamsi non apponatur clausula, Ne quæratur patri vsusfructus; vt post alios tradit Azo, *in summa C. de donat. inter virum & vxorem, col. 1. vers. item, & quæ contingunt.* Bald. & Cynus inclinant in *d. l. si constante C. de donat. inter virum & vxorem*, & expressè affirmat Aretinus in *d. l. si constante*: quod etiam probatur ex traditis à Bald. *in cap. 1. §. hoc quoque, col. 3. vers. accedit, tit. de success. feudi* referente, ibi: Si pater vasallus feudum distraxerit, & ad manus filij deuenerit, non posse patrem ratione filij acquirere vsumfructum huius feudi.

Non longè abest quæstiuncula, quibus modis 155
poterit spurius acquirere bona patris, maximè per vltimam voluntatem? Responderet, si fortè spurius contrahat societatem omnium bonorum, etiam futurorum cum altero, tunc si pater spurij, prole legitima non extante, & careat ascendentibus, posse instituere socium filij spurij, & hoc modo hæreditas socio acquisita communicabitur cum spurio: ita Bart. in *l. si is qui duos, de liber. legat. num. 6.* & Bald. *ibi, vers. quid si socij*, Din. *ibi* prius dixit, dummodò non appareat per aliquas coniecturas factum fuisse in fraudem legis. Ratio huius consilij, quia dum contrahitur societas omnium vniuersim bonorum; quæcunque acquiruntur, siue ex negotiatione, siue ex testamento, siue ex quocunque alio modo tam lucroso, quàm oneroso; omnia communia efficiuntur, veniuntque diuidenda inter socios, extincta societate, secundùm portiones à principio constitutas: vt habetur in *l. societatem vniuersorum, ff. pro socio, & Instit. de societate, in principio*, sequitùrque Gomez. *2. variar. cap. 5. num. 2. & 3.* Modò id exprimatur, dum contrahitur societas: ita Molin. *tract. 2. disp. 412. in principio.* Quod si appareat id fuisse factum in fraudem legis, potest filio auferri sua portio, cùm sit incapax: ex *Authent. ex complexu, C. de incestis nuptiis, & ex l. 1. C. de natur. liber.* Bart. in *l. vlt. num. 3. ff. de his quibus vt indignis*, Couar. *in 4. 2. p. cap. 8. §. 5. n. 3.* & alij.

In dubio tamen, an sit facta institutio in fraudem legis; probabile puto posse retinere spurium in foro conscientiæ portionem sibi aduenientem ex bonis patris, ratione societatis omnium bonorum initæ; donec per sententiam portione priuetur. Probatur, quia leges prohibentes filium spurium accipere per donationem, vel testamentum, ex bonis patris, sunt pœnales; & non videntur obligare in conscientia, nec impediunt translationem dominij ipso facto: ergo actus ipse sustinetur, donec rescindatur per sententiam: quæ opinio videtur esse D. Thomæ *2. 2. q. 62. art. 3.* & Caiet. *ibi*, Medinæ *C. de rebus restituendis quæst. 1.* idem Caiet. *in sum. verbo, Pœna*, & Syluest. *verbo Assassinus num. 4. vers. quinto verùm*, vbi ait pœnam impositam ipso iure esse intelligendam, donec sequatur sententia: alias pœnam non sortiri effectum, & executionem: Alexand. de Imol. *in l. si quis maior, C. de transactionibus*, cùm reus nequeat temperare pœnam, cùm non sit Iudex in causa propria, nec tenetur executioni mandare, quod dispositum est à lege ipso facto, nec tenetur de se ipso vindictam sumere. Item quia, quando in aliquo contractu deficiunt solemnitates Iuris ciuilis, & adsunt, quæ requiruntur à iure naturali, talis contractus est validus in foro conscientiæ: Nauar. *in commentario de spol. Clericor. §. 2. num. 6. & in commentario alienat. de rebus Ecclesiasticis, annot. 12.* dicens, alienationem rei Ecclesiasticæ non seruata forma iuris humani positiui valere, quoad forum conscientiæ, dummodò seruetur forma necessaria de iure naturali: sequitur Rodriguez *tom. 1. regular. quæst. 27.* ideò potest spurius retinere bona patris, donec adueniat sententia; quia non impeditur

translatio dominij bonorum, ita omninò, vt desinat esse valida in conscientia ; & de facto sustineatur : fauet Panorm. *in cap. quia plerique, de immunitate Ecclesiarum*, Anton. de Butri. & Felin. quos refert Couar. *in cap. cum esses de testamentis*. quia leges ciuiles impedientes, seu irritantes contractum ex defectu solennitatis, non obligant ad restitutionem rei acceptæ per contractum in foro conscientiæ : ergo nec leges irritantes testamentum ex defectu spurij, obligabunt in conscientia ad restituendam hæreditatem cùm de iure naturæ, & gentiũ quicunque filius possit accipere bona sui patris: ergo tanquam probabile potest spurius sibi retinere quæ à parentibus accepit : ita Sa *verbo, hæreditas, n.11. & verbo, filius, n.30.* Henriquez *lib.11. de matrim. cap.19. dub.6. num.66.* donec per iudicem priuetur.

Oppositum non solùm est probabilius, sed certum; spurium scilicet in foro conscientiæ, non posse accipere, nec retinere hæreditatem patris : cùm à lege humana iustissima fiat incapax ipso iure paternæ hæreditatis: quæ lex habet vim in foro conscientiæ; ita Couar. in *regul. peccatum, 2.p. §.8. num.6.* Graffis *lib.2. decis.c.11. num.47.* Salon. 2.2. *in commentario de iust. & iur. quæst.5. art.5 conclus.1.* & alij communiter, vt constat ex dictis *§. præcedentis*. Nec obstant leges esse pœnales: Quia esto sint pœnales, sunt etiam pariter præceptiuæ, redduntque spurios omninò inhabiles ad bona paterna percipienda, exceptis alimentis, ideo obligat in vtroque foro. Quod probatur ex illo axiomate asserente forum conscientiæ, & externum, idem colere, & seruare, vbi forus externus non innititur falsæ præsumptioni, neque condemnat in pœnam, quæ iudicis sententiam exposcit; vt bene notat Couar. *cap. cum esses, num.7. de testam.* Ledesm. *2.4. quæst.18. art.1. dubio 12. fol.227. col.2 in principio*, & Sotus *lib.4. de iust. q.5. art.3. vers. quarto arguitur* : sed spurius cogitur in foro externo dimittere bona paterna, si cõstet fuisse donata, seu relicta à patre traditaque hæredi ipsius patris tanquam vero Domino : ergo sequitur spurium non esse verum Dominum, neque in ipsum fuisse trãslatum dominium. Quapropter vt res tutè fieri possit, paterque relinquat bona sua filio spurio; tutissimum remedium est instituere illum hæredem sub conditione, si à Principe legitimetur; tunc obtenta legitimatione, etiam post mortem patris, potest possidere patris hæreditatem, cum institui possit de iure inhabilis, in tempus quo fuerit habilis : per text. *in l. in tempus, ff. de hæred. instit. l. sicut*, & *ibi* Glossa *in principio, ff. quibus modis vsusfruct. amitt.* Iason in *l. filius famil. num.5. ff. de testam.* quam opinionem sequuntur tanquam communem, Spino *in suo speculo Glos.16. de filio spurio num.137. vers. bene tamen*, & Scribentes *in Authent. item sine C. de natural. liber.* dicentes, spurium posse post mortem patris procurare, & impetrare legitimationem de mandato Patris, etiam non citatis agnatis, ad quos bona patris defuncti ab intestato deferuntur : quod etiam docet Bald. *in l. rescripta, C. de precibus Imperatori offerendis*, Costa *in §. & quid si tantum, 2.p. num.172.* Azor. *p.2. lib.2 cap.10. quæst.8.* Tu'ch. *tom.7. litera S. conclus.417. num.48.* Ceuallos *quæst.475.* idem Spino rursus *d. Glos.16. num.124.* quam partem etiam tuetur Gregor. Lopez *l.19. verbo, herederos, tit.3. p.6.* eámque extendit Decius ad filium susceptum ex incestuoso congressu : accedit Gomes. *l.9. Tauri, n.18.* quidquid sibi contrarius teneat Bald. in *l. eam quam C. de fideicomiss.* & Guillel. *in cap. Raynu. verbo, reliquit, num.5. de testam.* minus tamen bene; quia contraria sententia est verior, relicta hæreditate filio spurio sub cõditione, si legitimabitur: quæ institutio est valida; ita Peregrin. *de iure fisci lib.8. tit.18. n.88.* sequitur Cardos. *verbo filius spurius, num.32.* multis *ibi* citatis.

His adde dubium, de quo Azor. *p.2. lib.2. cap.11. vers. quarto quæritur*, an possit pater relinquere suo spurio bona sua ad remunerandum obsequia, ac merita filij? Pars affirmans ex eo probatur, quia Clericus non potest donare concubinæ, vt notat Bart. *in l. affectiones ff. de donat.* Attamen propter merita, & obsequia bene potest, vt Anchar. *cons.247. Dubium facit* : sicut miles non potest donare concubinæ per *l. secundam C. de donat. inter vir. & vxor.* Nihilominus potest remunerandi gratia, teste Bald. *cons.262. col.1. lib.1.* Imò & Prælatus prohibitus alienare res Ecclesiæ, pro remunerandis beneficijs collatis Ecclesiæ, non interdicitur illi alienare, saltem bona mobilia, vt constat ex *l. iubemus nulli, §. scientes, ibi : ad vicissitudinem beneficij*, & *ibi* Bart. *de donat.* & colligitur ex *cap. quicunque suffragio*, & tradit Glossa *ibi, 12. quæst.2.* & Panor. *in cap. per tuas, de donat.* ergo quamuis patri prohibitus sit donare spurio, seu relinquere, poterit tamẽ propter merita aliquid vltra alimenta concedere.

Pars negans magis placet, nisi merita sint adeo nota, vt excedant omne debitum, & seruitium filiorum in patrem: ratio, quia omne, quod filij conferunt patri, magis procedit ex officio, & pietate debita parentibus, quam ex liberalitate: Ergo hæc merita, & obsequia in patrem non merentur remunerationem, cum non excedant debitam parentibus pietatem, Aristotel. *lib.9. Ethicor. cap.1.* dicens parem gratiam, nec Deo, neque parentibus posse referri. Ergo si à filijs vltra debitum officium non impendatur parentibus cum notabili excessu aliquid, non meretur præmium. Vnde patri relinquenti, seu largienti hæreditatem, non est credendum, nisi merita, & obsequia sint notoria, & luce Solis clariora, teste Ruino *cons.124. vol.1.* quia in dubio, id, quod relinquitur spurio, potiùs censetur relictum, vt filio, quam ob merita, & videtur esse de mente Baldi in *l. si quis filiabus, ff. de testamentar. tutela*.

Sequitur dubium, an spurius possit emere bona 156
patris ab emptore, cui pater vendidit: videtur non posse: maximè si appareat simulata emptio in fraudem legis, cùm spurius sit incapax bonorum, quæ veniunt ex patre. Probatur argumento tutoris ementis bona pupilli per interpositam personam, qui censetur mala fide emisse, licèt pretium sit iustum; imò non valet, si emat clam; vt constat *ex l. pupillus §. item ipse tutor. ff. de autoritat. tutor.* quod extendit Bart. quamuis tutor emat per interpositam personam.

Dicendum tamen est cessante omni fraude non esse prohibitum emere ab emptore patris, imo nec ab ipso patre; quoniam donatio inter virum & vxorem est prohibita *l.1. ff. de donat. inter vir. & vxor.* emptio autem inter illos non est prohibita *l. quod autem §. si maritus ff. de donat. inter vir. & vxor.* Iuuat Glossa in *l. qui testamentum, ff. de probat.* dum ait non esse interdictam emptionem inter patrem, & spurium suum, quia pretium re vera datum ab vxore marito, & ab spurio, patri, substituitur loco rei emptæ, & fit compensatio per *l. quod autem §. si maritus ff. de donat. inter vir. & vxor. & l. si & rem & pretium ff. de petit. hæred.*

Nec refert faciliùs præsumi fraudem in contractu, quàm in testamento per *l. ex hoc edicto §. alienare, ff. de alienat. iudicij mutandi causa facta*: ergo si in vltima voluntate præsumitur fraus contra legem, faciliùs præsumitur in contractu. Respondetur

tamen

tamen valde inter se differre hæc duo, quoniam etiam si non possit celebrari inter patrem, & filium lucrosus contractus; onerosus tamen potest: proinde spurius incapax ex testamento, potest esse capax ex contractu oneroso, exclusa omni fraude, ac simulatione, vt habetur in *l. seruum meum, in principio, ff. de hæred. instit.* vnde si non probetur fraus interposita, spurius ab extraneo emere, & accipere potest prædicta bona, vt colligitur ex *l. si is qui ex bonis, ff. de vulgar. substit.* Crauet. *cons.* 850. Sufficientes tamen coniecturæ fraudis interpositæ possunt esse, si celebretur contractus emptionis cum tertio circa bona patris, & non numeretur pecunia; sed tantùm fateatur emptor se iam recepisse pretium: ita Imol. in *d. l. si is qui ex bonis, num. 3. vers. & maximè videretur,* & Iason. *ibi num.* 11. Item si pater vendat extraneo, cum quo incontinenti spurius agat de venditione *argumento leg. si ventri, §. vlt. ff. de priuil. cred.* & Bart. in *l. 2. C. de repudiand. hæred.* idem coniecturatur ex *l. omnes, §. Lucius, ff. de iis qui in fraud. cred.*

157 Sequitur difficilis quæstio, an filius susceptus ex solutis, inter quos est impedimentum dirimens omnino ignoratum, succedat parentibus? Molin. *tom. 1 tract. 2. disp. 167. §. illud præterea,* tradit absolutè, quando fœmina, quæ filium spurium genuit excusatur à culpa, vel quia fuit vi oppressa, vel quia inuincibiliter ignorauit illum fuisse virum suum, cum quo habuit rem, vel aliqua alia ratione, prolem sic susceptam matri succedere cum cæteris filiis legitimis; eò quia negare filios ita genitos posse matri succedere, est in pœnam delicti parentum: proinde si excusantur parentes à culpa, pœna debet cessare, Less. *lib. 2. de iustit. cap. 19. de testam. dubio 6. num.* 57. dicens esse naturales, qui nati sunt ex parentibus, qui possunt contrahere: sicut sunt naturales qui nascũtur ex beneficiato in minoribus, & ex soluta, aut ex habentibus votum simplex castitatis: aut ex parentibus inter quos est impedimentum, saltem alteri eorum omninò ignoratum, quia formaliter copula illa non transit à simplici fornicatione.

Confert Glossa in *cap. tanta, qui filij sint legitimi, vers. aliam,* vbi dicitur natum ex coniugato, & soluta nesciente omninò coniugatum esse, per subsequens matrimonium fieri legitimum. Ex quo infert Couar. *2. p. Epitome cap. 8. §. 2. à num.* 16. sicut ignorantia alterius in concubinatu reddit prolem naturalem: sic etiam in matrimonio reddere legitimam. Quocirca cùm hæc copula habita à consanguineis ignorantibus, non sit formaliter nisi simplex fornicatio, non habet pœnam incestus: quia ignorantia excusans à culpa, excusat etiam à pœna, Sanch. *lib. 9. de matrim. disp.* 32. *num.* 23. post D. Thom. 1. 2. *q.* 76. *art.* 3. quatenus ait occidentem patrem sibi ignoratum excusari à pœnis parricidij: sequitur Vasq. 1. 2. *disp.* 126. *num.* 9 & 10. Ergo impedimentum omnino ignoratum non excusans à culpa, à pœna tamen excusat; quare natus est naturalis, non verò spurius, quia esse illegitimum est pœnale: proinde nisi sit expressum in iure, non est censendus spurius: præsertim, quia culpa parentum non debet nocere filiis, nisi in casibus à iure expressis, *C. ne filius pro patre.* nec *cap. literas, de filiis presbyter.* id statuit: odia enim restringi, fauores ampliari conuenit, *de regul. iuris in 6.*

Suffragatur non incidere in excommunicationem, qui occidit virum, quem inuincibiliter ignorabat esse Clericum: excommunicatio enim incurritur ob sacrilegam percussionem Clerici, *cap. si quis suadente,* 17. *q.* 4. Sayro *in claui lib. 2. cap. 9. num.* 24. Valent. *tom. 2. disp. 6. q. 6. puncto* 1. *Corol.* 9. Henriquez *lib. 13. cap. 23. §. 1. littera P.* Couar. *cap. alma mater, p. 1. §. 10. n. 13. & 16. de senten. excõmun. lib. 6.*

Dicendum tamen est filium susceptum ex parentibus, qui non poterant validè contrahere propter impedimentum, etiam ignoratum ab illis, spurium esse; nec posse succedere patri, nec matri, de iure Lusitano *lib. 4. tit. 93.* ibi: *nacido de coitu damnado, ou punivel, aque o pay, ou may, non pódem succeder.* Et consequenter, nec ita genitus succedere potest patri, nec matri; cùm sit susceptus ex coitu damnato, ac punibili in foro fori in quo spurius censetur. Probat etiam *d. l. Regia lib. 4. tit. 92. in principio,* vbi vult, filium esse naturalem, si suscipiatur ab his inter quos non est impedimentum dirimens: igitur eo dato erit spurius; & neque matri neq; patri succedet: Less. *lib. 2. c. 19. dubio 6. n.* 46. Molin. *d. disp.* 167 Spino *in speculo glosa 5. principal. de filiis legitimis, num.* 119. vbi ait non esse naturalem natum ex parentibus inter quos erat impedimentum dirimens quamuis esset ignoratum. In eadem opinione est Ioan. Andreas in *d. cap. tanta, qui filij sint legitimi,* quatenus vult filium natum ex coniugato, & soluta, ipsa omnino ignorante virum esse coniugatum, non fieri legitimum, secuto inter eos matrimonio valido, probat Socin. iun. *cons.* 31. *num.* 41. & 74. *vol.* 2. dicens filios susceptos ex incestu ignoranter commisso cum concubina, non fieri legitimos per subsequens matrimonium inter eorum parẽtes, adhuc durante ignorantia; ob quas rationes Couar. 2. *p. cap.* 8. §. 2. *num.* 17. *ad finem,* existimat hanc resolutionem facilius esse recipiendam.

Confirmatur ex Suario *de censur. disp.* 50. *sect.* 1. *num.* 5. dicente, quoties tempore conceptionis est impedimentum dirimens inter parentes, quamuis ab altero sit ignoratum, & in conscientia excusetur ab incestu, vel adulterio, esto non à simplici fornicatione, prolem inde natam non fieri postea legitimam per subsequens matrimonium sublato impedimento, ex *d. c. tanta,* quod tãquam indubitatum tradit Suar. quia text. *ibi* non ponit discrimen inter scientes, & ignorantes; nec limitat, quando ignoratur status parentum: quod fecisset, si voluisset limitare ad scientes, & excusare ignorantes. Ratio quia ignorãtia probabilis non aufert cuiquã eas conditiones ob quas pœnæ imponuntur non vt culpæ, sed vt quædam indecentiæ; cuius generis conditiones sunt bigamia, defectus natalium, defectus lenitatis in Ministro Iustitiæ, & aliæ similes. Item quia nulla ignorantia excusat vtentem rationis vsu à pœna iuris, quæ incurritur iusta de causa etiam absque peccato, ita Reginald. *p. 1. cap. 26. de quæstionibus, quæ mouentur circa obligationem legis pœnalis, num* 270. *resp.* 2. dicens, semper esse spurium, qui est spurius, quamuis inuincibiliter ignoret se esse talem, eo quòd vbi est causa sufficiens, ibi quoque est effectus illius. Concinit Castro *de lege pœnali, cap.* 14 Vnde colligitur esse probabilius, natum ex habentibus impedimentum inuincibiliter ignoratum, esse spuriũ nec posse patri, nec matri succedere; siquidem non poterat validè contrahere. Ita Valasq. à contrario sensu *cons.* 29. vbi vult si non possunt contrahere, non esse filium naturalem ex illis susceptum: ergo matri non succedit cùm sit spurius: sicut seruus est ille, qui nascitur ex soluto, & ancilla etiam omnino ignorata, nec ignorantia soluti reddit filiũ liberum ex ancilla natu, quia partus sequitur ventrem, *l. partum, C. de rei vendicat. § penult. Institut. de iure personarum, & cap. vnico. de natis ex libero ventre,* & est viu receptum: ergo filius ex habentibus impedimentum non obstante ignorantia erit spurius.

Nec

Nec obstat ignorantia quæ excusat à culpa, excusat simul à pœna à iure statuta propter culpam, vt Suar. *de legib. lib. 5. c. 12. n. 3.* & Castro *supra conclus. 2. princip.* Quoniam *ibi* respondet posse iustè puniri reum in foro externo, quando de veritate non potest constare pro culpa duntaxat præsumpta, iuxta *c. cum te, de sentent. & re iudicat.* Item nec refert filios in figura matrimonij natos esse legitimos, etiam si contingat matrimonium esse nullum ex occulto impedimento. Quia vt sint legitimi, satis est, quòd matrimonium sit contractum cum bona fide, & probabili ignorantia in facie Ecclesiæ secundùm formam Conc. Trident. *sess. 24. cap. 1.* ita Suar. *d. sect. 1. num. 6. ex cap. ex tenore, qui filij sint legitimi,* Anton. *3. p. tit. 29. cap. 4.* Couar. *supra cap. 8. §. 1.* si bona fides saltem in altero parente reperiatur, quod sufficit, vt filij sint legitimi cum publica existimatione matrimonij initi, atq; ita de iure Canonico censebitur is filius legitimus, quoad omnes effectus suscipiendi ordines, & beneficia, & quoad effectum succedendi, eo quòd ius absolutè iudicat legitimum sine vlla restrictione, Sayro *de censur. lib. 6. cap. 10. num. 31.*

Secùs dicendum de prole suscepta à consanguineis, ignorata consanguinitate ante matrimonium, quæ non erit legitima subsequuto postea matrimonio: ita Socin. *d. cons. 31.* Couar. *d. num. 17.* eò quia si bona fides sit tantùm in vno, illa proles non fit legitima per tale matrimonium putatiuum, non quia ad hoc minorem habeat vim, quàm matrimonium verum; sed quia nec per verum matrimonium ea legitimatio posset fieri, cùm præcedens conceptio in se fuerit incestuosa, & per ignorantiam duntaxat patris; vnius naturalis non potuit effici. Quinimò quando ante matrimonium contractum filius fuit conceptus à parentibus, qui ignorabant impedimentum consanguinitatis, etiam in hoc casu censet Suar. *sect. 1. num. 11. disp. 50.* verius esse non legitimari filium subsequuto matrimonio putatiuo, nec etiam vero, cùm culpa semper maneat incestuosa, quæ præcessit; quamuis propter ignorantiam non imputetur.

Ad rationes Molinæ, & aliorum dicentium quoties parentes excusantur à culpa, excusari à pœna delicti: Dicendũ est id procedere, quando constiterit incestum fuisse commissum, præmissâ diligentiâ ad illum præcauendum: quando autem nulla diligentia præcessit, sicut non excusatur a culpa, sic nec excusari à pœna non succedendi. Quare si proles concepta sit ex ignorantibus impedimentum, clam contrahentibus, proles censetur illegitima ob culpam parentum clam contrahentium, quæ alioqui ob bonam fidem iudicaretur legitima, *ex cap. ex tenore, qui filij sint legitimi*: sic in nostro casu proles dicetur illegitima, quia non fuit adhibita sufficiens diligentia: similiter censebitur illegitima si matrimonium celebrêtur, omissis publicis denuntiationibus, vt Scribentes in *cap. final. §. si quis vero, de clandest. despens.* Sanch. *lib. 9. de matrim. disp. 38. num. 1. & 8.*

Suar. tamen *tom. disp. 50. sect. 1. num. 10. vers. respondeo*, credit in foro externo denuntiationes omittere reddere suspectam illam ignorantiam, nec reputari inuincibilem: at verò si constet ex conscientia fuisse inuincibilem, & adhibitam sufficientem diligentiam, in foro conscientiæ iudicari prolem legitimam. Imo pro foro externo idem existimat, si de bona, & probabili fide a io modo sufficienter constiterit. Nihilominus in nostro casu quando proles mala fide, aut minus probabili fide fuit concepta, non præmissa diligentia ad cognoscendam veritatem, non est dubium, quòd sit illegitima. Quòd si dicatur diligentia congrua facta fuisse ad impedimentum sciendum, tunc in foro conscientiæ admitti potest opinio Molinæ, & Lessij *vbi supra*, & in eodem foro legitima censebitur, quoad successionem: irregularis vero quoad ordines, & beneficia, vt vult Sanch. post plures *d. lib. 8. disp. 39. à num. 7.* 158

Illud non omittendum, an in eo casu in quo filius natus ex matrimonio inito bona fide ex parte matris, cẽseatur verè legitimus ad succedendũ vtriq; parenti, quia vt constat ex *d. c. ex tenore*, est absolutè legitimus; censeatur etiam pater hæres filij non obstante notitia impedimenti. Ratio, quoniam pater propter scientiam non fuit legitimus hæres, ac proinde non succedet filio, sicut filius illi; nec ius succedendi filio debet extendi ad talem parentem: ita D. Barbos. *l. si cum aetem 23. §. fin. num. 11. ff. soluto matrimonio*, Tell. *in l. 6. Tauri. num. 7.* Acosta *in cap. si pater, 1. p. verbo vxorem, num. 21. de test. in 6.* Sanch. tamen, *de matrim. lib. 8. disp. 34. num. 46.* putat probabile vtrumque parentem censeri legitimum, & succedere filio.

Probabilius tamen est, patrem respectu filij non esse spurium, sed iudicari legitimum, & consequenter succedere posse filio. Nam certum est in casibus, in quibus filij succedunt parentibus, succedere etiam parentes filijs, & e contra: ex *l. Regia, lib. 4. tit. 93.* Couar. *in 4. decret. 2. p. cap. 8. §. 5. num. 7.* Gomez *l. 9. Tauri num. 45.* sequitur Gutier. in specie, *lib. 3. pract. quæst. 74.* Royas *Epitome success. cap. 30. num. 38.* Ceuall. *pract. quæst. 697. à num. 16* Velasquez de Auendanno *in l. 6. Tauri Glos. 1.* vbi vocat opinionem Telli singularem, cùm non sit in iure cautum, quod pater sciens impedimentum contrahendo postea matrimonium, priuetur ob id successione filij: quoniam, vt filius est legitimus successor patris virtute bonæ fidei matris, sic pater filio debet succedere: quia nequit pro patre esse legitimus, & pro parte non: ita Butrius, & Præpos. *in c. cum inhibitio §. si quis vero, verb. si Ano*, & *ibi* Glossa, *de clandes. despensat.* quia reciproca est successio inter eos: *l. nam & si parentibus, ff. de in officios. testam. l. scripto. ff. vnde lib. vs. l. si quis a liber. §. vtrum, & §. parens ff. de liber. agnosc.* quod ita est verum, vt si contingat legitimari prolem a iure, vel ab homine, sicut ipsa parentibus succedit, sic etiam parentes illi: ita Paleot. *de Nothis, & spurijs q. 39.* Royas *de success. ab intestato, c. 30. n. 38.* Idem Tellu *in d. l. 6. num. 13.*

Quod si legitimatio ex aliquo capite corruat; tunc hæreditas deuoluitur ad hæredes ab intestato, non verò ad fiscum; Bald. in *l. hæreditas, C. de his quibus vt indignis*, qui legata à defuncto relicta diuidẽt, Decius *cons. 288. n. 4. per text. in Authent. de hæred. & falcid. § si verò expressim.* Dictum est, filio legitimato à iure, vel ab homine, eodem modo patrem illi succedere, quo ipse filius patri succedit: vnde Azeued. *lib. 5. recopil. in l. 10. num. 9. vsque ad num. 15.* relictis hinc inde opinionibus, filium spurium credit per ingressum religionis professione facta fieri legitimatum, & tanquam legitimum ex testamento posse vtrique parenti succedere, & Monasterium ratione illius posse hæreditatem acquirere, & vendicare. Quod alij extendunt solùm quando pater decedit ab intestato, deficiente prole legitima, *l. fin. in fi. & ibi* Gregor. Lopez *tit. 16. part. 4.* non tamen legitimatus per professionem succedit agnatis, nec cognatis ab intestato, vt in *Authent. quibus modis naturales efficiantur sui, §. filium verò.*

Ego tamen dubito de hac resolutione: nam legitimatus per professionem spurius fit habilis ad Ordines suscipiendos, per *c. 1. de filiis presbyterorũ,*

non

non tamen ad Prælationem, Nauar. *in manuali c.27.num.*101. *& lib.4. consiliorum cons.*1. *in 2.editione, num 3. tit. qui filij sint legitimi*, Sylu. *verbo, legitimatus, ex num. 4. vsque ad 7.* Molin. *tom.1. de iust. disp.*173. *ad fin.* Henriquez *de irregul. lib.*14. *c.* 8. *num.*10. vbi omnes de spurio loquuti per professionem legitimato, nec verbum quidem de habilitate succedendi attingunt. Ideo monasterium ex causa spurij professi non potest aliquid ex testamento, neque ab intestato capere à parte spurij.

159 His adde dubium an filius susceptus ex matrimonio mala fide inito ab vtroque parente succedat parentibus? Respondetur negatiue, quando coniuges sciebant impedimentum dirimens: quia filius mansit illegitimus; Sanch. *lib.*10. *de matrim. disp.*20. *num.*11. subdens, hunc non esse alendum communibus expensis, sed instar aliorum illegitimorum. Nam sic conceptus à parentibus impedimenti consciis, natus est illegitimus: proinde mater tenetur per triennium lactare filium, & pater de cæteris in triennio, & vltra triennium debet filium prouidere; secus quando matrimonium contraxerunt bona fide, ignorato prorsus impedimento, quod postea repertum fuit: tunc communibus expensis est alendus, ne onerosior sit patri, quam matri, Sanch. *d. disp.*20. *num.*11.

160 Sequitur altera difficultas, an deficiente prole legitima possit institui spurius? videtur posse; si instituatur ea lege, & his verbis: instituo meum spurium si Rex illum legitimauerit, quia est valida hæc institutio: nec possunt hæredes ab intestato succedere antequam Rex legitimationem neget: ita Decius *cons.*177. *num.*5. Iul. Clar. *§. testamentum, quæst.*31. Acosta in *l. Gallus, §. & quid si tantum, p.*2. *num.*172. *ff. de liberis & posthumis* Molin. *de primog. lib.2. cap.7. num.*40. & est communis teste Couar. 2. *p. Epist. cap.*8. *§.*5. *num.*12. & seruatur in praxi: quia quamuis spurius sit incapax, instituitur in tempus, quo potest capere: *l. in tempus, ff. de hæred. instit.*

Quæres an possit spurius pendente conditione petere illa bona tanquam curator, vt ea gubernet? Respondetur posse, text. *in l. si quis instituatur hæres, ff. de hæred. institut.* & *ibi* Bald. & Angel. sequitur Ioan. Lup. *in rubrica, de donat. inter vir. & vxor. §.* 29. *num.*4. Vnde videtur non bene dixisse Bald. *in l. eam quam, C. de fideicommissis*, & Benedic. *in cap. Raynut. verbo, reliquit, de testam.* dicentes, non posse patrem ea conditione, si princeps legitimauerit, relinquere bona sua spurio. Quinimo idem Bald. sibi contrarius affirmat posse patrem ea conditione instituere, in *l.1. C. de institut. & substit. in 6. quæst.* Idem repetit in *l. final. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur.* vbi validam esse hanc spurij institutionem tradit, licèt legitimetur post mortem patris: legitimatio enim ad tempus institutionis retrotrahitur: nec obstat præiudicium venientium ab intestato, ad quos hæreditas venire poterat, eo quòd pendente conditione nullum ius succedentes ab intestato interim habebant. *l. antequam, C. communia de success.* vt bene notat Socin. in *d. l. Gallus, §. instituens, col.2. in principio*, & *ibi* Alexand & Aretin. in *l. si filius famil. ff. de testam.* & communem testatur Iason *num.*5. *ibidem.* Hodie tamen apud Lusitanos, spurij non legitimantur propriè, sed dispensantur, vel ad succedendum ab intestato patri, vel

161 vt pater ex testamento possit relinquere; quod voluerit. Quare non excludit substitutum, si nascatur ex parentibus, inter quos non poterat fieri matrimonium propter impedimentum dirimens de iure Canonico, cùm non sit verè legitimatus, sed dispensatus. Legitimatus verè dicitur spurius, cuius progenitores prohibebantur solùm iure Ciuili matrimonium contrahere; nam is restitutus ad primæua iura, est verè legitimatus, Olaicus *decis.*119. *num.*7. sed de his *disp. sequenti.*

Hinc est, quòd quamuis pater filiis in potestate 162
positis possit dare tutorem testamentarium, *l.1. de testament. tutela, §. permissum, Instit. de tutelis*, Pinel. *in rubrica* 2. *p. num.*9 *C. de bonis maternis*, Baeça *de decima tutoris præstanda, cap.6. num.*1. Auendan. *de exequendis mandatis cap.4. num.*311. Nihilominus non potest filio spurio ex testamento dare tutorem: neque possunt consanguinei patris vocari de iure ad tutelam suscipiendam, nec Iudex potest compellere consanguineos, & affines ad munus tutelæ, sed debet vocare alios, qui non sint consanguinei patris spurij, & illis tutelam committere, quia spurius non est de eorum consanguinitate, neque illi possunt succedere eo respectu: *l. qui seruis, C. qui dare tutores possint*, text. *in principio, Instit. de Atiliano tutore*, Paleot. *de Noth. & spuriis, cap.*52. Ratio, quia ad legitimam consanguineorum tutelam solum vocantur, qui de iure ad eorum successionem admitti solent: *l.1. ff. de legitimo tutore, §.1. Instit. de legitima parentum tutela*: atqui spurij non succedunt consanguineis patris, nec ad eorum hæreditatem vocantur. Ergo non admittuntur ad tutelas consanguineorum, vel agnatorum. Proinde illis, qui sunt patri affines, non potest spurius dari in tutorem, nec consanguineis patris per ipsum patrem in testamento: text. in *l. testamento tutores, ff. de testamētaria tutela*, Rmn. *cons.* 9. *num.4. vol.*4. Alexand. *cons.4. vol.*4. Item quia spurij non sunt de cognatione, nec de familia, & ideo leges Retractus, vt consanguineis possit rem venditam retrahere pro eodem pretio, non habet locum in spurio: ita Tiraquel. *de vtroque retractu §.*1, *Glos.8. in principio n.*6. & Perez *l.1. tit.1. lib.4. r.* 3.

Vnde reiicitur opinio Palac. Rubei in *l.9. Tauri, num.*12. & Cifuentis *l.70. Tauri quæst.*5. dicentium, spurios posse retrahere, quod est minus benè dictum, cùm non sint de cognatione, nec de familia, vt bene arguit contra illos Royas in *Epitome successionis, cap.20. num.*104. quod est verum adeò, vt nequeat spurius ferre insignia, nec arma familiæ patris. Bart. *in tract. de insign. & armis, n.*10. Tiraquel. de Nobil. *c.5. n.*13. *&* 25. Fauet *l. si spurius l. hac parte, C. vnde cognati*, atque ita in variis Nationibus, & regnis: spurij in scuto lineam nigrā, & in aliis transuersam portant pro signo suæ spurietatis, Otolora 2. *p. de nobilitate tertia partis cap.3. n.*3 Facit, quòd spurij nequeunt humari in sepulchro Maiorum ex *l. ius sepulchri, & ex l. si sepulchrum, C. de religiosis, & sumpt. funerum*, Syluest. *verbo sepultura q.8. dist.*4. ex ea ratione, quia non sunt de familia, Molin. *lib.1. de primog. c.4. n.*45. subdens, spurios non mereri filios appellari, per text. *in Authent. ex complexu, C. de incest. nupt.* ibi: *liberi nec naturales sunt nominandi.*

Procedit tamen Palacij, & Cifuentis opinio in bonis maternis, quando vel ipsa mater, vel eius agnati bona alienarunt ea lege, vt possint retrahi, ne exeant à familia: in quo euentu spurij iure retractus possunt retrahere, quia respectu matris, maternæque parentelæ spurij censentur de genere, & cognatione matris: ita Tiraquel. *de retract. d. §.4. in principio n.*8. & constat ex *l. hac parte, l. Modestin. ff. vnde cognati*, Azeued. *cons.24. num.*37. Garcia *de benefic.7. p. cap.15. num.*52.

Huc pertinet difficultas, an spurij sint habiles ad 163
beneficia paterna, quamuis dispensati sint ad quamcunque dignitatem? Negatiue respondetur, Innocent. *in cap. dilectus, tertio, de præbend.* Felin. *in cap. veniens, el 1. de accusat.* Ratio, quia cùm dispensatio sit odiosa, *cap.1. §. final. de filiis presbiter. in 6.*

non

non est extendenda ad casum diuersum, ex Concil. Trident. *sess.* 25. *de reformat. cap.* 15. in quo decernitur, quod vt paternæ incontinentiæ memoria longissimè arceatur, non licet filiis Clericorum, qui non ex legitimo matrimonio nati sunt, in Ecclesiis, vbi eorum patres beneficium aliquod habent, aut habuerunt, quodcunque etiam dissimile beneficium obtinere, nec in dictis Ecclesiis quoquo modo ministrare, nec pensiones super fructibus beneficiorum, quæ parentes eorum obtinent, vel alias obtinuerunt, habere. Ratio potest esse, ne beneficia iure hæreditario possideantur, quod detestatur *cap.* 1. *de filius presbyter.*

Ex illa particula, *longissimè memoria incontinentia paterna arceatur*, qua vtitur Concil. Trident. *ibid.* sunt, qui putent nepotes ex filiis spurio natos de legitimis nuptiis non posse succedere Auo in beneficio, quod etiam censuit Congregatio super eodem loco Concilij. Nihilominus contrarium est certum, vt postea censuit Congregatio primo Martij anno Domini 1589. quia in materia pœnali, & odiosa nomine filiorum, non veniunt nepotes: Bart. *in l. liberorum*, communiter receptus, *ff. de verbor. significat.* Surd. *de alimentis tit.* 9. *q.* 36. Couar. 2. *variar. cap.* 8. *num.* 2. & Glossa *in cap. Apostolica* 8. *q.* 1. Item, quia filius Clerici, quamuis nequeat patri succedere, nec ab illo aliquid capere ex *l. Lusitana lib. 4. Ordin. tit.* 93. *& ex Hispana* 12. *tit.* 3. *lib.* 1. *Ordinamenti*, quæ est hodie *l.* 6 *tit.* 8. *lib* 5. *recopil.* Nepos tamen etiam illegitimus potest succedere ex testamento Auo Clerico & est de iure communi per *l. fin. C. de natural. liber.* Couar. *in Epitome* 2. *p. cap.* 8. §. 5. *num.* 11. Pinel. *in l.* 3. *C. de bon. Mater.* à *num.* 2. Molin. *tom.* 1. *disp.* 167. *conclus.* 9. Gomez. *in l.* 9. *Tauri num.* 17. Ergo nepos non prohibetur succedere in beneficio Aui, vt etiam volunt Roderic. *tom.* 1. *cap.* 29. *num.* 4. Vega 1. *p. cap.* 36. *casu* 28. & Azor. 2. *p. lib.* 6. *c.* 4 *q.* 17. & alij. Non poterit tamen nepos obtinere pensionem viuente Auo super beneficio Aui, vt arceatur memoria Auitæ incontinentiæ, vt censuit Congregatio: sed meo iudicio contrarium de iure videtur verius, cum hoc non reperiatur prohibitum.

Dubitatur item, an pater possit succedere in beneficio filij, siquidem filius nequit succedere in beneficio patris? Videtur negandum, quia si filius non est legitimus, & pater est clericus, viget memoria incontinentiæ paternæ, & ideo non potest succedere pater: ita Hostiens. *in c. ex transmissa, de filiis presbyter.* Quare sicut filius nequit succedere patri in beneficio: ita nec pater filio, cùm eadem sit ratio, debet esse idem ius. *c. translato, de constitutionibus: c. inter cæteras, de rescriptis.*

Nec refert pœnas restringi *cap. in pœnis, de regul. Iur. in* 6. Quia quod non est in iure positum, non est præsumendum, *cap. consuluisti* 11. *q.* 4. & in exorbitantibus etiam fit interdum extensio ex identitate rationis, quando ratio est expressa prout est in nostro casu; proinde bene sequitur: filius non potest succedere patri Clerico in beneficio: igitur nec pater filio. Fauet text. & Glossa *ibi in cap.* 1. *de confessis in* 6. vbi text. loquitur de Reo contumace, & extenditur ad actorem; sicut text. *in l.* 1. *C. de rapt. Virg.* qui loquitur de viro rapiente, extenditur tamen ad fœminam rapientem: ob quæ argumenta hæc pars videtur probabilis.

Probabilior tamen est, quæ docet posse patrem succedere filio in beneficio. Ratio, quia constitutio Clementis VII. quæ est 36. *in ordine suarum Constitutionum*, edita anno Domini 1530. cuius meminit Nauar. *in cap. si quando, exceptione* 21. *in principio, de rescriptis*, & decretum Concilij Trident. *sess.* 25. *cap.* 15. non agunt nisi de filio: de patre autem nullam mentionem faciunt: atque ita cùm simus in odiosis non debent odia extendi, nec pœnalia, ita Gigas *de pensionibus q.* 86. *n.* 10 Rebuff. *de dispensationibus super defectu natalium*, *num.* 29. Nec filij solent thesaurizare parentibus, nec beneficia resignare, Less. *lib.* 2. *de Iust. cap.* 34. *dub.* 8. *num.* 91. vbi ait posse patrem habere filij beneficia, quoniam non datur ibi imago hæreditariæ successionis, Azor. 2. *p. lib.* 6. *cap.* 4. *q.* 18. post aliquos idem tenet, cùm non sit prohibitum, nisi filium habere beneficium, quod pater habuit. Pater tamen non poterit consequi beneficium in Ecclesia, in qua filius de præsenti habet, vt colligitur ex *d. cap.* 15 *Concilij vers. quod si in præsenti*, vbi præcipitur filio resignare beneficium, quod habebat in Ecclesia in qua patri aliud erat. Ex quo colligitur noluisse, quòd pater, & filius habeant sub eodem tecto simul beneficia: ideo qui ex duobus posterius obtinuerit, tenebitur resignare, non autem qui priùs obtinuit, cùm careat culpa, & agat de retinendo beneficio iam quæsito, & consequenter de damno vitando; patri autem de nouo acquirens beneficium in Ecclesia filij, seu vbi filius etiam possidet, agit de lucro captando: idcirco non debet admitti, sed cogetur abire, iuxta regul. Qui prior est tempore, potior est iure.

Sequitur dubium, an spurius legitimatus exclu- 164
dat substitutum, qui virtute fideicommissi succedit patri spurij, vel illos, quos testator excludere non potest à successione? Respondent aliqui, si legitimatio fuit concessa, patre adhuc viuente cum clausula ex certa scientia, & de plenitudine potestatis, per eas excludi citationem hæredum ab intestato venientium: ita Abbas *in cap. cum olim, num.* 6. *de re iudicata*, & Decius *cons.* 48. Proinde clausulis illis non extantibus necessariam esse citationem fieri cunctis habentibus spem succedendi in fideicommisso. Alexand. *cons.* 25. *num.* 4. *vol.* 1. & Decius *cons.* 85. *num.* 8. expresse id tradens, in quo Princeps videtur nocere legitimis, & naturalibus successoribus, vt notat Lodouic. de Sardis *in tractatu, de legitimat. q.* 6. *num.* 7. Acosta *in d. l. Gallus* §. *& quid si tantum, ff. de liberis, & posthumis* 1. *p. num.* 158. addúntque clausulam apponi solitam in legitimationibus sine præiudicio venientium ab intestato, siue hæredum legitimorum, excludere transuersales, & admittere legitimatum, & ante illum, descendentes legitimos: ita Gabaula *in d. l. Gallus, in* §. *& quid si tantum*, *nu.* 90. & Crotus *ibidem* Felin. *cap. cum olim, de re iudicata*: quamuis insignis Gam. *decis.* 278. *num.* 3. ex sententia aliorum contrarium referat.

Non obstantibus prædictis clausulis, dicendum est legitimatum non excludere illos, qui virtute fideicommissi debent succedere testatori, vel etiam quando aliquis debet succedere in bonis, quæ nequeunt alienari, vel de quibus testator disponere nequit. Nam bona subiecta fideicommisso censentur prohibita alienari, *l. vlt.* §. *sin autem aliquid sub conditione*, & Authent. *res quæ, C. commun. de legat.* Alexand. *d. cons.* 25. *col.* 2. *vol.* 1. Grat. *cons.* 29. *num.* 48. *vol* 2. Ratio, quia per clausulas istas, non videtur Princeps velle præiudicare iuri tertij iam quæsito, nisi quando in legitimatione id exprimitur: aliter enim non censetur velle derogare iuri alterius. Fauet huic parti clausula sine præiudicio venientium ab intestato. Vnde, vt legitimatus videatur habere ius ad excludendum, debuisset pater illius meminisse in libello, quod habuerit filios, vel agnatos in eo

casu, in quo, iam viuente eo agnati haberent aliquod ius, vt notat Alexand. *d. cons.* 25. *num.* 10.

Regulariter tamen non debet fieri mentio in priuilegio legitimationis quod supersunt cognati, quibus præiudicatur ex ipso actu legitimationis: ita Castro *in d. l. Gallus §. & quid si tantam, vers. sed aduerte, ff. de liber. & posthumis*, Carol. Ruin. *ibi n.* 187. Gam. *decis.* 278. *n.*8. & 18. Bald. *cons.* 56. *vol.* 2. Nicolaus de Vbald. 1. *p. tractatus successionis ab intestato*; & sine ea mentione tenet legitimatio.

Bene tamen verum est, quòd si non fiat mentio agnatorum in patris legitimatione, neque cognatorum; neque ipsi agnati vel cognati filio legitimato, neque legitimatus agnatis, seu cognatis succedere potest: & in hoc casu est accipienda opinio, quæ tenet mentionem agnatorum in legitimatione esse faciendam; quam tradit Alex. *d. cons.* 25. & 67 *vol.* 1. Anchar. *cons.* 320. Quæ declaratio deducitur ex notatis ab ipso Alexandro *d. cons.*67 *vol.* 1. Decius *cons.* 393. & *cons.* 307. *ad finem.*

Ad rem ergo quamuis Princeps non possit derogare iuri substitutorum, nisi vtatur clausula, de plenitudine potestatis; vt Bald. *in l. si testam. n.* 1. & Paul. *num.* 1. & 2. *C. de testament.* nihilominus hæc clausula non solet poni à Principe, nisi cognita causa, teste Decio *cons.* 410. *num.* 31. Atque ita si procedatur absque causæ cognitione, clausula nihil operatur. Accedit, quia ius in spe consistens, non potest tolli à Principe, nisi ex causa iusta, eaque legitimè probata, vocatis consanguineis substitutis, quorum interest, etiam de plenitudine potestatis: Bart. *in l. nam ita Diuus ff. de adoptionibus*, & *in l.* 2. *C. de tempo. appellat.* Corneus, Iason, & alij *in l. si testamentum C. de testam.* Anchar. *cons.* 339. In Christi nomine, Amen. *col.* 5. vbi concludunt in bonis restitutioni subiectis ius quæsitum fideicommissario substituto etiam in spe non solere à Principe tolli per legitimationem, ne bona deferantur ad alienos, de quibus institutor non cogitauit, neque in hoc minuitur potentia Regia; imo magis splendescit, vt notat Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 6. *ad finem in nouissima editione*, quæ resolutio procedit tàm in iure, in spe quæsito ex testamento, quàm ex contractu.

In neutro enim Princeps solet derogare sine causa, cùm facultas testandi, & facultas contrahendi ex iure gentium procedat, Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. atque ita ius etiam quæsitum ex contractu in spe absque causa publica non derogat, vt Bald. *in cap.* 1. *de natura feudi*, Barbat. *in cap.* 1. *de constitu. col.* 11. *vers. si mihi.*

Similiter non solet legitimare spurium ad feudum in præiudicium illorum, quibus saltem in spe competit ius succedendi: Alexand. *cons.* 60. *n.* 2. *lib.* 2. Anton. de Rosel. *de legitimatione lib.* 2. *cap. de legitimationis effectu n.* 24. Couar. tamen *lib.* 3. *variar. cap.* 6. *n.* 7. *vers.* Eadem quidem ratione tradit legitimatum expresse à Principe vt succedat in fideicommisso excludere substitutum nominatum, deficientibus filijs legitimis: nisi institutor fideicómmissi excludat legitimatos.

Sequitur ex dictis filium legitimatum non excludere substitutum sub conditione, si sine liberis legitimis decesserit: quando institutor fideicommissi erat vir, seu fœmina nobilis, vel aliàs vir in dignitate positus. Est communis. Quia non præsumitur nobilis institutor de legitimatis cogitasse *ex l. ex facto. §. si quis rogatus ff. ad Trebel* Bald. *cons.* 203. Punctus quidam *lib.* 5. Angel. *in sua diff. incipit*, Nobilis quidam genere, *in* 2. *dubio*: Anton. *in cap. per venerabilem, post medium, vers. alius est effectus, quia sic patri: qui filij sint legitimi*: Vnde fit vt legitimatus ad feudum, quod fieri potest, non intelligatur legitimatus ad feudum nobile: vt Tiraquel. de nobilitate *cap.* 25. *num.* 18. & Mantica *de coniecturis vltimar. volunt. lib.* 11. *tit.* 10. *a num.* 39. *vsque ad num.* 41.

Eodem modo legitimatus per rescriptum non excludit substitutum, quando testator ait, si decedat sine liberis ex legitimo matrimonio susceptis, quia quamuis plenissime legitimatus sit, non dicitur legitimatus, sed dispensatus: ita Paul. *cons.* 30. *n.* 4. *lib.* 1. nec potest dici legitimatus natus ex legitimo matrimonio, vt probatur *ex c. cum in cunctis, & ex c. innotuit, de electione* Socin. sen. *cons.* 63. *n.* 17. *in finem, & n. sequenti vol.* 3. Quam opinionem tanquàm communiorem notat Couar. *in epitome de sponsalibus* 2. *p. c.* 8. *§.* 2 *ad finem.* Tiber. Decian. *cons.* 88. *lib.* 2. addens etiamsi sit legitimatus ad honores, seu dignitates, appositaque clausula, vt censeatur tanquam de legitimo matrimonio natus, nó posse adhuc substitutum excludere sub conditione: Si quis decesserit sine sobole legitima, ac naturali, & de legitimo matrimonio suscepta: quem sequitur Rimunal. iuo. *cons.* 46. *n.* 47. Confirmatur ex eo, quia ex communi vsu loquendi sub nomine legitimorum, legitimati non comprehéduntur; quia sunt legitimi per fictionem, & quod est tale per fictionem, non est propriè tale *l. lex Cornel. in fin. ff. de testament.* Ergo non sunt legitimati propriè legitimi, & consequenter non possunt excludere substitutum; quia conditio debet intelligi secundùm proprietatem: Cùm ergo nequeant vocari propriè legitimi, conditio, quæ meminit filiorum legitimorum & naturalium, viuente filio legitimato, nó videtur defecisse, atque ita substitutus nó excluditur, cùm códitio non impleatur in forma specifica, vt cóstat *ex l. qui heredi, in princip. & l. Mæuius, & l. Iul.* & ibi Bart *ff. de códitionibus, & demonstrationibus.* A fortiori legitimati non excludunt Ecclesiá substitutá: ita Tiraquel. *de priuileg. pia causa, priuileg.* 94. Bald. *in c. in præsentia n.* 35. *de probat.* Felin. *ibid. n.* 29. *vers. fallit primo*, Quod mente tenendum est.

Limita, si mater huiusmodi spurij grauetur hære- 165
ditatem restituere, si sine liberis decesserit, tunc talis spurius excludit substitutum, Bartol. *in l. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebell.* Palcot. *de Nothis, & spurijs c.* 17. *n.* 9. ex eo, quia spurius, & naturalis dicuntur de genere, & cognatione matris *l. sæpe*, vbi Glossa *verbo, gentilium, de verbor. significat* & Glos. *in l.* 1. *ff. de probat.* Item quia spurius susceptus ex coitu non damnabili, & punibili succedit matri, tàm ex testamento, quàm ab intestato prole legitima deficiente, modo ex tali coitu non mereatur mater pœnam mortis, vt dictum est *in l. lege duodecim tabularum C. de legitimis heredibus*, nisi sit illustris, *l. si qua illustris*: imo spurij inter se tanquam cognati possunt succedere, cum cognatio descédat ab ipsa matre, quæ semper est certa, *§. vulgo, Institut. de successión. cognat. & l. si spurius, ff. vnde cognat. coniuncta lege, quia semper, ff. de in ius vocando*: pro qua opinione stat etiam, *l.* 9. *Tauri, de qua supra n.* 165. *vers. Limita si Mater.*

Cæterum Bartol. *in l. heredibus, §. Titius, n.* 1. & 2. *ff. ad Trebell.* docet spurium non excludere substitutum stante conditione, si sine liberis decesserit. Alex. *in l. generaliter §. cum autem n* 5. *C. de institutio. & substitut.* Sequitur Decius *in cap. in præsentia, num.* 41. *de probat.* Ratio, quia testator non videtur sensisse de filijs illegitimis, cùm magis dedeceat fœminam, quam masculum, habere filios spurios, ita Abbas *in d. cap. in præsentia num.* 21. & Ripa *in d. §. si quis rogatus, n.* 49 quamuis in partè contrariam, videatur inclinare, & oppositum ipse concludit *n.* 23. & *in l. si vnquam, C. de reuocand. donatio. num.* 66. *ad finem.*

Nihilominus magis placet ea opinio, quæ tenet quando testator, seu institutor d xit ... si sine liberis illegitimis, & naturalibus, vel quoq ... modo venientibus, in hoc euentu censeri vocatos ex mente testatoris spurios su.ceptos ex crimino.o, & comuli congressu Quia dictio *quoque modo* est generalis, & ad omnes etiam illegitimos extenditur iuxta Gloss. *in cap. Deus omnipotens* 2.q.1. Alciat. *conf.42. ex a.2.lib.9.* & apparet *& l.si extraneus, de conditione. ob causam.* Nec refert si dicas spurium non posse patri succedere. Quoniam in hoc casu succedit Auo, quod nun est prohibitum, Bart. & alij *in l. Gallus §. quid si is. de liber. & posthum.* & spurius non succedit grauato, sed illi, qui fideicommisit, *l. coheredes §. cum filio ff. de vulgar. & pupillar. substitut.*

166 Adde, quamuis testator dicat, si decesserit sine liberis illegitimis, dicendum esse illum nullo modo censuisse de illis, qui ex damnato coitu procreantur, quia isti filij non sunt nominandi, *per Authent. ex complexu C. de incest. nupt.* quantumuis per verba generalia videantur nominati; eo quia verba illa generalia sunt accipienda ciuili modo: ita Lauren. Calcan. *conf.17. num.7.* dicens verba generalia esse intelligenda secundum ciuilem, & iustum intellectum, & prout ratio bene regulata ostendit, non autem abusiuè, Bart. *in l.1.§. nuntiat o num.20. & sequent. ff. de oper. non nunciat.* idem Calcan. *supra*, vbi repetit verba amplè generalia semper accipi secundùm rectum sensum loquentis; atque ita ad habiles esse referenda: sequitur Alciat. *ind.l.1.§. annciatio, num.57. vers. vnde haud*: siue testator dicat in testamento, siue in contractu: vnde, quando testatur per verba quantumuis generalia loquitur de illegitimis, non videtur loqui de susceptis ex damnato coitu; sed de naturalibus ex soluto, & soluta natis, ne videatur dedisse occasionem fæminis ruendi grauissimè: ita Alciat. *d.conf.24. num.1. lib.9.* dicens hanc conditionem per verba illa expressam ad illos solum illegitimos extendi, qui nascuntur ex concubitu damnato, non verò ad illos, qui nati sunt ex soluto, & soluta. Nam quamuis is sit peccaminosus, non damnatur, neque punitur à lege ciuili. Aliter intentio testatoris damnaretur, ne vero damnetur, absurdum excludendum est, vt tradit Signor. *conf.188. num.7.* & Anchar. *conf.74. num.1.* Quare ab illa generali verborum significatione oportet abstinere, ne detur absurdum in dispositione testatoris. Quocirca dispositio interpretanda est, vt non importet aliquod illicitum, vel contra bonos mores; quod sequeretur, si ipse vellet vocare ad substitutionem omnes spurios; ex quocunque coitu genitos: Calcan. *d.conf.48. num.20.* & Parif. *conf.20. num.16. conf.25. num.19. vol.3.* Ideo interpretatio absurda non debet accipi in testamentis. Cranet. *conf.62. num.8.* Socin. iun. *conf.65. n.19. vol.4.* Bald. *conf.365. vol.4.* dicens interpretationem accipiendam esse, ex qua absurdum non sequatur. Paul. de Castro *conf.11. num.3. vers. illud, vol.1.* vbi vult pro absurdo fugiendo verbum vniuersale accipiendum esse tanquam particulare.

Denique non debent admitti filij naturales tantùm cùm filij veri vocantur, quamuis fideicommissum relinquatur, contemplatione agnationis: ita habetur *in l. vlt. ff. de iure deliberandi*: per illa verba: quia eo loco accipitur filius pro filio legitimo: proinde naturalis excluditur. Ita exponit Alexand. *text. l. ex facto, in d.§. si quis rogatus, ff. ad Trebel. n.16. ad finem.* Similiter idem tradit *conf.126. n.4. vol.2.* ex eo quia naturales non veniunt appellatione verorum filiorum. Sicut etiam si fideicommissum relinquatur filiis natis in domo testatoris, non intelliguntur filij, qui nati sunt in domo vbi testator habitabat, sed filij, qui proficiscuntur ex agnatione, & sanguine testatoris, Corneus *supra*, & *conf.26. vol.4.*

Vltimo bastardi deficiente prole legitima, quando sunt admittendi ad fideicommissum, non propterea debent substitui nati ex coitu damnato: quia etiam si largo modo spurij dicantur naturales, quoniam secundum naturam nascuntur, secundùm Glos. *in cap. per venerabilè. qui filij sint legit.* nó tamé sút bastardi, hoc est naturales, vt notat Glos. *in rubrica, ff. de cócub.* & spurij sút magis odiosi, quá naturales seu bastardi, & omnino repellnntur à successione, nec possunt naturales nominari, *per text. in Authent. ex complexu C. de incest. nupt.* & *in §. vlt. in Authent. quomodo naturales efficiant. sui.* Item quia verba testatoris propriè debent accipi, *l. non aliter in principio ff. de legat. 3.* Bastardus autem, seu naturalis est natus ex soluto, & soluta: ideo potest excludere substituentum *l. ex facto §. si quis rogatus, citato*: Secùs est in spuriis, teste Bart. *ibidem vers. quero quid de spuriis*; & Abbas *in cap. pœnitentibus, de probat.*

§. VI.

Filij naturales quomodo succedant parentibus, & quomodo possunt instituì hæredes ab eisdem.

EPITOME.

Dico primò posse filios naturales de iure communi institui à parentibus si non extent filij 167
legitimi

legitimi, *ex Auth. licet C. de naturalibus liber.* Quòd si non instituantur à patre, succedent patri ab intestato deficiente prole legitima in duabns vnciis, hoc est in sexta parte bonorum, vt habetur *in eadem Authent.licet*: existente vero sobole legitima non succedent ab intestato, cum illa; sed potest relinqui illis vnica, hoc est duodecima para bonorum, Less. *de iust.lib.*2.*c.*19. *dub.*6. *n.*71.

168 Dico secundò, de Iure tamen Lusitano *lib.*4. *tit.* 92. filios naturales plebeiorum vna cum legitimis ad hæreditatem patris admitti; vt Lusitani Scribeotes volunt, Cabed. nimirum 1.*p. decis.*100. Gama *decis.*312. Benedict. Ægid. *in tractatu, & priuilegio honestatis art.*16. *de honesto praferende n.*10. Quod procedit tam ex testamento, quam ab intestato: modò tempore conceptionis, vel natiuitatis pater non esset nobilis, quamuis postea nobilitatem obtinuisset: Quòd si in aliquo horum temporum pater esset nobilis, nulla prole legitima extante, vel nullo ex ascendentibus existente, potest pater tali filio relinquere sua bona: ita *Lex nostra supra* §.*final.* & Ægid. *citatus*: atque ita fuisse iudicatum refert Gama *decis.*312. Ab intestato tamen non succedunt naturales patri nobili: sed deficiente prole legitima, & ascendente non extante, succedunt Collaterales consanguinei, *ex predicta lege Lusitana.*

Dico tertiò similiter de iure nostro filium naturalem ex patre pedite, seu plebeio, & ex propria ancilla conceptum, si pater libertatem concedat antequam moriatur, succedere tunc in bonis paternis, sicut legitimi succedunt: secus si post mortem patris, libertatem consequatur de manu hæredum, *per d.legem nostram*, ibi: *E isto mesmo auera lugar no filho, que algum home' solteiro ptam ouuer de algaaa escraua sua se por morte de seu pay, ficar forro.* Idem si sit susceptus ex patre plebeio, & ex ancilla aliena, vt etiam patri possit succedere, si per mortem ipsius maneat liber à seruitute, vt constat *ex l. nostra noua recep.d.tit.*92. ibi: *que e home solteiro ouuer de sua escraua, oualhea*: Molin. *tom.*1.*de iust.disp.*166. *vers.vt ad filium*, Gama *decis.*86. & ita fuisse indicatum ibi meminit, quamuis *in l. nostra antiqua*, hic casus non erat decisus, sed censebatur ibi inclusus, quia inclusio vnius, non est exclusio alterius, quandò eadem est vtrinsque ratio, vt declaratur, regula *l.cum prator, ff. de iudiciis, & tradit*, Felin. *in cap.nonne n.*5.*de prasumptionib.* & Menoch. *cons.*106. *n.*332. *& lib.*6. *de prasumptionib. prasumpt.*90. *n.*7. Item inclusio vnius, non excludit alterum, quod alio iure inclusum legitur; Decius *in l.* 1. *in* 3. *lectura n.*84. *ff. si certum petatur, & cons.*11. *n.*18. & satis est, quod sit hoc omissum à lege Lusitana, probatum tamen à iure communi: Menoch. *de prasumpt.supra n.*8. Gama *decis.*312. subdens huiusmodi naturales ex ancillis natos succedere anis paternis, vt etiam notat Pater Molin. *de iust. tract.* 2. *disp.*166. §.*vt ad filium naturalem, circa finem*: sicut cæteri naturales secundùm leges Regias *d. tit.* 92. *lib.*4. possunt succedere patribus eodem modo, quo etiam nepotes naturales poterunt succedere, ita Molin. *ibidem* §. *cum vero, folio* 940.

Non decidunt tamen leges Regiæ quomodo debeant filij naturales matri succedere ab intestato, vel ex testamento. Proinde secundùm regulas iuris communis mensuranda est hæc successio naturalium, respectu matris. Dicendum ergo secundùm *l.si qua illustris.* iuncta Glossa *ibi*, *C. ad Senatusconsult. Orfician.* & iuxta Doctores, apud Couar. *in Epitome* 2.*p. cap.* 8. §.4. *num.* 15. naturales posse succedere matri æquè cum sobole legitima, neque posse excludi ab ascendentibus maternis: sicut nequeunt filij legitimi excludi ab anis maternis; Gomez *ad l.*9.*Tauri n.*9. Nam sicut extantes legitimi excludunt Auos, sic etiam naturales excludere possunt eosdem secundùm communem, etiamsi mater sit illustris.

De filiis naturalibus genitis ex matre naturali, sicut ipsa mater succedit Auiæ maternæ, sic dicendum est illos eidem Auiæ succedere: si tamen mater fuerit legitima, nepotes naturales vtrique Auo materno succedent, sicut cæteri filij legitimi ex eadem matre; quia cùm matrem repræsentent, succedunt beneficio, & loco matris, perinde ac si essent filij legitimi: Molin. *d. disp.*166.*conclus.*7.

Dico quarto de iure Castell. *l.*10.*Tauri*, non deficiente prole legitima, non posse patrem, vel matrem relinquere naturalibus filiis, nisi solam quintam partem bonorum pro alimentis. Si hoc non sufficiat, nihil esse addendum credit Tellus *in d.l.* 10. *Tauri n.*3. eo quia præiudicatur legitimis in legitima, quibus magis debentur alimenta quam naturalibus. Sed alij melius putant esse supplendum, quod deest ad alendum naturales ex legitima scilicet legitimorum, quoniam hoc est de iure naturali: ita Gregor. Lopez *l.*8. *tit.* 13. *part.* 5. & Xuarez *in l.*1.*tit.*6. *lib.*3. *fori.*

Deficientibus vero filiis legitimis, naturales de iure Castellano succedunt matri, siue ab intestato, siue ex testamento, vt habetur *in l.*9. *&* 10. *Tauri*, & *ibi* Scrib. Morqnech. *lib.*4.*de diuis.bon.c.*6. *n.*51.

Cæterùm, quando pater habuerit sex filios legitimos, quæri potest, an possit relinquere quintum suorum bonorum filio naturali? Affirmat Matienso *in l.*9. *Tauri Gloss.*3.*a.*5. Ratio, quia sicut naturalis sensit commodum, quando est solus, & quando pater præstat eidem quintum; sic etiam damnum patitur, quando extant plures filij naturales cum solùm diuidat quintum inter illos.

Negat tamen Tellus Fernand. *in d.l.*9.*Tauri ex n.* 26. ex hac ratione, quia filius naturalis non debet esse melioris conditionis, quam legitimus. Item, quia legitima filiorum de iure communi *Authent. nouissima C.de inoffic.testam. & l.*17.*tit.*1. *part.*6.*& l.*12.*tit.*5. *part. etiam* 6. est tertia pars bonorum, si fuerint quatuor filij: quod si plures fuerint, semis est. Ergo legitimi manent peioris conditionis si semper quintum consequatur. Quare hæc pars quæ negat magis placet, quam docet Velasquez de Auendan. *in l.*9.*Tauri Glos.*4.*n.*5.*& in l.*10. *glossa* 2. *n.*2. vbi lex præcipiens, vt pater possit relinquere quintum bonorum intelligi debet, nisi legitimi tot sint, vt si relinquatur quintum naturali, legitimi maneant peioris conditionis. Quod probatur, si legitimi fuerint decem aut duodecim. Morqnechus *supra d.cap.*6. *num.*57. *cum seqq.*

Quid si filius naturalis præteteatur à patre pedi- 169
te in testamento, nunqnid testamentum rumpetur? Posse rumpi, & censeri nullum, vult Cabed. 1.*p. decis.*100.*a.*13. imo, & nepos idem poterit præteritus, quia succedit loco patris, *ex text.in l.si suspecta, vers. de inofficio.* & *ibi* Bald. & Angel. *ff. de inofficios.testã.*

De iure tamen communi aliter dicendum est, cùm filio naturali non debeatur legitima, *Authent.licet C.de natural.liber. & l.vlt eodem tit.* similiter de iure nostro *lib* 4.*Ordin.tit.*92. poterit filius naturalis hominis peditis, hoc est non nobilis, annullare testamentum, si à patre prætereatur, ibi: *seo pay for piam.* poterit filius naturalis simul cum legitimis patri æquis portionibus succedere: Quare sicut legitimi præteriti impugnant testamentum patris, sic etiam naturales, si prætereantur, vel sine causa exhæredentur possunt contradicere de nullitate testamenti; vt duas partes bonorum ab hæredibus sibi

acquirant, ita Pinel. *Rubrica C.de bonis maternis 2. p.n.8. ad finem.* Molin. *tom.1.disp.175. col.3.vers. quin & dispositio.* Valasc. *consultatione 94.n.5.* Ratio, quia si id non possunt efficere, non dicentur vocati æqualiter ad hæreditatem cum legitimis: ideoque æqualitas à lege inducta generaliter, intelligi debet etiam generaliter, *per l.de pretio ff. de publician.* Item quia debent naturales vti eodem remedio ad hæreditatem patris capiendam, quo vtuntur legitimi, quando sunt præteriti; sed legitimis conceditur actio ad annullandum testamentum: ergo concedendum idem est naturalibus, vel saltem, vt possint illud impugnare ad acquirendum sibi duas partes bonorum: ita Cald. Pereira *in l. si curatorem verbo, sine curatore vers. septimo n.96.C.de restitutione in integrum.* Valasc. *d. consultatione 94. num.15.* & alter Valasc. *allegat.6.num.26.* & sic possent consequi debitam legitimam, ad quod consequendum non opus est, expugnata totum testamentum, sed sufficit, quod veniant ad hæreditatem æqualiter *ibi:viram a herança igualmente.* & æqualitas verificatur, quoad legitimam: nec requiritur quod sint æquales quoad omnia, nec per omnia.

Faciunt tamen contrariam quoties naturales filij habent à lege, vt succedant æqualiter cum legitimis, à iure debetur illis legitima, etiam contra voluntatem patris, sicut debetur à iure legitimis aliqua legitima. Ergo præteriti, vel inius te exhæredati, habent ius rumpendi testamentum patris, pro legitima: text. & ibi Glos. *in l.cum quæritur, C. de inoffic. testam.* Gomez *in l.9. Tauri n.11.* dicens, si filio naturali deberetur aliqua legitima ab intestato, & in testamento non relinquatur, posse agere ad rumpendum testamentum: igitur cum lex nostra *d.tit.92. in princip.* admittat filios naturales ad succedendum patri ab intestato, & ex testamento, sic etiam admittere vnle contra testamentum, si præterea ntur, vel sine causa ex hæredentur, vt tradit etiam Gomez *in d.l.Tauri n.12.* Ergo idem dicendum de filiis naturalibus, quos lex Lusitana citata admittit, simul cum legitimis ad hæreditatem paternam. Quæ sententia est satis probabilis.

Nec obstat Glossa *in l.1.verbo, naturales, ff. de bon.poss. contra tabulas, & ibi* Bart. dicentes, non dari naturalibus præteritis ius rumpendi testamentum: quia Glossa, & Bart. loquuntur de iure communi: nos vero loquimur de iure Lusitano, seu Castellano, Gom. *supra n.12.in d.l.9. Tauri,* & Morquechus *lib.4. de diuisione bonorum cap.6.n.52.* Neque ex hoc sequitur veramque legem Lusitanam, & Castellanã fauere parentibus delinquentibus, sed fauere filiis, qui nun sunt participes delictorum parentũ. Vnde principalis intentio legis est attendenda, Anton. Gomez præcitatus *n.16.vers. sed his non obstantibus:* vbi ait posse Principem condere legem generalem, quæ concedat filiis spuriis posse succedere parentibus, neque hoc erit fauor parentum, sed filiorum ad succedendum in bonis illorum: Bald. *in l. cunctos populos C. de summa Trinitate, vers. secundo quæro, & in c.canonum statuta, de constitutionibus col. penult.* Quare minus caute Valasc. *consult.94.* videtur loqui dicens *n.9.* legem nostram non esse validam, quatenus admittit filios naturales simul cum legitimis ad successionem bonorũ patris plebeij, seu pedestris: cum à multis iam téporibus sit condita, & à viris doctissimis cõprobata viuqiac praxi recepta.

170 Difficultas est an si mater instituatur hæres, & illi detur substitutus, si sine liberis decesserit, & postea habeat filium naturalem, nunquid naturalis succedet matri excluso substituto? Affirmat Bart. *in l.ex facto §. si quis rogatus, & ibi* Ripa *num. 6. ff.ad Trebel.* quia valet hæc consequentia; sunt naturales successibiles matri? Ergo faciunt deficere conditionem, si sine liberis decesserit: sequitur Castillus, *in l.9. Tauri.*

Dicendum tamen est, filium naturalem non excludere substitutum, quia nomine filiorum non veniunt naturales, sed legitimi respectu matris, quia præsumitur testator voluisse habere rationem honoris, cum sit indecorum fœminæ genuisse filium naturalem, Mant. *de coniectur. vltimar. volunt. lib. 11. tit 9.n.16* & Spino *in suo speculo Glos. 15. principal. de filiis legitimatis n.120.* Vnde remotis coniecturis, vel in dubio, probabilius multò est naturales non efficere, vt deficiat conditio, si sine liberis decedat, vt bene tradit Molin. *de primog. lib.3.c. 3.n.42.* & nouissimè doctissimus Gabriel. Pereira de Castro *in suis satis superque accuratis decisionibus decis.14.à num.4.*

Restringitur id, si testator nobilis in testamento meminerit filiorum naturalium: tunc enim censetur voluisse à naturalibus excludi substitutum, Bart. *in d.§. si quis rogatus sub n.2.* & Ripa post alios *ibidem, num.7.* Item excludent naturales substitutum, quando ex aliqua lege naturales succedunt tanquã legitimi, vt apud Lusitanos decernitur *lib.4.Ordin. tit.92.* circa filios pedestrium, ita Bart. *in l.1.§.vltimo ff.ad Trebel.* & Alexãd *in d.§.siquis rogatus, n.10.*

Restringitur secundo non procedere, quando testator est naturalis, quia quamuis sit nobilis, iudicabitur cogitasse de sibi similibus, vt Decius *supra in c. in præsentia, de probat. per text. in §. si quis rogatus:* vbi considerarat personam instituentis fideicommissum: sequitur Roland. *cons.77.n.23. vol.3.* Tiraquel. *de legib.connubi. 5.p.Glos.1.num.16.* quia similia sibi inuicem maximè congruunt: dissimilia minimè. Itemde fœmina postea itatem nominans, fœminas comprehendit. Vnde si Emphyteusis Ecclesiastica, quæ non transit ad naturales, vt per Baldũ *in l.generaliter.§.cum autẽ C.de instit. & subst. principio* fuit concessa naturali, transit ad naturales continuata persona, cui primo fuit concessa, Decius *in d.cap.supræsentia n.36. & constat ex c.1.§. ex eadem, de lege Corradi:* licut Emphyteusis accepta pro se ac filiis non extenditur ad filias, nisi concedatur à fœmina, Tiraquel. *vbi supra.*

Hoc idem potest extendi ad testatorẽ nobilem habentẽ filios naturales, si instituerit fideicommissum sub dicta conditione, si sine liberis decesserit, ex præsump a saltem voluntate illius. Contrarium tamen est dicendum, quia non debemus attendere nisi ad id, quod fieri debet, non tamen ad id, quod factum fuit *per l. sed & si licet ff. de officio Præsidis.* Cum ergo testator nihil disposuerit in fauorem naturalium, censetur exclusisse illos à fideicomisso, ita Imol. *in d.§.siquis rogatus, vers. nam si forte.* Cæterum quando testator fideicommisit, si dixerit, si decedam sine filiis de corpore meo natis, præsumitur vehementer cogitasse etiam de naturalibus: in quo euentu naturales excludent substitutum, ita Bald. *cons.463.vol.5.*

Ea dictis sequitur filium naturalem hominis plebeij, seu pedestris, vulgo *piam*, ex Valasco *consult.94.* non esse æqualem in omnibus, cum filiis legitimis, eò quia, licet sit hæres æqualiter cum legitimis, & teneatur conferre de iure Lusitano: *lib.4.tit 92.* cùm succedat æqua lance cum legitimis, teste eodem Valasco *in praxi t.1 2.n.49.* Nihilominus non succedit, vt suus, neque suitatis priuilegia habet, & secundum magis probabilem sententiam non habet ius querelandi de testamento paterno, neque rumpendi illud: neque id declarat lex Lusitana, quæ naturales filios facit æquales, quoad portionem hæreditariam duntaxat, neq; alia priuilegia legitimorum filiorum 171

filiorum concedit, quod si voluisset concedere, explicaret, quod eos adæquabat filiis legitimis in omnibus, ita Valasc. *consult. etiam* 152. *num.* 11. dicens legem Lusitanam esse exorbitantem: ideo oportebat, vt id exprimeret, cum legitimi gaudeant priuilegiis aliis: qualia sunt priuilegia patriæ potestatis, quibus non gaudet filius naturalis: non enim est in patria potestate ex Valasco *d. num.* 12. *&* *prim. consult.* 94. *a num.* 3. Ferdinand. Paez *in tract. de excusandis parentibus num.* 53. *&* 54.

172 Nihilominus vt diximus *supra num.* 169. *vers. faciunt tamen contra, ad finem*, tanquam satis probabile, filios naturales in omnibus esse æquales cum legitimis, non solùm quoad hæreditatem, sed etiam quoad reliqua priuilegia, vt notat Cald. Pereira *in d. l. si curatorem num.* 94. sequitur Barbos. in *Remissionib. ad Ordin. Regiam lib.* 4. *tit.* 92. *in principio, vbi num.* 5. ait, minùs bene dixisse Valascum filium naturalem hominis plebeij, non esse in potestate patris, quia potest pater huic filio naturali dare tutorem in testamento, ad imaginem filij legitimi. Item potest compelli ad dotandam filiam naturalem, cùm valeat argumentum de dote ad legitimam: Bald. *in l. cum oportet, §. non autem, in fine C. de bonis, quæ liberis*: Quamuis de iure communi aliter dicendum sit: ita Bart. & Alexand. *in l.* 1. *ff. solut. matrim.* Fortunius Garc. *de vltimo fine iuris fol.* 9. *n.* 101. idem Cald. Pereira *supra d. n.* 94. *vsque ad n.* 96. vbi addit, filium naturalem pedestris, sicut filium legitimum patri pedestri acquirere: quibus positis satis probabile est filium pedestris hominis naturalẽ in omnibus esse æqualem filiis legitimis.

Probabilius tamen est legem Lusitanam *d. lib.* 4. *tit.* 92. *in principio*, dum ait, *se pay for piam os naturais succederlheam, é viram a sua erança ignalmente com os filhos legitimos, se os o pay tiuer*: efficere filios naturales æquales cum legitimis solum ad successionem patris, non tamen quoad omnia. Ratio, quia hæc lex exorbitat à iure communi, vt docent Gama *decis.* 3. *n.* 5. *&* *decis.* 114. *n.* 1. & Cald. Pereira *in d. l. si curatorem, verbo sine curatore n.* 94. ideo non est extendenda extra casum successionis, iuxta Glossam in *Authent. quas actiones C. de sacros. Eccl.* Quam Doctores communiter sequuntur: ac proinde cum dispenset cum filiis naturalibus ad succedendum parentibus æqualiter cum legitimis, non debet extendi ad alium casum; quia in dispensationibus stricta debet fieri interpretatio, Gigas *de pensionibus q.* 19. *n.* 8. Rebuf. *in praxi tit. de dispensat. ad plura beneficia n.* 64. Quæ ordinatio apud nos facit ius commune. Vnde non debet intelligi vltra casum successionis, in quo naturales fiunt capaces bonorum patrimonialium, contra id, quod iure communi disponitur *in titulo C. de natur. liber.*

173 Sequitur non vulgaris quæstio, an possit naturalis filius succedere in Ecclesiastica Emphyteusi? Hac de re *infra quæst. qui possint succedere in Emphyteusi, tam seculari quam Ecclesiastica n.* 3. *lib.* 6. *disp.* 9. *§.* 16. *d. n.* 3. interim dicendum posse admitti ad Emphyteusim Ecclesiasticam naturalem, quando accipitur pro se, & pro iis, qui nominabuntur, & in hoc casu ita practicatur de Ecclesiastica Emphyteusi, quod de seculari disponitur in lege Lusitana *lib.* 4. *Ordin. tit.* 36. & videre est apud Gamam *decis.* 2. Valasc. *tom.* 2. *consult.* 147. *ad finem*: quia conceditur Emphyteusis cum libera potestate nominandi, quare reiicitur Molin. *tom.* 2. *disp.* 475. *§. hinc*; & Cald. Pereira *de nominat. q.* 7. *num.* 39. *&* *q.* 19. *n.* 28. *&* *q.* 21. *n.* 48. *ad fin.* dum aiunt naturales excludi ab Emphyteusi Ecclesiastica suscepta pro tribus personis nominandis; nisi dicamus illos fuisse loquutos de iure communi, nos verò loqui de praxi seruari solita secundum ordinationem regiam; *d. lib.* 4. *tit.* 36. Nam clausula nominãdi liberè, quem voluerit, extenditur ad indignos, vt ait Valascus in praxi receptus *consult.* 134. *num.* 18. *&* *num.* 21. Vide Phæbot 1. *p. decis.* 96. *num.* 3. & Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 4.

Porrò, quando à principio conceditur Emphyteusis Ecclesiastica filio naturali potest tunc succedere naturalis, ex Ripa *in l. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebel. n.* 67. *post* Bald. *in cap. quæ in Ecclesiarum n.* 43. *de constitut.* Negat tamen Decius *in d. cap. in præsentia, de probat. n.* 47 Quia forte deerunt in illo qualitates requisitę, quę in primo accipiẽte reperiebantur: quod intellige, si Emphyteusis sit de pacto, & prouidentia: secùs, quando est concessa cum libera potestate nominandi, quem volueris: tunc enim non est dubium, quod possit succedere naturalis, nisi apertè constet de contraria voluntate Ecclesiæ concedentis.

Quinimo potest concedi Ecclesiastica Emphyteusis à principio etiam spurio, ita Bart. *in l.* 2. *n.* 5. *&* *ibi* Iason. *n.* 122. *C. de iure Emphyt.* Bald. *in c. quæ in Ecclesiarum, de constit. num.* 43. Gama *decis.* 2. *n.* 8. Afflict. *decis.* 99. Cald. *q.* 16. *de nominat. num.* 69. Valasc. *tom.* 2. *consult.* 134. *n.* 19. *&* *sequent.* dicens Ecclesias, & Monasteria quandoquę concedere Emphyteusim Bastardis, & spuriis à principio, cùm non sit hoc in iure prohibitum, iuxta Ripam *in d. l. ex facto §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. num.* 66. Nam dum Ecclesia spurios nouit, & spurietate non obstante eos vocat in prima inuestitura, non eos visa est habuisse iam exclusos: Bald. ita *in cap. quæ in Ecclesiarũ, de constit. n.* 43. Quæ doctrina procedit in Emphyteusi gratuita, & liberali, non verò in illa, quæ fuit empta a patre, propria pecunia. Nam sicut non potest succedere spurius in bonis, seu in pecunia paternis, ita etiam non potest consequi Emphyteusim emptam, quæ subrogatur loco bonorum, quorum spurius est incapax *text. & Glos.* 2. *in l. quod conditiones* 36. *ff. de donat. causa mortis*: Et est communis teste Gozadin. *cons.* 73. *n.* 14. Quem referens sequitur Cald. *de nominat. q.* 21. *n.* 24. Sed de his filiis tàm naturalibus, quàm spuriis, quando possint succedere in Emphyteusi, dicetur *infra d. lib.* 6. *disp.* 9. *§.* 16. *per totum, a n.* 3. *vsq; ad n.* 18. vbi addemus omnia, quæ hoc loco desunt.

Quæstionis est, an filius naturalis Clerici in minoribus, succedat patri pedestri? Ratio, quia Clericus filius hominis plebeij, censetur nobilis, & clericatus nobilitat, per text. *in cap. denique. dist.* 4. Tiraquel. *de nobilitate c.* 9. *n.* 4. & præfertur clericatus honori sæculari, Bart. *cons.* 180. *col.* 2. *vers. Præterea*, quem sequitur Iason, *in l. generaliter, col.* 2. *ff. de in ius vocand.* igitur filius huius Clerici in minoribus, quamuis sit naturalis, non poterit succedere patri Clerico. 174

Quòd verò possit succedere, ex eo potest dici, quia nobilitas non præsumitur, nisi probetur aliunde, quàm ex Clericatu: Bald. *in l. non ignorat, col.* 1. *C. qui accusar. non poss.* Ideo quilibet præsumitur popularis, siue plebeius, nisi aliunde probetur nobilis, cùm nobilitas, sit quoddam accidens, quod paucis inest: Ergo clericatus non facit nobilem, qui nascitur plebeius. Confert Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 92. *§.* 2. *ibi*: *E postoque epiain tenha erdens, nam sera por isse hauide per caualeiro*: Quibus verbis ostenditur filium Clerici, in minoribus, ex soluta; natum à patre plebeio, esse plebeium: & ex consequenti; non obstante clericatu, succedet in bonis patris: siue habeat beneficium, siue non; quia nec clericatus, nec beneficiũ tollit ab homine plebeio conditionem ignobilitatis, neque transfert illum ad dignitatẽ Equestrẽ, vt patet ex ordinatione

Lusitana; & deducitur apertè ex doctissimo Petro Barbos. *in primatis scholiis, ad d. l. ex facto §. si quis rogatus, el 1. num. 3. ff. ad Trebel.* vbi concludit beneficium Ecclesiasticum, non efficere aliquem nobilem, nisi sit canonicatus in Ecclesia Cathedrali, Valasc. *allegat. 6. num. 39.* secundùm quos, filius Canonici, in Cathedrali, in minoribus constituti, & ex soluta, inter quos poterat esse matrimonium, non potest succedere in patris bonis, quoniam tempore natiuitatis, pater est iam nobilis: sicut sacer Ordo nobilitat, etiam secluso voto solenni, Sacro Ordini annexo, & reponit in Ordine Equestri, virum aliàs pedestrem.

Nihilominus quidquid affirment vterque Barbosa, dicendum est non obstante canonicatu in Cathedrali, filium susceptum in minoribus, adhuc patri posse succedere, cùm possit contrahere matrimonium cum soluta, ex qua genuit filiú, nec post matrimonium retinet nobilitatem, ex Canonia prouenientem; cùm illam amittere per matrimonium: tum quia verba legis nostræ absolutè loquantur: *ibi, postque epiam senha Ordens meneres, nam sera porisso anido por caualeiro.*

Quæri item potest, quænam officia, seu artes afferant secum nobilitatem? in primis certum est, munus Aduocati non nocere nobilitati: ideo sunt nobiles cum profiteantur artem nobilem, *text. in l. laudabile C. de aduocatis diuers. iudic.* confert *caput, quia Episcopus, in fine ibi, & laudabilis artis 5 q. 3.* Adeo vt relicto officio, adhuc censeantur Aduocati nobiles: *per l. 1. C. de Aduocatis diuers. iudic.* & *ibi* Bart. neque possunt torqueri, tanquam dignitate fulgentes: Tiraquel. *de nobilitate cap. 29. à num.* 11. vbi numerat priuilegia, quibus gaudent Aduocati; item nobilitas ostenditur ex viris grauissimis, qui Aduocatorum officium obierunt: vt D. Ambros. qui per annos vndecim, in Palatio Romæ dignissimè perorauit; & Beatus Germanius, ex ciuitate Eduensi oriundus, & alij, quorum meminit Chassanæus, in catalogo gloriæ mundi: *7. p. considerat. 29. ad finem.* Vnde constat munus Aduocati, non solum esse laudabile, ac nobile, sed etiam valdè vtile: Tiraquel *cit.* ac Matiens. *dialog. 1. p. cap. 7. n 4. & sequent.* Constat, Officium Notariorum, esse vile *l vniuersos C. de decurionibus, & ibi* Glos. *lib* 10. Quem text. Bald. vocat singularem, *in cap. post cessionem col. 2. de probat.* Ex quo Oldrad. *cons.* 75. coniicit hoc officium, nullam habere dignitatem: appellantur enim notarij, serui publici: *l. 2. C. de adopt.* Excipiuntur Notarij Principum, qui dignitatem dicuntur habere, ideo cæteri etiam infames possunt esse notarij, Aymo. Grauet. *cons.* 163 *incipit Videndum est*, Bart. *in l. 1. C. de mandat. Principis; & in l. eadem ff. ad l. Iuliam:* vbi expresse dicitur, infamem posse exercere officium Notarij, per quod perdit nobilitatem, vt tradit Aymo.

Nihilominus quidquid sit de iure ciuili, hodie apud varias Nationes, Nobiles etiam exercent hoc officium, præsertim apud Lusitanos, & censetur esse munus nobile, vt patet *ex lib. 1. Ordin. tit.* 57. & apud Hispanos *l. 14. tit. 19. part. 3. l. 3. tit. 8. lib. 1. fori:* Cardos. *in praxi Iudicum, verbo officium n.* 50. vbi concludit officium tabellionatus, pro nobili reputari ex lege Lusitana: *in d. lib. 1. tit. 57. in principio ibi: Ordenamos que todos os tabelliones das notas, è escriuaes de todas as cidades, è villas sejam obrigados a ter couraças, capaçete lança, a darda, è cauallos continuamente.*

Ex quibus verbis planum fit, quoscunque notarios, seu tabelliones censeri nobiles, non vero viros pedites, quia hæc ratio viuendi, ad nobiles spectet, & expressè notarios esse nobiles crediderút Alciat. *in l. mercis appellatione de verbor. significat.* Chassan. *in Catalogo p. 11. considerat. 19. a principio;* & sunt instituti ad confirmandam veritatem, habentque munus laudabile, & honorabile magisque creditur notario, quam aliis. Glos. *in verbo tabularius in §. si vero absunt in Authent. de heredibus.*

Imo hoc officium reputatur dignitas, vt ait Lucas de Pen. *in l. vniuersos C. de dignitatibus lib.* 12. ac proinde quando nó est aditus facilis, ad iudicé appellationis, potest appellari coram notario, tanquam coram viro, in dignitate constituto; idem tenet Ripa *lib. 2. respons. cap.* 26. *n.* 8. & Alciat. *de præsumpt. regul. 1. præsumpt.* 48. Ex quibus patet notarios esse nobiles, quidquid aliqui contradicant; Sed contrarium est probabilius, vt tradit Menoch. saltem hisce temporibus, *cons.* 18. *num. 17. & 18.* Illustrissimus D. Rodericus Acunna 1. *p. Decreti dist. 32. cap. multorum num.* 5.

Pro agricolis exercentibus propriis manibus terram, in suis possessionibus, dicendum est, si nobiliter viuant, gaudere priuilegio nobilium, etsi exerceant officium agricolæ, nec amittere nobilitatem, nec priuilegium illius, ob culturam agrorum: sicut clerici exercentes manibus propriis, in fundo proprio munia ruralia, non perdunt priuilegium clericale, Specular. *in tit. de clerico coniugato §. 1. vers. veruntamen non prohibeo:* Bald. *in l. nobiles C. de commerc. & mercat.* Guido. *dec. q.* 392. vbi ait sic fuisse iudicatum in curia Parlamenti Delphinat. idem Mexia *in tract. taxæ panis conclus. 6. num.* 27. dicentes per maiorem partem anni agros excolentes, licèt in aliqua arte se exerceant, non vocari artifices: sed contrarium est in praxi inductú, eò quia qui interdum sutoriam arte exercet, semper dicitur sutor.

Pro nobilibus per seipsos mercaturam exercentibus, tradit Ranchin. apud Guidon. *decis.* 41. illos amittere nobilitatem, & priuilegia *per l. nobiles*, & ibi Bald. *C. de commerc. & mercat.* Rebuff. idem vult *in suis comment. tit. de mercat. in Glos.* 1. *num.* 24. Sicut Clerici per negotiationem, amittunt priuilegium, non soluendi tributum, quo gaudent. Nihilominus tam nobiles, quàm clerici à mercatura desistentes, recuperant sua priuilegia: *argumento cap. final. de vit. & honest. cleric.*

Non deperditur tamen nobilitas ex negotiatione proprij frumenti, aut vini; neque quando mercatores per alios mercaturam exercent, vt notat Matienço *l. 1. glos. 7. n. 3 tit. 14. lib. 5. nouæ recopil.* & Mexia *d. conclus. 6. n. 25 ad finem & n. 26.* Gutier. *practicar. lib. 3. q 13 n. 77.* Sequitur Valasq. *allegat.* 13. *n.* 125. *& seqq.* vbi subdit hæc in re standum esse consuetudini regionis; ex Bart. *in l. 1. C. de dignitatibus n. 97. lib.* 12. & ex Tiraquel. *de nobilit. cap. 10. n. 1. & cap. 33. n.* 21. dicens mercaturam obesse nobilitati, nisi consuetudo aliud indocat, quod priùs etiam dixit Cepol. *in materia nobilitatis in* 18. *opinione;* idem Poggius *in lib. de nobilitate.*

Constat etiam Medicos esse nobiles, de quorum laudibus, Cenedus ad decretales *collect.* 163 *num.* 8. Chassanæus *in catalogo, p. 11. considerat.* 48. Tiraquel. *de nobilit. c. 31. n.* 70. & ita fuisse iudicatum, refert Cabed. 2. *p. Arresto* 36. vbi probat esse nobiles: subscribit Barbos. *in annotationibus ad leges Regias lib. 4. Ordin. tit 92. in principio num.* 10. idem Tiraquel. *de nobilit. c 31. ex n 406.* vbi de medicinæ laudibus.

Similiter Chirurgi sunt nobiles, Barbos. *in Remiss. supra num.* 10. & ita fuisse iudicatum docet Cabed. 2. *p. Aresto* 36.

Decuriones item esse nobiles, traditur à Cabed. 2. *p. Aresto* 7. ex Ordinatione Lusitana *lib. 5. tit.* 139. *in principio:* vbi refert ita fuisse iudicatum.

Ad

Ad effectum non succedendi patri filium naturalem, cum cæteris legitimis; debet pater esse nobilis, aut ex equestri ordine, aut ex alia conditione, vt soleat equo vehi dum iter agit, dummodo non exerceat Mechanicam artem nec reputetur, aoc æstimetur vir plebeius. Quod si contingat plebeium fieri nobilem, non propterea filius naturalis natus ante nobilitatem, desinet cum legitimis hæreditatem patris plebeij consequi, quia nobilitas ab ascendentibus ad descendentes deuoluitur post nobilitatem obtentam, quoad hunc effectum succedendi. Nihilominus homo pedestris, si habeat filium Episcopum, gaudebit priuilegio dignitatis Episcopalis, ratione cuius, non detrudetur in carcerem publicum; sed erit in captura libera, in domo propria: per *text. in Authent. constitutio, quæ de dignitate, §. generaliter cum Glos. in verbo ostendat.* Vbi pater per nobilitatem filij, reputatur nobilis, vt fuit iudicatum, & refert Gama *decis.* 212. & ibi Flores, illius additionator.

An filius naturalis famuli seruientis Regi, à puero calcarium, excludatur à succedendo patri? Negat Cabed. 1. *p. Aresto.* 48. & Gama *decis.* 322. quia quamuis omnes, qui comitantur Principem, & in aliquo officio præstant obsequium, sint nobiles, vt Chassanæus vult, *p. 8. considerat.* 19. famulus tamen à calcaribus censetur pedestris vir. Vnde doctrina Chassanæi absolutè non est vera, quatenus tradit omnes seruientes Principi, etiam in quocunque minimo officio, esse in dignitate constitutos: ac proinde nobiles, cùm dignitas, & nobilitas idem sint, Bart. in *l. 1. C. de dignitatibus.*

A fortiori succedent cum legitimis naturales filij, quamuis sint famuli illustrium virorum vulgò *pages*: secus si fuerint filij nobilium, quia illi censentur plebeij, isti autem minimè. Barbos. *in Remissionib. ad d. tit. 92. in principio num.* 13. Nam si seruitium factum Regi, non inducit nobilitatem, à fortiori præstitum illustribus non importabit: nisi Rex sibi seruientes nobilitet, aut concedat nobile officium, seu dignitatem, ita Flores *in addition. ad Gamam* 325.

175 Quæritur quomodo apud Hispanos, succedant fratres sibi ad inuicem ab intestato, quando non sunt ex legitimis nuptiis? Respondetur *ex l. vlt. tit. 13. part. 6.* fratri naturali carenti vterino fratre, legitimum ex parte patris succedere ab intestato, licet habeat fratrem naturalem, & non legitimum ex eodem patre. Deficiente tamen fratre legitimo, tunc frater naturalis succedet, exclusis tamen consanguineis ex parte patris, qui nullo modo succedent huic filio naturali: Gomez *in l. Tauri num.* 48. vbi addit huic filio naturali ab intestato decedenti, omnes consanguineos matris succedere, secundùm sui gradus prærogatiuam. Vnde si extent fratres vterini, omnes æqualiter succedent: illis autem non extantibus, proximiores in gradu ab intestato succedent: similiter ipse succedet illis, perinde ac si esset filius legitimus: quia constat matrem esse certam, & illos esse verè consanguineos, ex parte matris; & sibi inuicem cognatos: *per l. si spurius ff. vnde cognati: text. in §. vulgo quæsitos Institut. de success. cognat.* cùm successio sit reciproca ex Bart. *in l final. num. 15. ff. de his, quibus vt indignis*: Cenall. *in practicis, quæst. 2. num. 36. & quæst. 697. num.* 17. Quando verò contigerit apud Hispanos, quod filius legitimus careat ascendentibus, & descendentibus; ac fratribus legitimis, illegitimisque vterinis, si habeat fratrem naturalem ex parte patris, illi succedet: ita Gregor. Lopez *in d. l. vlt.* & Molin. *de inst. tom. 1. disp. 167. col. vlt.*

De iure tamen communi spurij, seu naturales nequeunt succedere patri, neque consanguineis, vel fratribus ex parte patris, quia carent iure agnationis: tamen quocunque coitu geniti sint, intestati sibi inuicem succedunt, si sunt vterini *d. l. si spurius, & l. 2. ff. vnde cognati*, & quocunque etiam coitu procreati, cognatis, & consanguineis maternis succedunt. Et quamuis *d. l. vlt. tit. 13. part. 6.* disposuerit, quod spurij fratres, & naturales ab intestato aliis fratribus ex parte patris, modo supra scripto succedant, deficientibus legitimis, ac naturalibus ex parte matris, & nihil disposuerit de aliis consanguineis: idem tenendum est ex identitate rationis, nempe illos, etiam consanguineis ex parte matris indistinctè succedere, nisi sint suscepti ex coitu damnato: per *d. l. spurius ff. vnde cognati*: nam in hoc casu nec sibi inuicem, fratres vterini succedunt ab intestato, vt putat Decius *cons. 321. col. 1.* & Aymo. *cons. 138. col. 3.*

Nihilominus probabilius est, succedere sibi inuicem Coust. *d. cap. 8. §. 5. num.* 19. quod tanquàm magis commune vult Flores *in additio. ad Gamam decis. 2.* post plures subdens ita fuisse iudicatum in senatu Neapol. quod expressè deducitur ex Ordinatione Lusit. *lib. 4.* tit. 93. disponente fratres vterinos ex quocunque coitu, sibi inuicem succedere ab intestato, & omnibus consanguineis, ex parte eiusdem matris, licèt sint geniti ex coitu damnato, ac punibili. De ordine tamen, & iure succedendi mutuò inter matrem, & filios illegitimos, seruando tam de iure communi, quàm Lusitano dictum est *suprà disp. 2. § 4. n.* 145.

Quæritur item an filius plebeij, gaudeat priuilegiis paternis; si pater fiat nobilis? Pars affirmans 176
probatur *ex l. Senatoris filium ff. de senat.* vbi vt quis vocetur filius Senatoris, parum refert, an genitus sit à patre, ante, vel post dignitatis Senatoriæ consecutionem. Confert Glos. *ibi*: quatenus ait natum ex illustri, ante dignitatem vocari clarissimum duntaxat. Natum verò post dignitatem, dici illustrem: vt etiam notat Glossa *in l. si senator C. de dignit. lib. 12.* quinimo nullum esse discrimen inter natos ante, vel post dignitatem, post Glossam *in l. 1. C. de aduoca. diuers. iud.* expressè tenet Guido Papæ *decis.* 389.

Pars tamen negans est probabilior; Glos. 1. *in l. Imperialis C. de nuptiis § illud.* his, quæ ex illo textu coniicit, & elicit non esse filium militis, seu Clerici, qui ante illam dignitatem natus est; quam Glos. *ibi* probat Bart. & Bald. *in l. 2. ff. de decur.* Didacus Perez *in lib. 1. Ordin. col. 1351.* text. *in l. si senator C. de digni. lib. 12.* vbi nati ante dignitatem patris, sunt priuati: nati verò post illam, gaudent priuilegiis paternis. Idem habetur *in l. final. C. de decurionibus lib. 10.* ibi: *sed progeniti filii, antequam ad fisci patronatum peruenerint, in conditione pristina remaneant.* Consentit Bart. *in l. 2. §. in filiis ff. de decurionibus*: dicens patris nobilitatem non transire, nec retrotrahi ad filios antè susceptos, & ob id filios ante nobilitatem patris natos, non puniri eodem supplicio, quo nobiles puniuntur ex statuto aggrauante pœnas nobilium: Ratio, quia priuilegia huiusmodi sunt odiosa, & reipublicæ nociua: ideo strictè sunt accipienda, ne tot eximantur à seruitio Reipublicæ: Cald. Pereira *de nominat. Emphyt. quæst. 13. num. 51. in principio*: Tiraquel. *de nobilit. cap. 15. num. 9.* vbi probat hanc partem, vti versatur in filiis naturalibus, seu bastardis; negans gaudere priuilegiis paternis, si nati sint ante patris dignitatem: filios verò legitimos etiam ante dignitatem susceptos, vult frui paternis immunitatibus: post Bart. *in d. l. 1. col. 4. vers. item pone ex eodem, C. de dignit. lib. 12.* & Bald. *in l. cum legitima ff. de statu homi-*

num,& in cap.innotuit,col.vlt.verſ.nota, quòd nobilitas,de electione: vbi docet nobilitatem patris filios degeneres,id eſt naturales,vulgò baſtardos, ſeu nothos, non poſſe facere nobiles, neque eximere à pœna vili,vbi tàm Bald.ibi,quàm Tiraquel. citatus n. 10. loquuntur de iure communi.

177 Vnde ſicut non ſunt nobiles naturales, ſeu baſtardi,quoad honores,ſic nec contra, quoad pœnas ſtatutorum,quia nobiles mitius puniri ſolent: Tiraquel.de pæn. temper. cauſa 36. Non veniunt ergo appellatione nobilium baſtardi, ſeu naturales, ſiue in fauorabilibus, ſiue in odioſis de iure communi: Florian. in l. qui teſtamentum in fin. ff. de probat. & conſequenter,non potuntur priuilegiis parentum, ſicut legitimi,& naturales ex legitimo matrimonio nati: l. ex libera C. de ſuis, & legitimis; & ibi Baldus in l. generaliter §. cum autem C. de inſtit. & ſubſtit. dicens baſtardos, non includi ſub generali diſpoſitione legis,quoad commodum,& honores, neque in feudis comprehendi: cap. 1. §. qui naturales, ſi de feud. fuer. contro. inter domin. & vaſallos, ſequique conditionem matris, non verò patris: Ioan. Plat. in l. ſi ſenator C. de dignit. lib. 12.

Cæterum non obſtante iure communi,ſed attenta conſuetudine Hiſpaniæ, & Luſitaniæ, naturales, ſeu baſtardi nati ex ſoluto, & ſoluta gaudent priuilegiis, & nobilitate patris: Gregor. Lopez in l. 11. tit. 11. verbo Amiga Gloſ. vlt. verſ. habes hic expreſſum part. 7. ſecundùm quam conſuetudinem huius Regni, & Hiſpaniæ, filij naturales Senatoris, vel Decurionis,& cæterorum nobilium gaudent priuilegio paterno,circa tormenta, ac pœnas hominum plebeiorum euitandas; quæ non euitant naturales nobilium de iure communi: iuxta Gloſſam in l. 2. §. in filiis ff. de decurionibus. Sed ex conſuetudine, cap. cum dilectus, & ibi Barboſ. num. 6. de conſuet. Imo naturales gaudent nobilitate parentum, quoad officia nobilium, & contributiones plebeiorum: ſiue ſint legitimati, ſiue non. Spurij verò,licet ſint legitimati, non in totum, gaudent nobilitate patrum. Proinde contribuere ad onera realia, ac perſonalia plebeiorum tenentur, vt dicitur in l. 12. tit. 2. lib. 6. recopil. & in l. 20. tit. 11. lib. 2. etiam recopilat. Caſtellæ, quæ loquuntur de ſpuriis legitimatis, quos non propterea eximunt ab oneribus, tam realibus,quam perſonalibus, quibus plebeij ſubiiciuntur. At verò de naturalibus nihil diſponunt; ideo in totum, gaudent parentum nobilitate: nec tenentur contribuere, vt ait Garcia de nobilitate, Gloſſ. 21. num. 32. & 33. ſuccedùntque in nobilitate paterna: ex l. 11. Taur. abſque vlla legitimatione: ſic Gregor. Lop. l. 1. tit. 11. par. 7. verbo conocidamente por ſuya: Matienz. in l. 10. tit. 8. Gloſſ. final. num. 4. licet ſint ſuſcepti de matre abiecta: Spino, in ſuo ſpecul. Gloſ. 16. num. 14. Couar. in Epitome, 2. p. cap. 8. §. 4. num. 2. & ſeqq. Gomez in l. 19. Tauri num. 6. Otalora de nobilit. 2. p. tertia partis cap. 5. n. 5. Ceuallos in practic. d. quæſt. 2. à num. 45. Quod etiam de conſuetudine ſeruari tradit Tiraquel. de nobilit. cap. 15. num. 25. Tellus l. 11. Tauri num. 2. Auendan. in dictionario verbo hijo natural: cui conſuetudini ſtandum eſt; vt Bart. in tract. de inſignib. & arm. col. 2. dicens de iure communi, quàuis naturales non poſſint vti armis ſuorum parentum, poſſe tamen de conſuetudine. Idem tradit Afflict. in tract. Proæmiſſos in Gloſſ. 1. col. 11. verſ. idem quaro, an conſanguinei Baritardis, quòd deferant, videlicet arma domus, vnde prouenıunt, & Nicol. Perus in tract. de ſucceſſio. ab inteſtato in quarta ſpecie filiorum; adduntque de conſuetudine in Francia, nobilium naturales,nobiles reputari, eſſeque immunes à ſubſidiis popularibus, & potiri regulariter priuilegiis nobilium,& in praxi receptum eſt in tota Hiſpania, teſte Ioan. Garcia Gloſſ. 20. num. 16. quibus accedit Sanch. de matrim. lib. 7. diſp. 24. num. 1. & Mendes à Caſtro in praxi lib. 5. cap. 1. num. 65. ad finem. vbi ſubdit ſic placuiſſe Senatui Luſitano in lite Ioſephi Pereira Scriba, Ioan. Leal. conſuetudo interpretatur priuilegia,idem Barboſ. ſupra in d. cap cum dilectus num 7.

Quod adeo verum eſt, vt naturalis natus ex ancilla, ſiue propria, ſiue aliena, & ex patre nobili paternam nobilitatem aſſequatur, vbi primùm manumiſſus fuerit, quia nobilitas eſt quoddam ius ſanguinis incommutabile, l. iura agnationis ff. de pactis, neque poteſt vllo iure ciuili dirimi,dicitúrque ſanguini inhærere, per regul. iura ſanguinis 8. ff. de regul. iuris; vbi nota,non dixiſſe textum, ius ſanguinis nullo iure Ciuili poſſe impediri; ſed non poſſe dirimi,quia durante ſeruitute impediri poſſet nobilitas, ſuntque ſerui inhabiles ad honores, & dignitates, l. Barbarius de officio prætor. cap. 1. de ſeruis non ordinandis, & nobilitas eſt dignitas, Bart. l. 1. num. 4. C. de dignitatibus lib. 12. Libertate verò comparata ius impeditum detegitur, & nobilitas detecta apparet, vt colligitur ex traditis à Tiraquel. de nobilit. cap. 26. num. 5. Sanch. diſp. 24. n. 4. d. lib. 7.

An verò is naturalis ſuſceptus ex ancilla, habilis per ſtatutum, aut legem, ad ſuccedendum patri, faciat deficere conditionem fideicommiſſi? Negant aliqui ex caſu contento in l. ex facto §. ſi quis rogatus 1. ff. ad Trebel. niſi ex qualitate, vel conditione teſtatoris, ſeu ex aliis coniecturis, contrarium inducatur, inter quos refertur Cornelius lib. 1. Miſcellanearum cap. 7. num. 1. Anton. Gabriel. plura referens de fideicommiſſ. concluſ. 2. num. 68. & Acoſta Luſit. in l. Gallus §. & quid ſi tantum p. 1. n. 72. ff. de liber. & poſthu. 178

Dicendum tamen eſt hos filios, ſiue ſint concepti in ſeruitute in figura matrimonij, ſiue non, quando per legem, vel ſtatutum parentibus, inſtar legitimorum ab inteſtato ſuccedunt, comprehendi ſub ea conditione, ſi ſine liberis decedat, & ſubſtitutum excludere: ita Gloſſa in l. 1. heredibus §. vlt. ff. ad Trebel. & ibi Bart. num. 3. Ales and. & Iaſon in d. §. ſi quis rogatus: Cald de nominat. q. 2. n. 14. & 15. Vbi concludit apud Luſitanos certum eſſe, quod naturales filij, hominum vulgarium, inſtar legitimorum, parentibus ſuccedere; per l. Luſit. lib. 4. Ordin. tit. 92. in principio, & num. 2. Acoſta in d. §. & quid ſi tantum p. 5. verſ. at in hoc Regno, num. 65. Vbi naturales conceptos in ſeruitute, ait eſſe melioris conditionis, quàm naturales alios, quia ad ſimilitudinem legitimorum, cum legitimis ſimul ſuccedunt parentibus; idcirco ſine diſtinctione, excludere debent ſubſtitutum, ita Acoſta n. 67. & Cald. num. 15. Secluſo vero ſtatuto, & lege, indiſtinctè nati in ſeruitute, in figura matrimonij, tamen faciunt deficere conditionem, excluduntque ſubſtitutum, tanquam legitimè nati in libertate, ita Menoch. lib. 4. præſumpt. 78. num. 18. & num. 28. Iuuat Bart. in d. §. ſi quis rogatus per hæc verba ibi: filij naturales in ſeruitute concepti, faciunt deficere conditionem: aliàs ex dignitate, & conditione perſonæ, diuerſimodè ſtatuetur: quod idem eſt, ac ſi diceret filios naturales in ſeruitute conceptos, nullum eſſe dubium, quòd excludant ſubſtitutum: aliter verò definiendum eſt in cæteris non ſimpliciter, ſed ex dignitate, & conditione perſonæ diuerſimodè.

Vnde infertur, quando teſtator eſt perſona nobilis, ſeu in dignitate conſtituta, naturalem non facere deficere conditionem, neque excludere ſubſtitutum: niſi ſit naturalis filius in ſeruitute, & figura matrimonij ſuſceptus: is enim facit deficere conditionem,

tionem, si sine liberis decesserit: quia is vbi primum fuerit manumissus, succedit patri, sicut legitimus, excluditque substitutum, Gabriel Pereira *decis.* 14. *num.* 9. secus in aliis naturalibus, in quibus quæstio sit voluntatis, ex Iurisconsulto *in d. § si quis rogatus*, vbi ostendit non absolutè, naturales substitutum excludere, quandiù ex argumentis voluntatis aliunde collectis, aliquid non appareat: atque ita pro naturalibus, vt possint excludere, aliqua voluntatis testantis debet accedere coniectura; vt substitutus excludatur: alioqui regula negatiua seruabitur, vt benè Molin. *lib.* 3. *de primog. cap.* 3. *n.* 43. & Acosta *supra in §. quid si tantum* 5. *p. num.* 72. *& in d. cap. si pater, verbo si absque liberis, num.* 34. credunt, exceptis naturalibus siue sint in seruitute concepti in figura matrimonij, siue non, quando per legem, vel statutum, instar legitimorum, ab intestato parentibus succedunt.

179 Quæritur, an naturalis gaudeat nobilitate patris, quoad officia nobilia & contributiones plebeiorum? Affirmat Ceuallos *q.* 2. *num.* 45. *&* 49. Spino *in speculo Glossa* 16. *num.* 24. nec tenetur contribuere ad seruitia plebeiorum *ex l.* 11. *Tauri*, Gomez *in l.* 79. *Tauri num.* 6. & est receptum: Garcia, *de nobilit. Glos.* 20. *num* 36. modò filius sit ex vnica concubina domi retenta, Gomez *supra, & dixi num.* 177. *§. cæterum non obstante.*

180 Insuper naturalis succedit matri non illustri, concurritque cum legitimis: secùs si sit illustris *l. si qua illustris C. ad Orfician. l.* 11. *tit.* 13. *par.* 6. Tauristæ, *in l.* 9. *&* 10. *Tauri*: Cardos. *in praxi verbo filius n.* 34. Morquech. *de diuis. bono. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 51. Potéstque naturalis succedere matri, & aliis coniunctis per lineam maternam: *l. hac parte, & l. spurius ff. vnde cognati.* Paleot. *de noth. & spur. cap.* 34. Molin. *tom.* 1. *disp.* 166. *conclus.* 7. *&* 8.

181 Controuertitur an naturalis excludat substitutum, quando testator fuit naturalis. Respondetur affirmatiuè, licet fuerit nobilis: censetur enim cogitasse de sibi similibus, tempore testamenti, ac voluisse, vt naturales excluderent substitutum sub conditione, si decesserit sine liberis, nisi contrarium colligatur apertè, ex voluntate testatoris: imo in dubio de naturalibus, censebitur iudicasse: ita Decius *in cap. in præsentia num.* 36. *vers. vlt. etiam de probat.* Vbi consideratur qualitas illius, qui fideicommissum instituit. Nam origo rerum in omnibus est attendenda *l. inter. ff. de fideicommissariis*: sequitur Roland. post Tiraquel. quem refert *in cons.* 76. *num.* 23. *vol.* 3. argumento Baldi *in cap. quæ in Ecclesiarum col. fin. de constitut.* dicentis Emphyteusim Ecclesiasticam, quæ de se non venit ad naturales, deuolui ad illos, quando primò fuit concessa naturali attenta origine, *cap.* 1. *§. ex eadem, de lege Conradi.*

Ex hac decisione restat, filios naturales nec de iure nouo Hispano, nec de iure antiquo, facere deficere conditionem; si sine liberis; & consequenter non excludere substitutum: ita Decius *in d. cap. in præsentia, de probat. num.* 37. Acosta *in d. § quid si tantum in* 5 *p. num.* 76 *vers sed tamen*: ex ea ratione, quia conditio, si sine liberis decedat, est adimplenda in forma specifica, & propriè, *ex lege Manius, & ex lege, qui heredi ff. de condit. & demonstr.* hi namque propriè non dicuntur filij cum non sint ex legitimo matrimonio, *secundùm l. filium eum definimus, ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris*: igitur conditio, si sine liberis, non deficit. *Ex d. §. si quis rogatus*, vbi Vlpian. sic ait ibi. Mihi autem. quoad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videtur esse, sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit. Ex quibus verbis Vlpianus ostendit non absolutè, nec regulariter naturales efficere conditionem hanc deficere, sed aliquando id facere, aliquando verò non, atque ita id pendere ex dignitate, seu voluntate testatoris facientis fideicommissum, an voluerit succedere naturales, vel non. Quare, quando non constat hoc, eliciendum est ex coniecturis.

Prima ergo coniectura sit, si testator nobilis in testamento meminisset de filiis naturalibus, significasséque, se velle illos honorari. Tunc faciunt deficere conditionem à testatore nobili relictam, ita Angel. *in quæst. nobilis quidem genere vers.* 3. Bart. *in d. §. si quis rogatus*, & Ripa *ibidem num.* 17. Menoch. *cons.* 266. *n.* 23. *lib* 3.

Secunda coniectura potest esse, si fœmina nobilis, posuit hanc conditionem hæredi suo, si decesserit sine liberis: tunc enim naturales excludent substitutum, faciéntque deficere conditionem: Bero. *in cap. in præsentia, de probat. num.* 279. nisi maritus sit hæres: quia in hoc casu filius naturalis illius, non excludet substitutum: ita Capra *cons.* 132. *n.* 1. *&* 7. post Beroium.

Tertia coniectura, si testator adiecit conditionem, si decedat sine liberis legitimis, aut quoquo modo descendentibus ex suo corpore: quibus verbis comprehendit filios etiam naturales. Bald. *in cons.* 103. *lib.* 5. Alciat. *in responso* 287. Mant. *de coniectur. vltimar. volunt. lib.* 11. *tit.* 9. *n.* 21.

Quartò, si testator, quando grauauit hæredem, sciebat eundem non posse contrahere iustas nuptias. Videtur namque sensisse de naturalibus tantùm. quos poterat suscipere, non verò de filiis legitimis, Bart. *in d. §. si quis rogatus num.* 2. & ibi Alexand. *num.* 6. *vers. item vbi*, & ostenditur *ex l. hæredibus §. vlt. ad Trebel.* & ibi Bart. quem sequitur Bero. *in d. cap. in præsentia num* 243. *&* 280. Paleot. de *Nothis, & Spuriis cap.* 27. *num* 7. *vers. cuius mors*, & Acosta *in d. l. Gallus §. & quid si tantum in* 5 *p. n.* 71. *&* 72 *de liber. & posthu.* quod potest contingere, si testator instituat hæredem furiosum, seu mente captum, qui non potest contrahere matrimonium, nec filios legitimos habere, vel si instituat filium in sacris, illo que grauet restituere, si sine filiis decesserint: tunc censentur intelligere de filiis naturalibus. quos vterque filius potuit procreare, antequam ad sacros Ordines promoueretur, Bart. quoad filium furiosum. Bero. Acosta Paleot. *suprà*, & Mant. *n.* 13. *vbi proxime.*

Dubij tamen est, si Clericus non habeat filios, nisi postquam fuerit in sacris, & testator dicat, si filius meus hæres decesserit sine liberis, vtrum illegitimi faciant deficere conditionem? Responsio sit negatiua, ita Paleot *cap.* 28. *in fine*; vbi credit hanc substitutionem haberi pro pura: cùm quædam sit conditio necessaria: sicut Bart. ait *in l.* 1. *in* 1. *opposit. ff de condit. instit.* dicens conditionem appositam à testatore in hunc modum: Iubeo hæredi meo, vt fratrem suum interficiat: quod si non interficiat, soluat loco pœnæ mille aureos. Quæ conditio (si fratrem proprium interfecerit) de iure est impossibilis: igitur conditio, si *non* interfecerit, est necessaria. Sic ergo in nostro casu hæres, si non habuerit filios, quasi loco pœnæ necessariò debet restituere hæreditatem substituto. Atqui Clericus non potest suscipere filium naturalem. Ergo possidebit hæreditatem dum vixerit, eamque restituet substituto, cùm illa conditio, si non susceperit liberos, sit necessaria, cuius contrarium est impossibile, vt Bald. *in l. non quidquid, ff. de iudiciis* Mant. *de coniectur. lib.* 11. *tit.* 9. *§.* 27. *ad finem.*

Poterit tamen adimpleri licitè conditio, si

quando

quando testator conditionem posuit,& filium Clericum grauauit, filius Clericus habebat iam filios legitimos,vel legitimatos: Paleot. *supra d.cap.28. ad finem*; vel potest intelligi conditio, si decesserit sine liberis,id est,adoptiuis, cum prohibitum non sit eos habere,sic Decius *d. cap. in præsentia,de probat.num.38.* Conueniunt Angel.& Imol. *in l.si quis posthumos ff de liber.& posthu.* Quæ opinio est probabilis,ne sit elusoria,& inanis testatoris dispositio *l.3.ff.de milit.testam.* Quamuis Portius *in Instit.de adoptionibus in principio num 5.* velit Clericos non posse adoptare filios:*argumento cap.primo,ne Clerici, vel Monachi*: quod puto dictum minus bene, cum hoc non constet ex illo text. nec Clericis id interdicitur,vt vult Abbas *in cap.1.num.4.de cognatione legali.*

Neque obstat,si dicatur non facere deficere conditionem,si sine liberis decesserit, *per l.si ita quis §. vlt.de legat.2.* quia oppositum est verum, quando testator instituit hæredem, grauauitque illum,qui non potest alios filios habere nisi adoptiuos. Ita Ascan. Clemens. *in tract. de patria potestate cap.5. num.13.*& Sforcia Oddo. *in tract. de compendiosa in 6.p.art.vlt.vers.limitat. secundo.* Marsilius *in singul. 350.& in rubric.ff.de fideiussor. num.197.* Ripa *in d.§.si quis rogatus,num.35.* Vbi ponunt exemplum in hærede grauato, sacris initiato; & in Spadone, qui generare non potest, quibus accedit Menoch. *lib.4.præsumptione 82. n.17. & 18.* Mant. *vbi suprà n.31.vers.proinde.*

Quinta coniectura, quando testator quamuis nobilis grauauit hæredem ignobilem,restituere hæreditatem alteri non nobili, sed de plebe, si sine liberis decesserit: tunc naturalis excludet substitutum,quia præsumitur noluisse conseruare dignitatem familiæ, & voluisse vocare non nobiles, ita Acosta *in d.§.& quod si tantum 5.p.num. 63.vers. vnde si hodie*: Paleot. *vbi supra cap.27.num.7. ad finem.*

Sexta coniectura desumitur, ex qualitate personarum illustrium,seu clarissimarum,quæ sunt constitutæ in aliquo dignitatis gradu: nam earum naturales non censentur comprehensi,quia tales personæ non censentur de naturalibus liberis cogitasse: ideò quamuis filius naturalis substitutum excludat, si testator instituto substituat, si sine liberis decedat: nihilominus hoc fallit in filiis naturalibus illustrium, seu clarissimorum: cùm abhorreant huiusmodi liberos; atque ita substitutum non excludent, etiam si legitimati essent, ita Andreas Gail.*in suis obseruationibus lib.2. obseruatione 136.n.4 & 5.*vbi id plenè probat.

Difficultas est an filius naturalis succedat in Emphyteusi, à priuato concessa? Affirmat Clar. *§. Emphyteusis q.10.* post Bald. *in l. generaliter §. cum autem num.2.C.de institut. & substitut.* Ripa *in d.l. ex facto §.si quis rogatus 2.num.58.ff.ad Trebel.* Ratio,quia regulariter in contractibus, nomine filiorum,intelliguntur naturales,sequitur Morquechus *de diuis.bonor.lib.1.cap.6.*dicens naturales, & à fortiori legitimatos,succedere in Emphyteusi priuata: secus,quando est Emphyteusis Ecclesiastica, in qua non succedunt nisi in casibus certis. Sed de hoc *infra disput.9 §.16.*

De iure tamen Lusitano *lib.4. tit.36.num.4.vers. porque emquanto,ibi*: *Enao auendo descendente legitimo por morte do foreiro auera esse foro o seu filho natural se o tiuer.* Ex quo constat filium naturalem, admitti ab intestato ad Emphyteusim, non extante prole legitima, quamuis extent legitimi ascendentes. Ex testamento tamen, prole legitima extante, si pater non est nobilis,sed pedestris,& Emphyteusis accipitur pro se, & pro aliquibus personis post se, possunt naturales nominari ex testamento, tanquàm filij legitimi: Decius *in d. cap. in præsentia,* & Alexand. *in d.§.si quis rogatus num. 10.* conuenit lex nostra *lib.4.Ordin.tit.92.in principio,& num.9.* vbi admittit ad succedendum filios naturales plebeij, simul cum legitimis: quando vero pater est nobilis,succedet naturalis ab intestato,non extante prole legitima, illa autem extante, si Emphyteusis est de libera nominatione, potest relinqui filio naturali ex testamento, sicut alij extraneo. Secùs, quando Emphyteusis est accepta pro se, & filiis: nam tunc non admittitur naturalis, nec spurius legitimatus: Barbos. *in Remiss. ad lib. 4. tit. 36. §.4. num.1.*& Flores *in additio.ad Gamam decis.2. §. secundus casus*: quia concessio seruato ordine successiuo charitatis,& gradus, intelligitur, censetúrque pater stipulatus ipsam Emphyteusim, ordine successiuo,videlicet primo loco sibi, deinde filiis legitimis:post filios, nepotibus suis; secundum Bart.*in l.quod dicitur num.6.ff.de verbor.obligat.* & obseruatur communiter vt vult Clar. *verbo testamentum q.80.n.3.& verbo Emphyteusis q.35.*

---

§. VII.

De obligatione erga filios adoptiuos, & quomodo parentes succedant eisdem.

EPITOME.

183 *Pater adoptans, an teneatur alere filios adoptiuos?*
184 *Pater adoptans secundum veriorem,tenetur alere filios adoptatos.*
185 *Filij legitimati siue naturales, siue spurij, sunt alendi à parentibus.*
186 *Patrem adoptantem sequuntur onera patris naturalis.*
187 *Filij adoptiui non excludunt fœminas stante statuto, quòd masculis extantibus filiæ non succedant.*
188 *Filius adrogatus acquirit patri adrogatori.*
189 *Pater adoptiuus succedit loco patris naturalis.*
190 *Legitimati possunt dicere de nullitate testamenti sicut legitimi.*
191 *Adoptatis,siue adrogatis, quid debeatur de bonis parentum adoptantium.*
192 *Filij adoptiui succedunt ab intestato cum cæteris filiis naturalibus in portione æquali.*
193 *Adoptatio si fiat in fraudem ascendentium, possunt ascendentes conqueri, & probata fraude rescinditur adoptatio,*
194 *Filio adoptato ab extraneo, an debeatur quarta pars bonorum ex bonis adoptantis.*
195 *Quarta pars debetur adrogatis, & adoptatis ab ascendentibus.*
196 *Arrogati,seu adoptati per adoptionem alicui ex ascendentibus manent in eorum potestate.*
197 *Arrogati,seu dati per adoptionem alicui ex ascendentibus,si prætereantur,aut exhæredentur, possunt dicere de nullitate testamenti.*
198 *Adoptantes succedunt filiis adoptiuis.*
199 *Filiorum appellatione non veniunt adoptiui filij. Nisi veniant in dispositione fauorabili.n.eodem.*
200 *Fideicommissum relictum sub conditione, si sine liberis decesserit, an excludatur per adoptiuos.*

201 *Filius*

201 *Filius adrogatus si grauetur restituere intelligitur, si sine liberis decesserit.*

202 *Dispositio in fauorem filiorum, debet extendi ex identitate rationis.*

203 *Patres adrogantes quomodo succedant filiis morientibus ab intestato.*

204 *Patres adoptiui, & naturales, an simul succedant adoptatis?*

205 *Vterque parens pro sua dimidia succedet filio praemortuo, secundum probabiliorem.*

206 *Pater adoptiuus, & pater naturalis, & mater, quomodo succedent filio ab alio adoptato, si praemoriatur.*

207 *Adoptans loco nepotis aliquem, excludetur à patre naturali, in successione filij defuncti.*

208 *Filius per adoptionem datus extraneo, an succedat agnatis patris adoptiui.*

209 *Nepos adoptatus ab Auo quomodo succedet? iisdem cum patruis.*

210 *Filius adrogatus patri naturali non succedit, si praemoriatur durante arrogatione, matri tamen succedet.*

211 *Filius adoptatus ab extraneo succedit patri naturali, perseuerante adoptione, & post illam.*

212 *Durante adoptione non tenetur adoptans extraneus, adoptato aliquid relinquere, & à fortiori si adoptio extinguatur.*

213 *Pater adoptans, filio adoptato non succedit ab intestato: filius verò maxime.*

214 *Filius adoptiuus, dum est in potestate patria, necessario debet decedere intestatus.*

215 *Filio adrogato impuberi pater adrogans, non succedit ab intestato, secus si praemoriatur pubes iam factus.*

183 QVæritur in primis, an pater adoptans teneatur alere filium adoptiuum, sicut tenetur filium naturalem, seu spurium? Negat Glos. *in §. sed ea omnia, Instit. de hered. quæ ab intestato*: propter dictionem, *tantummodò*, ibi positam, nisi filius patri adoptiuo operetur: tunc enim debentur alimenta, ratione mercedis, ita Ioan Faber *in d. §. sed ea omnia*: aliter non debentur, quia filius adoptiuus, est filius legalis, & ciuilis, non verò naturalis, filiorum tantùm imaginem gerens, non naturam *l. filio quem pater, ff. de liber. & postu.* Ideo dictio, *tantummodo*, excludit onus alendi.

184 Verius tamen est patrem adoptantem, teneri
alere filios adoptatos, vt docet Alberic. *in l. si quis
num. 14 de liber. agnosc.* Menoch. *lib. 4. de præsumpt.
q. 89. num. 34.* Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo, susceperit
liberos C. de reuocand. donat. num. 8. vers. licet
contrarium.* Quinimò gaudent adoptiui, priuilegio
filiorum teste Surdo, *de alimentis tit. 2. q. 15. n. 39.*
vocanturque filij legitimi, vt Menoch. *supra præsumpt. 82. num 3.* igitur non est dubium, esse alendos
à patre adoptante, vt concludit idem Surd. *tit. 1.
q. 2.* Maximè si pater naturalis egeat

185 Confert ad hæc filium naturalem legitimatum,
esse alendum à patre, quia legitimatus, quoad hoc
nihil differt à legitimis: *§. sic igitur licentia, ibi*: Nihil
à legitimis differentes: *in Authent. quibus modis
naturales efficiãtur legitimi: §. quoniam varia, ibi: Nihil
dissimilis legitimis, in Authent. quibus modis naturales
efficiantur sui*: & diximus, *1. p. lib. 2. disp. 6.
num. 15. & 18.* ergo filij adoptiui, cùm multas habeant
prærogatiuas filiorum legitimatorum, sunt
alendi à patre adoptante, cui conueniunt multa
onera patris naturalis, quorum vnum, est alere
186 filium, *l. onera ff. de adoptionibus*, vbi dicitur in patrem
adoptantem transferri onera, in suscepti adoptionem:
Glossa *ibi* declarat, filium esse alendum,
non à patre naturali, sed ab adoptiuo: quam sequitur
Specul. *in tit. qui sint legitimi*. Nam filius adrogatus
in multis, est instar cæterorum naturalium.
Quin potius stante consuetudine, seu statuto; quòd 187
masculis extantibus filiæ non succedant, filij adoptiui,
seu atrogati non excludunt: sequitur Guliel.
Benedict. *in cap. Raynutius, in verbo, & vxorem nomine
Adelaziam, decis. 5. num. 176. & 177.* Sed verius
est, quod excludant, cum gaudeant priuilegio
filiorum, vt ex dicendis patebit.

Quæritur secundo, an filius adrogatus acquirat 188
patri adrogatori? Respondetur affirmatiuè in profectitiis,
& aduentitiis, vbi fructus pertinent ad
eundem patrem; item, quia cum persona filij adrogati,
transeunt omnia bona illius in potestatem patris,
l. patri adrogato ff. de adoptionibus: proinde pater
adoptans, in cuius potestate est filius, habet
vsumfructum in bonis illius, & ex consequenti tenetur
alere illum.

Nec obest, obligationem alendi filios, oriri ex sanguinis charitate, non verò ex iure patriæ potestatis: per text. *in l. si à liberis §. verum.* vbi Bart. *in principio* id notat, *ff. de liber. agnosc.* quia quamuis vinculum sanguinis, sit fortius vinculo adoptionis, hoc non tollit onus alendi filium adoptiuum; siquidem pater adoptans illum in filium admisit; ex quo onera sunt in adoptantem translata: *l. onera ff. de adoptionibus*, sicut cessat patri naturali, onus alendi filium: cùm filius habeat aliunde; nec tenetur filiam nuptam alere, quæ à marito alitur abundè: patet idem exemplo Monachi transeuntis ad secundum Monasterium qui alitur ab eo, non verò à primo, cum illi non acquirat, *cap. vnic. §. q. 1. Decima octaua, & cap cum olim, el 2. & ibi* Abbas, *de priuilegiis.* Surd. *de alimentis, tit. 9. q. 27. à n. 16.* vbi pro hac parte pugnat, non decere in secundum Monasterium transire ius acquirendi, & seruiendi: onus verò alendi Monachum, perseuerare penes primum Monasterium: ergo, c. Molin. *tract. 2. disp. 228.* vbi ait teneri patrem alere, quando per adoptionem filium accipit in suam potestatem: at verò quando adoptatur ab extraneo, simpliciter teneri illum alere, si adoptatus operetur illi, aut si pater naturalis egeat, nec habeat vnde alat.

Nec obstat dictio taxatiua, quæ est fundamentum contrariæ sententiæ. Quia illa dictio, non procedit in casibus similibus. Hi namque non excluduntur *a l. ab ea, vbi* Glos. *C. de præd. minor.* Alexand. *consil. 130. num. 138. vol. 4.* Natta, *consil. 675. num. 13.* vnde cum casus alimentandi non sit dissimilis casui succedendi, benè sequitur dictionem taxatiuam, non excludere onus alendi.

Præterea pater adoptiuus succedit loco patris 189
naturalis: ideo subit onera illius, subrogatus per
adoptionem, quæ naturam imitatur, *§. adoptio, Institut.
de adoptionib.* Hoc tamen fallit in multis, nam
filio adoptiuo litiganti contra patrem, non decernuntur
alimenta, vel litis expensæ: ita in specie tradunt,
Rebuf *in commentariis ad constitutiones Galliæ
tom. 1. in tit. de sententi. prouisio. art. 1.* Glos. *2. n. 27.* &
Duennas, *in regul. 365. in limitat. 5.* quæ alimenta,
& quas expensas consequitur filius naturalis, pendente
lite contra patrem: secùs in nostro casu quia
appellatione filiorum in hac materia, non veniunt 190
adoptiui: *l. Lucius Titius 88. §. Dama in fine de leg. 2.
& c. in præsentia, de probat.* sequitur Menoch. *lib. 1. de
præsumpt. q. 35. n. 24.* Sed legitimi, & legitimati, qui
possunt etiã rumpere testamentũ, & minuere legitimã,
& consequi expẽsas, & alimenta du litigant.

Quæritur tertio, quid debeatur filio adoptato, de 191
bonis parentum adoptantium? Respondeo de iure
deberi arrogato quartam partem, in bonis patris adrogatoris.

rogatoris. Ideo si eum prætereat in testamento, vel exhæredet, vel emancipet, absque causa iusta, tenebitur pater illam quartam restituere: Glos. *in l. si arrogator ff. de adoptionibus*: Quam probant Doctores ibi. Insuperque deferet secum quæcunque tulit. *l. 1. §. si impuberi ff. de collat. bonor.* filio vero adoptiuo, adoptans nihil de iure debet: *l. 1. & 2. C. de adoptionibus.* Patre tamen adoptiuo decedente intestato, filius adoptatus succedit illi in bonis: *l. penult. C. de adoptionibus post medium*: nisi legitimè
172 sit emancipatus. Syluest. *verbo adoptio num. 2. ad finem.* Si verò adoptio extinguatur per emancipationem, filij adoptiui redeunt in potestatem patris naturalis, atque illi succedunt, non verò patri adoptiuo, *l. cum in adoptiuis C. de adoptionibus.*

Cæterùm, quando filius adoptiuus non est emancipatus, succedit ab intestato cum cæteris filiis naturalibus eiusdem patris adoptiui, in portione æquali, text. *in l. penult. §. si vero pater C. de adoptionibus*, & *l. si tibi parens, §. sed hodie, C. de suis, & legitimis hæredibus*: Quam doctrinam sequitur Octauian. *decis. 75.* Senatus Pedemon. *num. 2. post* Bart. & Salycet. & Glos. fin. *in Authent. in successione C. de suis, & legitimis*: Angel. *in §. sed hodie, vers. in Gloss. in verbo Tribma, Instit. de adoptionibus*: vbi volunt adoptiuos, succedere æqualiter cum legitimis, & naturalibus. Roland. *cons. 96. n. 44.* vbi hoc extendit ad filios, ante adoptionem, vel post illam susceptos. Quod si pater adoptiuus careat prole legitima, filius adoptiuus patri adoptiuo decedenti sine testamento succedit, exclusis ascendentibus patris, per text. *in l. penult. §. sed & siquidem, C. de adoptionibus*, quia text. *ibi* disponit vt ij filij succedant, vt hæredes sui: atqui hæredes sui exterminant ascendentes, ve habetur, *in Institut. de hæredit. quæ ab intestato: §. 1. & Institut. de seruili cognatione, §. repetitis*, & *vtrobique* Angel. Aiet. ergo adoptiui excludent ascendentes patris adoptiui, cùm sint hæredes sui, vel ad instar illorum: quod probatur ex casu in specie, *in l. 5. §. liberi ff. ad Tertull.* & notat Glos. *in Institut. ad Tertull. §. præferuntur.*

Porro hoc puto verum, attento iuris rigore: secùs si præsumatur probabiliter factam fuisse adoptionem, in fraudem ascendentium. Tunc enim ascendentes possunt sibi consulere, remedio tituli de inofficiosa donatione. Idem esto iudicium, si libertus non habens filios naturales, per adoptionem assumat Titium in filium, & decedat intestatus, succedit illi Titius excluso, & eliminato patrono, tanquam hæres liberti, *l. penult. §. sed, & siquidem C. de adoptionibus, & Instit. de success. libertor.* Nisi patronus velit probare adoptionem fuisse factam in fraudem: quod si probet, sufficienter obtinebit, *per ff. si quid in fraudem patroni.* Nam fraus in dubio nunquam præsumitur, nec actu, nec potentia in adoptione: *argumento l. merito ff. pro Socio*: Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 81. n. 29. ex l. dolum C. de dolo, & præsumpt. 82. n. 10.* Tiraquel. *in d. verbo susceperit liberos n. 89.* vbi probat faciliùs posse fraudē subesse in adoptione, quàm in legitimatione.

194 Quæritur quarto an debeatur filio adoptato ab extraneo illa quarta pars bonorum, quæ debetur filio adrogato? Pars negans ex eo probatur, quia iura, quæ loquuntur de quarta danda, non de filio adoptiuo simpliciter, sed de filio adrogato sunt accipienda. Ita, *in §. sed ea omnia, Instit. de hæredit. quæ ab intestato.* ibi: *neque*, inquit, *quarta ei seruatur, neque vlla actio ei competit*, &c. Possunt tamen hi dati extraneo in adoptionem, succedere ex testamento, pro arbitrato patris, non tamen contra, vel præter eius voluntatem. Idcirco nihil potest petere sic adoptatus ex bonis illius, quando pater ei nihil voluit relinquere, vt constat *ex d. §. aliqua autem*, ibi: *Nisi*, inquit, *in hoc tantummodo casu, vt possit ab intestato, ad patris adoptiui successionem venire: Instit. de hæredit. quæ ab intestato.*

Quæritur quinto, an forte debeatur illa quarta filio dato per adoptionem alicui ex ascendentibus, putà auo paterno, aut materno, in cuius transit potestatem, egressus potestatem patris naturalis? 195
Dicendum est deberi. Quia per eam adoptionem soluta, vel suspensa saltem est patria potestas patris naturalis, filiúsque adoptiuus transiuit in potestatē aui adoptātis, vt habetur *in l. cū in adopt. C. de adopt. & Instit. eodem tit. §. sed cum hodie.* Item quia quarta pars datur adrogato, eo quòd cum persona, & bonis fertur in potestatē patris adrogantis, sed datus in filium coniūctæ personæ, traditur in potestatem cum 196
bonis, ac rebus suis eidem Auo, seu patri adoptiuo: Ergo si in vno casu quarta pars assignatur, etiam in altero est deputanda. Confirmatur ex eo, quia filius authoritate Principis arrogatus, & filius authoritate Iudicis, in adoptionem coniunctæ personæ traditus, in omnibus, & per omnia sunt inter se pares: *Instit. de hæred. ab intestato, §. sed ea omnia: Item vers. nostra autem constitutione*: & patria potestas pertinerat tam in vno, quam in alio. Igitur sicut vni, sic etiam alteri quarta pars debetur.

Accedit quia si prætereantur arrogatus, & traditus per adoptionem alicui ex ascendentibus, aut exhæredentur in testamento, absque expressa causa, possunt dicere de nullitate testamenti, vel saltem querelare, vel rumpere per querelam inofficiosi testamenti: *l. 1. in principio, & l. non putauit §. si quis emancipatum ff. de bono. possess. contra tabulas & l. 1. §. liberos ff. si tabul. testam. nulla extabunt, ex §. adoptiui. Instit. de exhær. liber. & §. 1. Instit. quibus mod. testament. infir.* Salycet. *in l. si arrogator, in decima tertia quæstione ff. de adoptionibus*: Sequitur Tiraquel. *in d. verbo susceperit liberos num. 20. ad finem.* Quare non est dubium, deberi illam quartam filio tradito per adoptionem alicui ex ascendentibus. 197

Ad hæc parentes succedunt filiis suis adoptiuis ex testamento, nec possunt exhæredari, nisi intercedente causa iusta: *Instit. de adopt. & §. adoptiui. de exhæredatio. liberorum.* Imo si parentes eos emancipent iniustè, tenentur absque dubio, quartam partem bonorum reddere: quin etiam pater adrogator in ista quarta bonorū, potest filio suo pupillariter substituere, donec pupillus perueniat ad pubertatem: text. *in l. si arrogator. ff. de adoptionibus.* 198

Quæritur sexto, an in dispositione, quæ loquitur de filio simpliciter, veniant filij adoptiui? Respōdeo primo negatiuè, ex Glos. *in d. §. Sed ea omnia*, quod filius patrem suum adoptiuum recta via, in ius vocare possit, etiam non petita venia à iudice, nec ob id in aliquam incidet pœnā, secūdùm quod deciditur, *in §. pœnalis, Institut. de actionibus, & l. 5. ff. de in ius vocand.* Non tamen probatur decisio huius Glossæ. Quia non est negandum filium adoptiuum, patri adoptiuo debere reuerentiam. Nam venia petitur, non quòd filius sit in potestate patris, sed propter reuerentiam debitam patri, ratione cuius, etiam petitur à filio, vt agat cum matre in iudicio, in cuius potestate tamen non est: *l. quinquennium igitur. § parentem, ff. de in ius vocand.* 199

Respondeo secundo, absolutè filium adoptiuum non venire sub nomine filiorum, nec nomen filij simpliciter dictum, cōpetere filio adoptiuo. Bald. *in cap. Raynaldus, de testam. col. 29. vers. præterea si dicatur*: Bald. *cōs. 24.* incipit, Statuto ciuitatis, *lib. 1.* Quibus adde text. *in l. filio quem in principio*, per hæc verba, *vt veri patris adoptiuus filius nunquā intelligatur, ne imagine naturæ veritas obūbretur, ff. de lib. & posth.*

Ex

Ex quibus verbis sequitur filium adoptiuum, non esse verum filium; sed imaginarium, Menoch. *lib. 4. præsumpt. 89. n. 38.* Tiraquel. *d. verbo susceperit liberos n. 6. & num. 15.*

Hinc fit quod statutum, quod loquitur de filiis simpliciter, non loquatur de adoptiuis. Baldus, *in l. fideicommissum. ff. de condit. & demonstr.* Accedit Caium Iurisconsultum, *lib. 1. Institutionum tit. 4.* hos adoptiuos filios appellasse adfiliatos, tanquam legitimatos respectu legitimorum. Quibus verbis ostenditur discrimen inter adoptiuos, & legitimos, vt latè apud Tiraquel. *supra, & de primog. quæst. 84. à num. 2.* Sunt tamen adoptiui similes in omnibus filiis naturalibus, & legitimis, quoad effectum successionis, vt probat Menoch. *d. præsumpt. 89. n. 32. & sequentib.* subdens, *num. 36.* adoptiuos in dispositione fauorabili, non distingui à filiis legitimis, & naturalib. Quod ante docuerunt Bald. *in l. sed si hac §. parentes* vbi Angel. *ff. de in ius vocand.* quibus expressè adiungitur Natta, *in l. hac consultissima §. ex imperfecto n. 88. C. de testam.*

200 Respondeo tertio fideicommissum relictum in hunc modum: si quis ex his sine liberis decesserit, non excludi per figmentum adoptionis, vt cauetur, *in l. fideicommissum ff. de condit. & demonstr.* Proinde, si Caio aliquid relinquatur in tempus filiorum, non poterit illud acquirere per adoptionem: ita Bart. & Bald. *in l. posthumus in principio ff. de liber. & posthu.* & habetur, *in l. si ita quis §. is, cui in tempus ff. de legat. 2.* Nec gaudebit pater adoptiuus priuilegiis ratione filiorum naturalium, ac legitimorum, quæ à Principe solent concedi propter liberos. *§. 1. vers. sed adoptiui, Institut. de excusat. tutor.* & Glos. *in l. 2. §. 1. in verbo legitimos, eodem titulo.*

Consequenter dicendum est filium adoptiuum, non excludere substitutum, quando testator ait, & si hæres meus decesserit sine filiis, quamuis hæres postea aliquem adoptet: Bart. expressè *in l. si cognatis num. 1. vers. oppono pro vt hac, ff. de rebus dubiis:* Alex. *in d. l. ex facto § si quis rogatus el 2. num. 12. ff. ad Trebel.* Ascanius Clemens, *in tract. de patria potest. cap. 5. num. 11.* Acosta, *in cap. si pater 1. p.* in verbo si absque liberis *num. 46. de testam. in 6.* & constat, *ex d. l. fideicõmissum,* vbi Papinian. vult adoptionis commento non excludi fideicommissum à filiis relictum, si quis ex illis sine liberis decesserit. Sicut si testator excludit filias proprias, vocatis masculis, non præsumitur vocasse filios adoptiuos, nec de illis cogitasse, omissis filiabus: sic Riminald. Senior, *cons. 324.* & Guilelm. *in d. cap. Raynut. verbo vxorem nomine Adelaziam n. 178.*

Fallit, quando pater antequam conderet testamentum, præciperet filio suo per adoptionem, vt sibi assumeret aliquem in filium, & postea testamentum conderet, in quo testator substituit filio suo decedenti absque filiis Paulum. Tunc Paulus substitutus excluditur à filio adoptato, ita Bart. *in l. si cognatis num. 1. vers. oppono pro vt hac, ff. de rebus dubiis:* Imol. *in l. fideicommissum ff. de condit. & demonstr.* & Ripa, *in d. l. ex facto num. 34. ff. ad Trebell.* Quia testator voluit habere hunc adoptatum pro nepote. Idem præsumitur de testatore instituente, & grauante Titium Clericum in sacris, vel alium similem, qui non potest habere filios, nisi adoptiuos, vt ait Ascan. Clem. *de patria potestate cap. 5. num. 13.* Oddus, *in tract. de compendiosa in 6. p. art. vltimo vers. limitat. 2.* Quod etiam habere locum, tradit Marsil. *in singul. 350.* & Natta, *in cap. quamuis in 3. quæst. tertia quæstionis principalis num. 36. de pactis in 6.* Quando adoptio facta fuit sciente, & consentiente substituto, in quibus casibus adrogatus, siue adoptatus excludit substitutum, si testator dicat, si decesserit sine filiis. Ripa, *in d. §. si quis rogatus num. 34. & sequent.*

Respondeo quarto filium arrogatum, si sit grauatus alteri restituere, intelligi, si sine liberis decesserit, quando a testatore hæres instituitur, grauatúrque post mortem, restituere hæreditatem. Nam tunc tacita conditio debet intelligi, si decesserit sine liberis legitimis, & naturalibus: sic Fulgos. *in d. §. cum autem. l. generaliter ff. de institutionibus, & substitut.* Cuma, *in l. cum Auus ff. de condit. & demonstr.* quod etiam sentit Iason *in d. §. cum autem num. 2. in fine,* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 89. num. 31.* Nam filij adoptiui per omnia sunt similes legitimis, & naturalibus, *l. si te parens, C. de suis, & legitimis:* item quia excludunt ascendentes, *l. 3. §. liberi, & l. æquissimum ff. ad Tertul.* item quia naturales tantùm liberi à filio grauato procreati, substitutum non excludunt: Cæterum si filius naturalis instituatur hæres, & grauetur simpliciter, post mortem restituere hæreditatem, filij illius legitimi, & naturales, ex præsumpta voluntate testatoris, sine dubio excludunt substitutum, vt bene probat Iason *in d. l. generaliter §. cum autem de institut. & substitut.* 201

Ergo licèt filij adoptiui à filio hærede instituto nequeant substitutum excludere: filij tamen legitimi, & naturales filij adoptiui, quem pater adoptiuus hæredem sibi instituit, atque grauauit fideicommisso excludent ipsum substitutum Menoch. *supra,* post Socin. quem refert, ac sequitur in *d. l. cum Auus, num. 56. vers. sed in considera.* Ratio, quia in hoc casu conueniunt iura Ciuilia, & naturalia; ratio videlicet sanguinis, quæ coniecturam pietatis facit, & dispositio legis Ciuilis, quæ hunc esse successorem patris adoptantis inducit. Probatur ex *l. cum acutissimi C. de fideicommiss. ad finem, ibi: Ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.* Quibus verbis ostenditur non solùm esse subintelligendam conditionem hanc, *si decesserit sine liberis,* in filiis legitimis, & naturalibus, sed etiam in adoptiuis eo modo, quo dictum est.

Hanc tamen doctrinam non probat Mant. *de coniecturis vltimar. volunt. lib. 10. tit. 8 num. 19. vers. sed ego:* in filiis ab extraneo adoptatis, siue fuerint adrogati, siue adoptati. Nihilominus doctrina, & resolutio est vera, vt bene tradit Menoch. *supra num. 32.* cùm adoptiui sint in omnibus similes quoad effectum successionis, filiis legitimis & naturalibus, quem effectum *d. l. cum acutissimi,* maximè considerat, *in fine.*

Item adoptiuus in successione ab intestato præfertur omnibus alioqui successuris patri adoptanti, per *l. 1. §. suos ff. de suis & legitimis, & §. intestatorum, Institut. de hereditatib. quæ ab intestat. defer.* adeò vt adoptiuus succedat in totum patri ab intestato: naturales verò de iure communi in duabus tantum vnciis, *Authent. licet, C. de naturalibus liberis:* Igitur si in filio naturali grauato subintelligitur hæc conditio, *si decesserit sine liberis,* similiter subintelligenda est in filio adoptiuo in quem transfertur dignitas, ac nobilitas patris adoptantis: *l. per adoptionem, ff. de adoptionibus,* quæ non transeunt ad filios naturales, ex sent. Bart. *l. 1. col. 4. vers. item pone, C. de dignitatibus, lib. 12.* & ex Bald. in *l. cum legitimè*

Nec refert *l. cum acutissimi,* quæ non loquitur de filio adoptiuo, sed tantùm de legitimis, & naturalibus. Casus verò de adoptiuis est exorbitans, atque ita dispositio illius legis non debet extendi. Nam dispositio in fauorem filiorum inducta debet extendi ex identitate rationis: Bart. *in l. si* 202

constante,num.44.ff. soluto matri- onio, & *ibi* Iason *n.73*. Accedit, quod in dispositione fauorabili nullum datur discrimen inter adoptiuum, & legitimum, Natta in *l.hac consultissima. §. ex imperfecto,n.88. C. de testament.* præsertim quando testator is te adoptatum instituit, & grauauit, & erga illum erat beneaffectus, de eoque præsumitur intellexisse vt in simili tradit Ruin. *in l.Gallus §. & quid si tantum, in 1.lectur.n.50.& in 2.n.17. ff. de liber. & posthu.* dicens, filios ante testamentum à filio adoptatos, facere deficere substitutionem, si filius ipse sine liberis decesserit, quamuis non faciant postea adoptati: quod etiam Alciat. *lib. de verbor. significat.* vult, Socin in *l. si cognatus,n.3.ff. de rebus dubiis*, & Tiraquel. *in d. l. si vnquam, in verbo, susceperit liberos, n.11. C. de reuoc. donat.* Vnde subintelligenda est dicta conditio, *si decesserit sine liberis*, si eo tempore quo factum est testamentum per adoptionẽ factus erat filius, fuitque institutus, ac grauatus ab eodẽ: Menoch. *supra n.45.*

203 Quæritur septimò, quomodò patres adrogantes, seu adoptantes succedant filiis suis arrogatis decedentibus ab intestato? Respondetur succedere in castrensibus, vel quasi castrensibus, si filij erant iam puberes: *l.1.ff. ad Macedonianum.* Item succedere in bonis aduentitiis, quoad proprietatis dominium, cùm iam habeant vsumfructum illorum: à fortiori in bonis profectitiis filiorum decedentium sine prole naturali; siue talia bona quæsita essent filius contemplatione patris naturalis, siue intuitu patrum adrogatorum; dummodò per patrem naturalem nulla data fuisset filiis substitutio.

Ea verò substitutione per patrem carnalem filiis imposita, quod à patre fieri potuit, substitutis deferentur ea bona: quia huiusmodi substitutiones non sunt omninò sublatæ per arrogationis actionem, quandocunque filij decedant, modo substitutio sit vulgaris, aut fideicommissaria, aut conditionalis: quod idem erit si pupillariter eis substituatur, ipsique pupilli obeant, in omnibus substitutus succedet virtute cautionis per arrogationem factæ, quo tempore arrogatio facta etiam fuit, vel habitæ pro præstita, vt habetur in *d. §. cum autem impubes, Institut. de adoptionibus.* Atque ita filio arrogato puberi decedenti, cùm iam de medio pupillaris substitutio sit per arrogationem sublata & cautio extincta per aduenientem pubertatem, arrogator pater succedet.

204 Quæritur octauò, si præmortuo adoptatus superstite patre carnali, & adoptiuo, an vterque sit admittendus ad hæreditatem filij ab intestato decedentis? Affirmant aliqui vtrumque admittendum. Ratio, quia fratres tam legitimi, & naturales, quàm adoptiui admittuntur ad hæreditatem patris carnalis, & adoptiui, per text. in *l. si te, & ibi* Glos. *C. de suis & legitimis*, Angel. *in §. sed nostra, & ibi* Glos. *in verbo tributa, Instit. de adoptionib.* Ergo idem dicendum est de istis duobus patribus, pro vt videtur probare *l. penult. §. fin. ff. de adoptionibus*, vbi dicitur inter hos parentes nihil differre Idem notat Angel. in specie in *§. mortuo, Institut. de acquisitione per arrogationem*, dicens, in hoc casu patrem naturalem habere dimidium, patrem verò adoptiuum alterum dimidium.

Alij verò putant probabilius patrem naturalem esse præferendum patri arrogatori in bonis filij præmortui, per Glos. *in Institut. de acquisitione per arrogationem, d. §. mortuo, verbo, alia persona*, vbi vult patrem naturalem præferendum in successione patri arroganti, ex *d. §. mortuo*, per hæc verba: *mortuo*, inquit, *filio arrogato in adoptiua familia, etiam dominium rerum eius ad arrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ.* Vnde Glos. per alias personas, quæ excludunt arrogantem à successione arrogati, intelligit descendentes ex filio arrogato, & hos fatetur præferendos patri adrogatori.

Ergo si concurrant pater adoptiuus, & pater naturalis in successione filij adrogati præmortui sine prole legitima, pater naturalis debet præferri arrogatori: cum sit ascendens verus, & naturalis, & pater arrogator sit ascendens fictus, & imaginarius. Iuuat text. *in l.2.§. impuberem, vers. quare & si pubes, ff. ad Senatusconsult. Tertull.* vbi habes, si pubes arrogetur, matrem ad successionem bonorum illius esse admittendam, expulso patre arrogatore: per Glos. *ibi, verbo admittitur*; & videtur etiam consentire *l. 2. §. obiicitur vers. pater naturalis, ff. ad Senat. consult. Tertull.* vbi dicitur, matrem naturalem excludere patrem adoptiuum, si adoptatus non sit amplius in patria potestate: igitur pater adoptiuus debet à fortiori excludi à patre carnali, seu naturali, & legitimo.

Facit regula, de qua in *Authent. de hered. quæ ab intest. deferuntur, verbo Natus, & in l. cum in adoptiuis, §. si verò pater naturalis, C. de adoptionibus*, quæ ait duo vincula pro vna parte plus operari, quàm vnum pro altera, atque ita potiùs pro duplici vinculo, quàm pro simplici standum est: sed pater naturalis, ac legitimus habet pro se duo vincula sui rationes, & pro parte patris arrogatoris non est nisi nexus adrogationis. Ergo si vterque concurrat ad hæreditatẽ filij præmortui prævalere debet is, pro quo stant duo vincula. & multo fortius hoc procedere debet, si filius arrogatus præmoriatur in pupillari ætate ante pubertatem; quia tunc ex vi cautionis præstitæ bona deueniens ad quem de iure erãt ventura, perinde ac si nulla arrogatio præcessisset, vt decernitur in *Institut. de adoptionib. §. cum autem.* Similiter dicas, si adoptatus fuit à persona extranea, tunc enim adoptans in nullo succedit, sed patri naturali reseruantur omnia iura, *d. l. cum in adoptiuis, §. sed ne articulum*, & *Institut. de hered. quæ ab intest. defer. §. nostra autem constitutio, & §. si verò pater.* Igitur pater naturalis debet præferri arrogatori patri, ac legali, vtrum specie tenet Nicol. de Vbaldis *in tract. successionum ab intestato in 2 p. n.26.* Ioan. Faber *in §. cum autem, circa finem, Instit. de adoptionibus*, quos sequitur Octauian. *d. ... enat. Pedemont. decis.75. §. in contrarium*, vbi probat matrem naturalem, & legitimam admitti ad bona arrogati excluso arrogante ex *l. 2. d. §. obiicitur, vers. pater autem, ff. ad Senat. consult. Tertull.* vnde constat patrem adoptiuum non nocere naturali.

Vtraque sententia est probabilis. Prior tamen mihi pro actior, cùm sit rationi magis consona, ideò vterque parens pro sua dimidia est admittendus ad hæreditatem filij præmortui, si vterque extet. 205
Si autem mater naturalis extitat, & pater tam naturalis, quàm ciuilis careat, mater succedet filio in vna dimidia, & vterque parens naturalis & adoptiuus scilicet alteram dimidiam æqualiter inter se diuidet, per *Authent. defuncto, C. ad Tertull. ibi, defuncto sine liberis p... entes, si soli sunt, succedunt. Si pari gradu sunt, pariter succedunt. Paternis quidem dimidia, maternis vero alia dimidia delata, licèt sit dispar eorum numerus*, sic ibi: vbi Glos. notat ex vna parte Auum, 206
& Auiam maternam, & ex altera Auum paternum, vel vice versa, illos, qui sunt ex parte vna, licèt vnus sit, habituros esse dimidiam; & alios, siue plures ex altera parte, habituros alteram dimidiam. Ratio, quia vt *ibi* ait text. qui sunt in pari gradu, pariter succedunt: atqui pater naturalis & legitimus est in primo gradu consanguinitatis cum filio defuncto, & pater adoptiuus est etiam in primo gradu cognationis legalis in linea recta cum eodem defuncto: ergo cuilibet eorum dimidia pars bonorum defuncti est communicanda, matre iam defuncta: quòd si adhuc viuat obtinebit ipsa suam dimidiam: patres verò alteram dimidiam inter se æqualiter habebunt, vt patet ex *d. Authent. de hered. ab intestato, §. consequens,*

quent, vbi ab intestato succedit nepoti ex vna parte Auus maternus, & Auia materna: & ex altera parte Auus paternus: in quo euentu paternus dimidiam; cæteri verò alteram dimidiam: quod iudicium in nostro casu ferendum est.

207 Quòd si adoptatus non fuit loco filij, sed loco nepotis, tunc cùm adoptans subrogatus sit loco Aui, & ab adoptato sit in secundo gradu ascendentium, excluditur à patre naturali, qui succedet in solidum filio defuncto, cùm sit in primo gradu cum eodem filio naturali. Constat ex *d. Authent. defuncto, ibi: Si pari gradu sunt, pariter succedunt*. Ergo cùm pater adoptans loco nepotis non sit in pari gradu, sed in remotiori; contra verò pater naturalis sit in proximiori, succedet filio excluso adoptante. Confirmat Glos. *ibidem*, dicendo priorem in gradu, potiorem esse in successione: ex quo etiam probatur patrem tam naturalem, quàm ciuilem, cùm sint in eodem gradu cum filio defuncto, neutrum esse alteri præferendum in successione, sed quemlibet eorum suam dimidiã in hæreditate esse consecuturum.

208 Quæritur nonò, an filius per adoptionem datus extraneo succedat durante adoptione agnatis patris adoptiui? Respondetur negatiuè, cùm is filius non transeat in potestatem extranei, neque in familiam, & agnationem ipsius, sed existat in potestate patris naturalis, Menoch *d. præsumpt. 79. n. 31 & 42*. Cæterùm succedit patri ab intestato durante adoptione, etiam cum aliis filiis legitimis, ac naturalibus, si extent: alioqui solus succedit: solutaque adoptione expirant omnes effectus adoptionis, vt habetur *in d. l. cum in adoptiuis, C. de adoption.* Secùs quando sunt in potestate patris, quia tunc succedunt, per *l. qui in adoptione, ff. de adoption.*

209 Sed quid si Auus adoptet nepotem, & habeat simul tres filios ex diuersis matribus, quorum vnus decedat intestatus, defuncto iam Auo? Respondetur fratres duos illos superstites, ac nepotẽ ab Auo adoptatũ loco filij æqualiter succedere fratri suo defũcto, ex dispositione *l. penult. §. si verò pater naturalis, C. de adopt.* & *§. per adoptionem, Instit. de legit. agnat. succes.*

Cessante tamen adoptione certum est nepotem illum excludi à fratribus defuncti: Glos. *in Authent. post fratres, l. 11. C. de legitim. hæred.* Longè aliter dicendum est si duo illi fratres superstites essent vtrinque coniuncti: tunc enim fratres succedunt fratri defuncto, & excludunt filium adoptiuum: quia nepos ille factus filius adoptiuus, censetur filios non verus, sed ciuilis, seu imaginarius: *l. filio quem pater, ibi: ne imagine naturæ veritas obumbretur, ff. de liber. & posthu. l. cum in adoptiuis §. sed ne articulum, C. de adoptionib.* Molin. *de primog. lib. 1. c. 4. n. 50.* post Bald. in *l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstr.* Cùm ergo nepos censeatur frater defuncti ex patre tantùm ratione adoptionis, non potest succedere cum duobus filiis, aut coniunctis vtrinque: Guilhel. in *d. cap. Raynutius, de testam. verbo, & vxorem nomine Adelasiam dist. 5. n. 192. & sequent.*

210 Quæritur decimò, an filius arrogatus succedat patri naturali cum aliis fratribus legitimis, ac naturalibus, si pater moriatur durante arrogatione? Respondetur negatiuè, sed solùm succedere patri arrogatori, in cuius potestate existit. Idem dicendum est de eo, si emancipetur à patre arrogante post mortem patris naturalis. Nam tunc nec patri arroganti, neque naturali potest succedere, si emancipatio facta sit propter iustam causam: quòd si fiat emancipatio, aut exhæredatio sine iusta causa ab arrogatore, obtinebit quartam partem bonorum ipsius arrogatoris: *Instit. de hæred. quæ ab intest. defer. §. at si, & §. eadem hæc, vers. eos verò*, & habetur in *l. penult. §. vlt. C. de adoptionib.*

Vnde deducitur patrem naturalem posse filium adrogatum ab alio, præterire licitè, neque teneri quicquam illi ex testamẽto relinquere: mater tamen naturalis nullo modo poterit adrogatum hunc exhæredare, aut præterire, quia per arrogationem non amisit iura materna respectu illius. Proinde integrum est arrogato succedere matri naturali tam ex testamento, quam ab intestato; posséque opponere nullitatem testamento matris, si ab ea fortè exhæredetur, aut prætereatur, sicut possunt cæteri filij non arrogati, neq; adoptati. ita *in l. penult. §. neque enim, C. de adoptionib.* vbi dicitur, materna iura neminem posse abolere per adoptionem, Molin. *de iust. tract. 2. disp. 227. vers. quando arrogator.*

Sed quid de filio adoptato ab extraneo? Dicen- 211
dum est hunc succedere patri naturali, si moriatur persistente adoptione, siue ea dissoluta, perinde ac si adoptatus non esset, cùm non transierit in potestatem extranei, sed manserit in potestate patris naturalis, qui non potest eum regulariter præterire, neq; exhæredare sine causa; imò potest, causa deficiente, dicere de nullitate testamẽti; sicut cæteri filij legitimi, & naturales: habetur in *l. penult. in princip. & §. quia igitur, & §. sed ne, C. de adoptionib.* cõfirmatur *§. sed hæc omnia, Institut. de hæred. quæ ab intest. defer.*

Durante verò adoptione succedit ab intestato pa- 212
tri adoptanti, solus quidem, si non extent legitimi & naturales; illis verò existentibus, succedit cum eisdem: imò potest illum exhæredare absque causa: prout Anto. Rozel *de successionib. ab intestato, incipit ista Glossa n. 65.* subditque si dissoluatur adoptio per emancipationem, omnes effectus adoptionis finiri: per *l. cum in adoptiuis C. de adoptionib.* & quoad nullum effectum adoptiui patris admitti, neque succedere in aliquo agnatis, neque illos filio adoptiuo succedere, vt dictum est.

Quæritur vndecimò, quæ sit ratio propter quam 213
filius adoptatus ab extraneo, qui in eius potestatem non transit, succedat patri adoptanti ab intestato, per *Instit. de hæred. quæ ab intest. §. nostra autem*, & *ibi* Glos. *in verbo, tantummodo* Pater verò adoptans huic filio ab intestato non succedat, cùm debuisset succedere secundùm naturam mutuæ successionis, quæ in hoc casu claudicare videtur?

Ludouicus Bologninus *in additionib. ad Mathesylanum, in tertio membro articuli secundi principalis, de successione ab intestato*, regulam mutuæ successionis, hâc pati exceptionem tradit in hoc casu, per *l. non omnium, ff. de leg.* additque rationem ciuilem solam non posse tollere obligationem naturalem, Quæ sine dubio tolleretur, si pater naturalis filij illius adoptati per simplicem actum ciuilem priuaretur successione sibi debita in bonis filij legitimi, ac naturalis decedentis ab intestato, quod naturali patri competit, non verò legali; à qua successione priuaretur naturalis si pater adoptiuus succederet filio adoptato ab intestato, excluso patre naturali. Accedit, filium adoptatum succedere patri ab intestato cum aliis filiis, non tollere iura successionis per hoc in totum, nisi pro parte in qua succedit. cui videtur accedere voluntas patris adoptiui, qui non condidit testamentum: ex quo colligitur voluisse sibi succedere filium adoptatum, quod nõ potuit esse in filio respectu patris adoptiui; cùm velit, nolit, necessariò cùm sit in potestate patris naturalis, debet decedere
intestatus, quia in eo statu non potest testari: atq; ita 214
constat patrem adoptiuum non esse præferendum patri naturali in successione filij præmortui ab intestato, Ita Mathesylan. *supra*, & eius Additionator Bologninus *n. 3 & 6.* Nam ex quo filius testari non potest; non testando, non apparet voluntas de instituendo patrem adoptiuum, sicut ostenditur

voluntas patris adoptiui, quod voluerit, vt sibi succedat ab intestato adoptatus cum reliquis filiis legitimis: probatur argumento impuberis adrogati, cui intestato morienti non succedit pater adrogaus: quia cùm non possit testari, nec datur via per quam
215 demonstretur, seruato iuris modo, se posse admittere vel non admittere ad bona sua patrem arrogantem, excluditur ab eius successione: secùs, quando pubes factus præmoritur intestatus, nemine instituto hærede: tunc ex eo quòd potuerit testari, & noluerit, censetur velle admittere illum ad successionem ab intestato: ita præcitati.

EPITOME.

216 *Arrogator an possit substituere impuberi arrogato in bonis, quæ ad impuberem peruenerunt ab alio, quàm ab arrogatore, & non respectu ipsius.*
217 *Substitutus adrogati potest grauari à patre arrogatore.*
218 *Hæres patroni bene potest grauari à liberto, patronus autem non potest.*
219 *Pater naturalis sicut verus, potest substituere in omnibus bonis pupilli sui, secùs pater arrogator.*
220 *Vtrùm sicut debetur quarta filio adrogato in bonis patris adrogantis, ita etiam debeatur, si adoptetur ab Auo suo naturali.*
221 *Nepos ab Auo adoptatus succedit Auo ab intestato, non tamen tenetur illi aliquid relinquere Auus adoptans in testamento.*
222 *Pater futurus adrogator tenetur debita soluere contracta à filio ante adrogationem, & cur.*

216 QVæritur duodecimò, an adrogator possit substituere impuberi adrogato in bonis, quæ ad impuberem peruenerunt ab alio, quàm ab arrogatore, & non intuitu illius? Negat Castrensis, *in l. sed si plures §. ad substitutos, num. 2. de vulgar. & pupillar.* quamuis talis substitutio esset fauorabilis, & notatur, *in l. si arrogator*, & ibi Cynus, *ff. de adoptionibus.* In quarta autem debita adrogato, benè potest substituere pupillariter, quia promanat ab eo, etiam si ex necessitate. Post verò pupillarem ætatem, non posset substituere per fideicommissum, in illa quarta: nam cùm debeatur adrogato illa quarta, nō potest adrogator imponere grauamē adrogato in quarta; sicut nec in legitima, iure naturæ debita filiis legitimis, & naturalibus, prout habetur *in d. l. si adrogator §. sed an impuberi*, Iasō *in l. cū filiofamilias n. 43. ff. de leg. 1.* Mol. *de iust. tom. 1. disp. 184. vers. pater licet.*
217 Potest nihilominus substitutus adrogati, grauari à patre arrogatore: Bart. *in d. l. si adrogator*, sicut patronus qui, non potest grauari, in quarta sibi debita à liberto; hæres tamen patroni bene potest à liberto grauari: per text. *in l. cum patronus, ff. de legat. 2.* Ca-
218 strens. *supra n. 3.* dicens in quarta debita arrogato, quę venit ab adrogatore, benè posse grauari substitutum arrogati, quamuis adrogatus grauari nequeat: ex ea ratione, quod testator, quem non honorat, non potest grauare: *l. ab eo C. de fideicommissis & l. 1. §. sciendum, ff. de legat. 3.* vndè cum adrogator possit adrogato impuberi substituere in quarta, quem voluerit, sicut pater legitimus pupillo suo potest, eósq; substituendo ex eo honorat, quia posset alios substituere sequitur posse eos grauare: Iason. *supra n. 45.* & *in d. l. si adrogator, de adoptionibus n. 26. & sequent.* & Molin. *citat.*
219 Pater autem naturalis, ac verus potest substituere in omnibus bonis pupilli sui: *l. sed & si plures, §. ad substitutos, ff de vulgar. & pupill. §. non solum, Institut. de pupill. substitut.* Pater tamen adrogator non potest substituere pupillariter, nisi in sola quarta; quę differentia est inter patrem arrogatorem, & inter naturalem. Ratio, quia cætera bona pupilli, excepta illa quarta, illis competunt ad quos deferuntur, si arrogatio facta non esset: ideò substitutio non potest illis præiudicare: imò substitutio facta à patre arrogatore, in quarta impuberis adrogati directò, & pupillariter, durat duntaxat vsque ad tempus pubertatis, & vltra non potest permanere directò, nec per fideicommissum: quoniam substitutio pupillaris est inducta ex eo, quòd pupillus non potest per ætatem testari: idcircò lex permisit patri, vt possit pupillarem substitutionem efficere: quæ permissio, & substitutio vocatur testamentū pupilli: *l. moribus ff. de vulgar. & pupillar* Bart. *in d. l. si adrogator, l. patris & filij, ff. eodem*, quæ substitutio pupillaris facta à patre naturali, per illā arrogationem expirat: *l. nec eo §. eorū ff. eod. §. fin. autē, Institut. de pupil. substit.* & clarius id continetur, *in §. nō tamen, Institut. quib. mod. testam. infirm.* eodem prorsus modo, quo contingeret si adrogatus antequam adrogaretur, fecisset testamentum, secuta postea adrogatione, testamentum antea factum vitiatur ex mutatione status: per *d. §. non tamen, Institut. quib. mod. testam. infirm.* quia cum non esset adrogatus iam sui iuris, testamentum est nullum perinde ac si factum sit in potestate alterius, in qua non potest quis testari: *l. qui in potestate, ff. de testam.*

Quæritur decimotertiò, an sicut debetur quarta filio adrogato, in bonis patris adrogantis; sic etiam debeatur adoptato, si adoptetur ab Auo suo naturali? Negat glos. *in l. cū in adoptiuis, circa med. in verbo teneri, C. de adoptionibus.* vbi text. expressius refert *in §. aliqua, ad finē, Institut. de hered. quæ ab intestato*, cuius Glossæ meminit Nicol. de Nea. *in d. §. cum autem*, quem refert, ac sequitur Iason, *in d. l. si adrogator, ff. de adoptionibus, n. 9.* Ratio, quia sic adoptatus, cùm sit descendens, succedit Auo cum filiis naturalibus æqualiter. Quod si contingat Auum emancipare illum, post mortem patris naturalis, qui pater de bonis suis ita disposuit, vt omnia bona ad alios deuenirent, d. Glos. *in verbo, teneri*, varias opiniones refert ad quid Auus in hoc casu teneretur. 220

Nihilominus dicendum forte est, si talis nepos loco patris defuncti, Auo nō succedat, manere vtraque hæreditate destitutum: quia ex iure nihil capere potest, neque in tali casu prouisum est, cùm integrum sit patri adoptiuo huiusmodi filium emancipare; nec post emancipationem plus iuris habere ad bona patris adoptiui, quàm si nunquam fuisset adoptatus, vt habetur *in l. si tibi parens, C. de suis, & legitimis heredibus, §. sed hodie, vers. si vero pater, Institut. de adoptionib. & l. 8. § vlt. tit. 16. part. 4.* vbi Gregor. Lopes, vult hunc nepotem sic ab Auo adoptatum, quamuis non emancipetur in Regno Castellæ, succedere Auo ab intestato, non tamen teneri Auum adoptantem, illi aliquid relinquere ex testamento, si voluerit. 221

Quæritur decimoquartò, an pater futurus adrogator teneatur soluere debita contracta à filio adrogato ante arrogationē? Relictis hinc inde opinionibus, de quibus Iason *in l. hæc quoque stipulatio, §. sua persona ff. de verbor. obligat. n. 2.* dicendū est teneri patrē adrogantē, soluere huiusmodi debita. Ratio, quia per arrogationem tam adrogatus, quam bona illius transeunt in potestatem patris adrogantis: *l. si pater familias, in principio, ff. de adoptionibus & Institut. de acquisit. per arrogationem*: vbi successor vniuersalis tenetur obligationibus illius, cuius est vniuersalis successor: *l. tam ex contractibus, ff. de iudiciis*: Item quia omnes actiones transeunt in patrem cum suo onere; secundū *l. emer a ff. de adopt.* 1. cum ergo adrogatus, hæc debita iam contraxisset ante arrogationem, pater adrogator, in quem bona adrogati transierunt, tenetur ea soluere. 222

Secus

Secùs, si post arrogationem arrogatus contrahat, quia tunc non obligatur pater adrogans, nisi in eo, quod sibi est concessum in peculio: ita Glos. *in §. vlt. de acquisit. per arrogationem*, sicut filiusfamilias nequit patrem obligare, nisi de peculio, vt constat *ex toto titulo, ff. de peculio*.

---

§. VIII.

De obligat. filiorum præsertim familias, & de eorum obedientia in parentes.

EPITOME.

223 *Filius, qua teneatur exhibere, vel non exhibere parentibus.*
224 *Filius, qui patrem, aut matrem odio afficit, vel irrenerenter tractat, an teneatur id explicare in confessione?*
225 *Filius, qui patrem, aut matrem propter paupertatem dedignatur, qualiter peccet, & quid si iniuriosè verbo, vel opere affligat.*
226 *Filius tenetur obedire, & auxiliari parentibus, dum egent, etiam defunctis.*
227 *Filius tenetur parentem etiam proscriptum, vel hæreticum alere.*
228 *Filius, parentibus egentibus, an possit ingredi Religionem, & quando teneatur exire post professionem.*
229 *Filiusfamilias, an possit habere dominium alicuius peculij, & quotuplex sit peculium?*
230 *Et quid de vsufructu?*
231 *Paterfamilias quamuis non habeat vsumfructum in bonis filij, habet tamen administrationem.*
232 *Filiusfamil. non habet dominiũ in bonis profectitiis, secùs in Castrẽsibus, vel quasi Castrensibus.*
233 *Filiusfamil. de quibus potest testari post Clericatũ?*
234 *Et quid si non fuerit in sacris?*
235 *Filiusfam. nõ potest testari de iure cõmuni, & cur?*
236 *Ad pia secundum aliquos de consensu patris testari potest.*
237 *Filiusfamil. potest donare causa mortis consentiente patre, & cur nequeat testari ad profana de consensu patris? & num. 238.*
239 *Filiusfamil. quoties potest testari sine consensu patris, potest etiam donare causa mortis.*
240 *Filius an possit donare patri causa mortis de consensus illius; duplex est quæstio.*
241 *Maritus tabellio hæres scriptus ab vxore, non potest testamentum illius approbare.*
242 *Probabile est posse filium donare patri si consentiat: & respõdetur argumentis contrariæ partis.*
243 *Sed probabilius est non posse.*
244 *Filius nõ potest donare inter viuos patre incõsulto.*
245 *Nec potest agere in iudicio.*
246 *Et an possit adire hæreditatem.*

223 NOn est dubium, ad quæ se extendat obligatio filiorum erga parentes. In primis debitum illis honorem impendere debent, nec non amorem à natura insitum, obedientiam, & reuerentiam exhibere. Et quamuis hæc omnia aliis proximis debeantur, multò fortius parentibus sunt debita: atque ita, qui patrem, aut matrem odit, vel irreuerenter tractat, te-
224 netur dicere in Confessione se odisse patrem, aut matrem: idem si asperis, & duris verbis, illis molestiam intulit, vel si acri, & torno intuitu eosdem aspicit. Est enim mortale: ita Alens. *3. p. q. 33* Syluest. *verbo, filius, §. 25*. Angelus, *ibi, §. 30*. Reginald. *in praxi lib. 20. c. 2. n. 6*. Moure, *in suo examine p. 4. cap. 8. §. 2. num. 4. & 5*. Azor. *2. p. lib. 2. cap. 2. q. 3*.

Similiter peccat mortaliter filius, qui patrem, aut 225
matrem propter paupertatem dedignatur, & ostendit coram aliis, esse sibi ignotos, nisi ex tacita voluntate eorum, aut ex aliqua iusta ratione id faciat, Nauar. *c. 14. n. 3. in sum.* Toler. *lib. 5. c. 1*. Idem dicendum de filio, qui obstinatè non vult obedire parentibus in iis, quæ pertinent ad gubernationem domesticam, præsertim monente patre, vt à prauis familiaritatibus se abstineat, quod intelligitur si perseueret. Secùs si ex fragilitate, aut ex vehementi passione non retrahatur. Sot. *1. de iust. q. 6. art. 2*. Victor. *de potestate ciuili, ad finem*: Reginald. *d. lib. 20. cap. 2. n. 16*. vbi hunc excusat ex leuitate materiæ à mortali, quia præcepta diuina in leuibus, non obligant sub mortali: ergo multò minus obligabunt præcepta humana, imposita à parentibus.

Esse enim mortale secundum se, non obedire pa- 226
rentibus, probat Nauar. *d. c. 14. n. 2. vers. tertio inducit*, ex eo quòd, *Deuteron.* 21. filij contumaces præcipiuntur obrui lapidibus: tum quod *ad Romanos, c. 1.* & *ad Timoth. c. 3.* inter illos, qui peccant grauissimè, numerantur inobedientes parentibus; quod est intelligendum in materia graui, Reginald. *d. lib. 20. c. 2. n. 16.* & Azor. *d. c. 2. q. 4*. vbi id exemplis probat.

Insuper filij debent auxiliari parentibus, quotiescumque ipsi egent eorum opera, & auxilio; præsertim cùm grauiter ægrotant, Azor. *supra q. 5*. vel cùm ad senectutem perueniunt, & nequeunt laborare: tenentur namque exemplo Ciconiarum, in parentes pietatem ostendere, quæ vt Iulius Solin *in Poly. histor. c. 43*. Plin. *lib. 10. c. 23*. & Ælian. *de var. histor.* referunt quantum temporis impenderunt fœtibus educandis, tantùm & ipsæ a pullis suis inuicé aliũtur.

Idcircò à D. Ambr. *in Hexameron lib. 5*. ex Romanorum vsù, piæ Aues cognominantur. De quarum pietate multa congerit Solorzanus Pereira, *de parricidij crimine, lib. 2. c. 2. fol. 12*. Quin etiam parentibus vita functis, à filiis subsidium tribuendum est, exequiis debitis cohonestandi, & anniuersaria sacrificia curanda, & reliqua, quæ ad id conducunt præstanda: Azor. *2. p. lib. 2. cap. 2. vers. 5. quæritur*.

Præterea quando parentes egent, debent ali à filiis 227
ex iure naturali, quamuis sint hæretici, Surdus, *lib. 1. de alimentis, tit. 1. q. 31. n. 23. & q. 36. n. 2. & 14. & tit. 7. q. 14. n. 17. & tit. 9. q. 25. n. 59. q. 32. n. 10*. Quæ obligatio ex iure naturæ inducta, non potest tolli per ius humanum: ita Glos. *in cap. 1. verbo fideles, dist. 13*. Abbas, *in cap. si quis n. 2. de hæreticis*, Lopez, *tit. 23. l. 8 part. 1*. Padilla, *l. Præses n. 11. C. de seruitut.*

Et quamuis Lata, *in l. si quis à liber. §. & si impubes, n. 10. ff. de liber. agnosc.* id concedit, quando pater extremè eget: etiam extra extremam necessitatem, aliis placet filium teneri alimenta patri præstare, & esse præferendum cæteris Catholico, in Eleemosyna à filio eroganda, vt tenet Castro, *lib. 2. de iusta hæreticorum punitione, cap. 7*.

Imò quamuis pater damnatus sit, vt fame pereat, adhuc potest filius subuenire patri in hoc casu. Nam etiamsi lex Ciuilis publicos hostes, & reos Maiestatis humanæ priuet priuilegiis *l. postliminij, §. si ius ff. de captiuis*: naturalis tamen sanguinis qualitas, & debita parentibus pietas, nullo modo aboleri, nullóque iure dirimi potest, vt testantur Iurisconsulti, *in l. ius autem, ff. de pactis, & l. iura sanguinis, de regul. iuris*.

Vnde constat, deberi alimenta parentibus damnatis, aut proscriptis, à filiis: quamuis alij repugnẽt; plures tamen fatentur, quos refert Tiraquel. *de pœnis temper. causa 20. n. 8. cum sequent.* & Menoch. *de arbitr. q. 90. n. 45*. Conducit casus cuiusdam ignobilis puerperæ, teste Valerio, *lib. 5. cap. 4*. habentis matrem in carcere detentam, damnatamque vt

fame periret: illa namque impetrabat à Ianitore aditū, semper examinata ne quid inferret cibi: nihilominus vberibus plenis matrem sustentabat, donec fuit inuenta. *Quo miraculo*, vt ait Plin. *lib.7. cap.36.matris salus donata filiæ pietati est, ambæque perpetuis alimentis. & ille locus eidem consecratus est Deæ, C.Quintio, M. Attilio Coss.templo pietatis instllum carceris structo.* Sic ille.

Sic etiam pater Bannitus non est deserendus à filiis, ea codem Menoch. *d.q.90.num.45.* Placa *de delictis, lib.1.cap.36. num.4.* & Illustrissimus Acosnha, *1.p.decret. cap.1.dist.30.num.3.&c 4.c. non satis, num.5.dist.86.* vbi *in text.verbo, grandis culpa,* meminit peccatorum, quæ admittunt filij non subuenientes patribus in necessitate positis, dum commodè possunt.

228 Adde peccare etiam filios ingrediendo Religionem, parentibus in graui necessitate relictis, D. Thom. *quodlibet.3. q. vlt. art.6.* & Sayro, *in claui lib.7.cap.7.n.1.* Quod intellige, quando est probabilis spes, vt filius in sæculo manens, possit parentibus subuenire, nec est alius qui subueniet. Sanch. *in Decalogo lib.4. cap.20. num.3. ad finem,* vbi ait talem ingressum esse culpam mortalem, quia est transgressio præcepti grauissimi: debet tamen necessitas ante ingressum, esse magna simpliciter, arbitrio prudentis, nec requiritur quod sit extrema, etiam si non sit tanta, quod extraneos obliget ad Eleemosynam: sed sufficiet necessitas, quæ cogeret ea efficere, quæ in notabilem eius decentiæ status iacturam caderent: Ioan. de Neapol. *3.p. tit.16. cap.2.§.1.* relatus à diuo Antonino *ibi,* Sanch. *supra num.4.* Quòd si dubitetur, an tanta sit parentum necessitas, vt teneatur filius non ingredi religionem, potest filius relictis parentibus introire.

Quod si parentes veniant post professionem filij, in grauem necessitatem, D. Thom. affirmat, *quolibeto 3.art.6.* & *2.2.q.101. art 14. ad quartum,* & ibi Caiet.teneri exire: sequitur Syluest. *verbo.Religio, 2. q.4.* Angles, *in floribus Theologicis, in q.de voto, ex folio 94.* Lessius, *de iust.lib. 2.cap.41.dubio 3.§.si filius,* & Nauar.*in cap.nullam 18.q.2.ex n.48.* & *in manuali cap.14.num.14.*

Quod procedit multo fortius, si parentes sint in extrema necessitate: tunc enim professus potest exire, etiam Superiore repugnante, vt in simili volunt Caiet *2.2.q.101.art.4.circa solutionem ad Quartum* Maiol *in.4.dist.38.q.16.cōclus.2.* Tabien *verbo,pietas,in fine,* & *ibi* Armil.*num.vnico,* Nauar.*d. cap.14. num.14.*Cordub.*q.141.art.2. opinione 4.punct.1.*

Cæterùm, si necessitas fuerit grauis, seu magna, cui filius extra religionem potest subuenire, & non intra; non tenetur filius religionem egredi, sine licentis Prælati, qui eam potest dare ad succurrendum parentibus in hoc casu. Ratio, quia filius per professionem transiuit in potestatem Prælati, & non potest exire ab illa, neque auferri eo inuito, & est extra potestatem patris. Item tenetur filius in religione professus, pro viribus laborare, vt patri egenti grauiter succurrat, saluâ obedientiâ & regulari obseruantiâ quia adhuc post professionē, est verè filius, & in eo permanet obligatio pietatis erga parentes.

Eodem modo, si filius parentibus in graui necessitate positis, professionem fecerit, tenetur egredi, si aliter non possit illis subuenire, quia ingredi non poterat, cùm haberet obligationem subueniendi iam contractam: Nauar.*in sum.cap.14 n.14.* & *in comment.3. de regularibus n.45.* professio tamen fuit valida, sed suspenditur executio, donec parentibus prouisum sit: Less. *de iust. c.41 4.lib.2.n.34.* eò quia filius transiuit in religionem, & in potestatem Prælati, cum eo onere: *cap.ex literis, de pignoribus:* secus, quando necessitas superuenit post professionem: nam tunc non tenetur egredi: potest tamen obtenta licentia à Prælato.

Cæterùm, quando necessitas est extrema & tunc petita prius licentia, quamuis non sit obtenta, tenetur exire: non tamen potest deserere habitum, nisi quando habitu retento, non posset commode ei necessitati subuenire. Sed meliùs tradit Nauar.*lib.3.consilior.tit.de regular.in 1.edit.cons.54. num.2.* & *in 2.edit. cons.72. num.2.* vbi addit licentiam deserendi habitū nō posse concedi nisi à sumo Pontifice: sequitur Manuel. *2.tom.summa, c.6.n.4.* quia professus etiam factus Episcopus, habitum religionis deserere non potest, Sanch.*in præcepta Decalogi, d.lib.4.cap.2.num.22.*

Dubitari item potest, an filius familias sub patria potestate existens, possit habere aliquod dominium, inconsulto patre? Pro resolutione sciendum est, filios familias capaces esse bonorum, etiam sub potestate patria constitutos. Nam in primis possunt habere peculium aduentitium, quod dicitur illud, quod habent, vel per successionem, vel per donationem, vel per industriam propriam, vel fortuitò quæsitum: *l.cum oportet, in verbo, ex eius substantia, & in verbo, non ex substantia C. de bonis, quæ liberis*: Mendes à Castro, *in repetitione huius legis num.6. & 73.* 229

Deinde possunt habere peculium profecticium, quod dicitur illud quod ex patris bonis, & ea illius substantia consequuntur, aut quod contemplatione patris filius quæsitum fuit, vt per Glos.Bart. Bald. & alios *in d.l.cum oportet C.de bon. quæ liber.*

Tertio denique loco, possunt habere peculium castrense, aut quasi castrense. Quod acquiritur per militiam, vel occasione militiæ, dicitur castrense. Quasi castrense est omne id, quod ex beneficio Ecclesiastico acquiritur Item quod acquiritur post clericatum, quamuis alias sit aduentitium, vt habetur *in Authent. presbyteros C.de Episcop. & cleric.* Denique quidquid acquiritur officio publico, Iudicis videlicet, Aduocati, Tabellionis, Magistri, & similium: Molin *tom.1. de iust. tract.1. disp.230.* vbi de bonis castrensibus, *& disp.231.* vbi de quasi castrensibus. Valasc *de partitionib. cap.13.ex num. 1.cum sequent.* & Less.*de iust.cap.4. dubio 3.n.7.*

His positis, dico filius familias esse dominos directos bonorum aduentitiorum, non tamen habere vsumfructum illorum, neque vtilitatem, nisi in certis casibus, ex Ordinatione Lusitana, *lib.4.tit.98.* 230

Primò, si pater tribuat filio vsumfructum, quod potest facere, quia non donat pater filio de suis bonis, sed totum remittit filio ius quod habet in bonis ipsius: ... *de aliment.tit.1.q.42. num.124. & tit. 9.q.20.num.22.* Rebell.*de obligat. iust. part.2.lib.1. q.7.sect.2.num.15. vers quartus.* Molin. *supra disp. 8.vers.secundus est.* Lessius *d.cap. 4.dubio 3.n.9.*

Secundò, quando aliquid donatur, aut relinquitur filio ea lege, & conditione, vt pater inde non habeat vsumfructum, Molin.*supra vers. sunt vero,* Nauar. relatus à Lessio *d. cap.4. num.9.*

Tertiò, filius habet vsumfructum, & non pater si patre reluctante filius obtinuit bona ipsa aduentitia, Valasc *de partit. cap.13. num.146.*Molin.*supra disp.8.vers.tertius,* & Dom. Garcia Mastrillo *decis.Sicilia 59.num.1.* & Barbos.*ad Ordin.Regiam lib. 4.tit.98.§.3.*

Quartò, vsusfructus alicuius rei, si filio duntaxat relinquatur. Nam tunc pater nihil habebit, eò quia super vsumfructum non potest constitui alter vsusfructus: quoniam vsusfructus idem est, atque ipsa commoditas, & vtilitas rei. Molin *d. disp.8*

disp.8.vers.quartus, Rebell. part. 1.lib. 1.q.7.n.15. vers. secundus. Lessius, ..cap. 4. num. 10. vnde dicunt Iurisperiti, seruitutis non esse seruitutem.

Quintò, filius familias habet vsumfructum rei, non autem parens, quando Rex aliquid donat filio: quæritur enim res illa pleno iure filio quoad proprietatem, & vsumfructum: Gomes. in l. 48. Tauri num. 4. & tom. 2. variar.cap.15. num. 7. Surd. de aliment. tit.9.q.28.n.13. Molin. d.disp.8.vers.quintus, & disp.231.vers. deinde. Cald. Pereira in l. si curatorem, verbo, Lasis. n. 106.

Sextò, si filius vnà cum patre succedat in hæreditate fratris, vel sororis. Syluest. verbo peculium 1. q. 3. in quibus casibus etiam commoditas, & vtilitas competit filio, sicut bonorum castrensium, & quasi castrensium, & coniungitur vsusfructus cum dominio directo.

231 Nihilominus, quamuis in his casibus sit prohibita patri vsusfructus acquisitio per testatorem, vel donatorem in bonis filij, non censetur patri interdicta facultas administrandi prædicta bona; quoties nulla legis, vel testatoris suspicio concurrit: atque ita quoties patri vsusfructus acquisitio prohibetur, non fit, quod sit suspectus testatori, donatori, vel legi, sed potius fit pro vtilitate filij, vt filio melius prospiciatur, nedum in proprietate, quòd non tollitur administratio, sed etiam in vsufructu bonorum, esto vsusfructus acquisitio sit prohibita: ita Cagnolus post alios, in l. frater a fratre.n.161.ff. de condict. indebiti, Bursat. in cons. 133. n. 39. & 40. & n. 56. & 57. lib. 1. & alij, quos referens sequitur Castillus, de vsufructu lib. 1. cap. 3. n. 59.

232 Dico secundò, filium familias non habere dominium bonorum profectitiorum, quæ proueniunt à parente viuo, vel principaliter, & proximè eius causâ dantur, sed vtrumque dominium, tam directum, quàm vtile esse apud parentes: quinimò filios non habere auctoritatem administrandi prædicta bona, nisi in vtilitatem parentum, certum est. Quare nequeunt de his aliquid alienare, vel in suam vtilitatem conuertere, inconsulto parente, cuius intuitu profectitia dicuntur: Molin. tract. 2. disp. 233. vers. huiusmodi autem bona. Less. d.cap.4.dubio 3. num. 12. Valasc. de partit. d. cap. 13. n. 4.

Dico tertiò, filiosfamilias in bonis castrensibus, & quasi castrensibus habere plenum dominium: ita vt non solùm proprietas, & vsusfructus, sed etiam administratio horum bonorum, sit penes filios: Molin. disp. 230. & 231. vbi de his plenè. Ordinatio Regia, lib.4.tit.97.§. 18. & ibi Barbos. vbi num. 3. numerat omnia bona, quæ Clericus post susceptos Ordines acquirit aliunde, quàm ex bonis Ecclesiæ, inter bona castrensia, ideo quasi, post alios, de quibus posse testari filiú familias Clericum, in patria potestate constitutum, Molin. tradit, disp. 138. in principio, & disp 231 vers. quod verò; Surd. de aliment. tit. 4.q.18.n.11.cum sequent. Ægid. Lusitan. in repetitione l.1.C. de sacros. Eccles.p.1.§.7.à n. 3. Cald. Pereira, in l. si curatorem, verbo, cum non absimilis, n. 34. & verbo, lesis, n. 98.

233 Et quamuis filius post clericatum, retineatur in patria potestate, potest tamen testari de bonis, non solùm intuitu Ecclesiæ quæsitis, post Ordines susceptos, sed etiam de iis, quæ ante Clericatum habebat, etiam ex causa aduentitia; patet ex Authent. presbyteros, C.de Episcop. & Cleric. ibi: Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos, Cantores, Lectores, quos omnes Clericos appellamus, res quomodolibet ad eorum dominium venientes, habere in sua potestate præcipimus, ad similitudinem castrensium peculiorum; & donare, cui volent secundùm leges, & testari de his, licèt sub parentum sint potestate. Hæc ibi. Ideo de omnibus possunt testari filij Clerici, etiam de aduentitiis per verbum quomodolibet, quod est vniuersale, & comprehendit omnia. cap. de indemnitatibus, §. si qua vero, de electione in 6. Menoch. de recup. possess. remed.6. n.15. quod alij etiam extendunt ad Clericos primæ tonsuræ, Thom. Vaz. alleg.29.ex n.114. & infra n.123. 124. & sequent.

Non amittet tamen pater vsumfructum, in bonis quæsitis ante Clericatum, etiam si filius testetur de illis, eò quia quando conceditur filio testari, intelligitur sine præiudicio patris, ex Bartol. l. 1. num. 21. C. de sacros. Eccles. Thom. Vaz. num. 126. Porrò de quæsitis post clericatum, potest filius testari, etiam plenè de ipsa proprietate, quoniam in his cessat vsusfructus patris; Peralta in rubrica ff. de hered. instit. num. 181. Molin. de primog. lib. 2. cap. 9. num. 22. vide eade re Alu. Valasc. consult. 108. per totam, maximè ex num. 13.

Non potest tamen filius Clericus, dum testatur, priuare parentes legitima, sine causa: ex text. in d. Authent. de sanctissimus Episcopus, Nauar. in Manuali cap.17. num. 142. Molin. tom. 1. disp 138. vers. Clericatum, alter Molin. d. cap. 9. num. 21. & patet ex Ordinatione Lusit. lib.4.tit.82. in principio & §. 4. & tit. 91. in §. 1. atque ita filius in his bonis, poterit relictâ legitimâ parentibus, disponere de tertia parte, ad se pertinente in proprietate, & in vsufructu: & in aliis bonis ante clericatum quæsitis, in quibus pater habet vsumfructum, disponet & testabitur, tam in vita, quàm in morte de suo tertio in proprietate, non tamen in vsufructu, ita Rojas cap. 29. de successionibus n. 23. Gutier. lib. 2. practicar. quæst. 40. num. 3.

234 Sed quid de filiisfamil. qui sunt in minoribus, nunquid indistinctè poterunt testari eodem modo, sicut cæteri in sacris? Dicendum est cum hisce temporibus, tam numerosa sit multitudo Clericorum in minoribus, non gaudere hoc priuilegio, nisi qui secundum dispositionem Concilij Trident. sess. 23. cap. 6. de reformat. fruuntur priuilegiis fori, Mo.in. d. disp. 138. §. Conar. quam declarationem etiam tradit Spino, in d. Glos. rubric. 4. p. num. 21. ad medium. dicens ad hanc facultatem testandi, requiri, quòd hi Clerici, qui non sunt in sacris, vel habeant beneficium Ecclesiasticum, vel sint in habitu, & tonsura, & de mandato Episcopi sint affixi alicui Ecclesiæ, aut sint in Seminario Clericorum de eius licentia, vel versentur in aliquo Gymnasio, seu Academia, vt præcipitur in d. Concil. Trident.

235 De iure tamen communi nequeunt filijfamil. testari, l. qui in potestate ff. de testamentis l. nemo C. qui testament. facere possunt. nisi de Castrensi, & quasi Castrensi, vbi primùm expleuerint pubertatis annum. Idem de iure Lusit. lib. 4. tit. 81. §. 3. tit. 83. §. 1. de iure tamen Castellæ per decisionem l. quinta Tauri, quæ est 4. tit. 4 lib. 5 legum regal. nouissimè collect. conceditur testandi facultas, expleto pubertatis anno, tàm de bonis aduentitiis, quàm de aliis, quasi sint extra patris potestatem, quod intellige, si descendentes, vel ascendentes non habuerint: illis verò existentibus, de tertio suo possunt pro arbitrio suo disponere; duas verò bonorum partes, si descendentes non existant, relinquere parentibus debent, vel ascendentibus, si extent, & descendentes deficiant, Molin. d. cap 9. num. 13. Secùs de iure communi, etiam de patris consensu. Ratio quia cum testamentum publici iuris sit, l. 3. ff. de testam. Priuatorum consensus nihil quidem in eo debet operari, l. ius publicum ff. de pactis. Valasc. consult. 108. num. 19. Item quia sumus in regula generali, quod

filiusfamil. testari nequit, etiam patre consentiente, *l. qui in potestate ff. de testam. l. tam is §. 1. ff. de donat. causa mortis*, Gomez *l. 5. Tauri num. 1.* vbi addit ex eo non posse filium familias, qui est in potestate patris, testari, quia non est capax acquirendi: nam ex ipso momento, quod acquirit non residens penes illum, sed transeunt in patrem: ergo non potest testari, quoniam dispositio sua esset sine effectu, & nullius momenti: Bald. *in l. Senium C. qui testa. facere possunt, col.* 2. Accedit ratio rationis, quia vltima volūtas non debet pēdere ex alieno arbitrio: esset enim captatoria, quæ à iure est reprobata, vt *in l. illa autem institutiones ff. de hered. instituend.* & *in l. captatorias C. de testam. milit.* Gomes. *supra num.* 1.

236 Posse tamen filium familias de cōsensu patris testari ad pias causas docet Bart. *l. 1. C. de Sacrosanct. Eccl.* Imol. *c. 2. de testam.* & alij apud Iul. Cla. *verbo testament. q. 5. n. 7. & 8.* & est admittenda opinio Bartoli in foro fori, licet habeat contradictorem, vt disponit Ordin. Lusitana, *lib. 2. tit. 5.* Valasc. *consult.* 108. *n.* 17. Bartolum sequitur Baldus, *in l. 1. C. de sacrosanctis Eccles.* & probatur, *ex c. licet de sepulturis lib. 6.* cuius hæc sunt verba ibi: Quamuis filius absque patris assensu possit sibi eligere sepulturam; pro anima tamen sua, præter ipsius assensum, nisi peculium castrense, aut quasi castrense habeat, aliquid indicare non potest, sic ibi: Ergo interueniente licentia patris, & ad pia poterit filius disponere ex testamento: est communis. Spino, *in speculo 4. p. Glos. rubrica num.* 11. Molin. *de testam. disp.* 138. *dubio vlt. in principio*, Lessius *lib. 2. cap. 19. dub. 4. num. 37. & 38.* Azor *2. p. lib. 2. §. decimo quæritur, vers. quæres an filius famil.* Ad non pia autem, nec de consensu patris potest testari, nisi de bonis castrensibus, aut quasi castrensibus de quibus tam ad prophana, quàm ad pia testari potest, Lessius, & Azor. quod intelligitur sine tactura parentum circa legitimā, vt dictum est.

Cæterùm posse filium familias donare causa
237 mortis, patre consentiente: constat *ex l. filius famil. §. pari autem ff. de donat.* & esse communem, vult Iason *in d. l. Senium num.* 8. Clarus *§. testamentum q. 18. num. 2.* Couar. *in rubrica de testam. 3. p. n. 7. vers. his vero.* Ratio, quia donatio causa mortis, magis redolet naturam contractus, quàm vltimæ voluntatis, ac proinde consentiente patre, potest fieri, & hac ratione vtitur Accurs. *in princip. Instit. quibus non est permissum facere testam. in verbo permiserint.* & Clar. *id probat vbi proximè n.* 1.

Item donatio priuati iuris est: factio autem testamenti est iuris publici: ideircò hæc de voluntate patris non potest fieri: illa autem maximè. Nec obstat donationem causa mortis, videri similem voluntati vltimæ, quia quamuis ita videatur, non recedit omninò à natura contractus, imò potius ex magna parte retinet, Molin. *de primog. lib. 1. cap. 22. num. 14. ad finem, & n. 16.* Clar. *§. donatio q. 5. num. 2. vers. in dic.* vbi credunt donationem causa mortis quoad modum, & ordinationem, dum in esse deducitur, æquiparari contractui: sed postquam est in esse deducta, quoad effectum, & efficaciam, assimilari vltimæ voluntati. Quæ doctrina est communiter recepta per Glossam *in l. 2. in princip. verbo, legatum, ff. de dote prælegata.* Iason *in l. cum antiquitas n. 2. C. de testam.* Sequitur Molin. *supra disp.* 288. atque ita posse fieri donationem causa mortis de consensu patris: testamentum autem nullo modò, certum est, Azor. *p. 2. lib. 2. cap. 23. q. decimo quæritur §. quæres an filius famil.* Lessius *d. l. 2. cap. 19. num. 37. & 38.*

Quæres tamen cur consentiente patre, filius 238
testetur ad pias causas tantùm, & de eodem consensu donat causa mortis? Responsio sit, quia Iura, & Leges non prohibent filium famil. donare de consensu patris: prohibent autem testari etiam de consensu illius, & permittitur solùm ad pia testari de consensu patris, quia ad testandum maturiori iudicio opus est, quàm ad donandum. Item quia facilius ad testandum trahuntur homines: proinde nihil valebit etiam patre permittente testamentum filij, valebit tamen donatio causa mortis facta de voluntate patris: quæ doctrina procedit de iure communi, ac Lusitano. Molin. *tom. 1. de Iust. disp.* 138. *& tom. 2. disp.* 288. *§. quamuis de iure communi, & §. sequenti vers. dubium est*, vbi deciditur ex Glos. *in l. 1. §. necessitate C. de bonis, quæ liberis.* quam sequitur Iul. Clar. *§. donatio q. 6. num.* 5. & Couar. *in rubrica de testa. p. 3. num.* 6. dicentes necessarium esse consensum patris, quando filius familias donat causa mortis, non vt auferatur præiudicium, quod potest patri inscio contingere, si filius patre ignorante donaret: sed quia ex dispositione iuris requiritur paternus consensus, tanquam solennitas, vt actus ille valeat, & ne pereat.

Confirmatur, quia si filius donet causa mortis bona aduentitia, quorum pater non habet vsumfructum; nulliter donat, si hæc donatio patre non permittente: igitur non requiritur consensus primariò, & principaliter, nisi ex dispositione iuris, non verò ad vitandum præiudicium patris: qui consensus debet esse expressus, cum requiratur pro solennitate, ac forma illius actus, nec sufficit tacitus: ita Iul. Clar. *d. q. 6. verbo donatio num. 5. & 6. per* Glos. *in l. qui in potestate, in principio, in verbo nihilo magis ff. de testam.* Mant. *de coniect. vltimar. volunt. lib. 1. tit. 12. num.* 3.

Illud etiam notandum est, vti certum, filium fa- 239
mil. quoties potest testari de bonis suis, sine patris consensu, posse similiter donare causa mortis, Molin. *disp.* 138. & constat *ex l. Marcellus, in princip. ff. de donat. causa mortis.* Cùm igitur de iure Castellæ datum sit filio puberi, testari de tertio bonorum aduentitiorum, potest etiam de eisdem bonis inconsulto patre donare causa mortis, *per l. 5. Tauri*, ex cuius dispositione de bonis suis potest ab que patris consensu testari, & à fortiori donare causa mortis, vt volunt Tellus & Fernand. *in d. l. 5. Tauri num.* 20 Molin. *de primog. lib. 2. cap. 9. n.* 9. & censuit Guilliel. *in cap. Raynus. verbo matrem insuper Cleram num.* 26. post Bald. *in l. 1. num. 10. C. de sacros. Eccles.*

Quæritur item an filius famil. possit donare cau- 240
sa mortis, eidem patri, de consensu illius? Duplex est quæstio, & opinio. Prima de iure communi, & nostro negat; Ratio, quia nemo potest in vtilitatem sui, interponere suam auctoritatem. Iuxta Glos. *in l. 1. in principio, in verbo rem acquirit, ff. de auctoritate & consensu tutor.* cuius argumento res apparet: nam tutor non potest præstare consensum, in sui commodum redundantem, vt est communis: & docet Socin. *in l. 1. §. fuit quæsitum ff. ad Trebel.* Clar. *in d. §. donatio q. 6. num. 7. vers. contrarium autem:* Couar. *in d. rubrica de testam. p. 3. num.* 7. & Tiraquel. *de leg. connub. Glos. 8. num.* 115.

Consensus enim requisitus ex parte patris, ad donandum causa mortis, nōn est dicendus consensus simplex, sed præstatio auctoritatis, & solennitatis, quam pater non potest præstare ad actum sibi vtilem, nisi interueniente auctoritate Iudicis: tunc enim valet secundùm communem. Cau-

in

in l. si curatorem, verbo contractum fecisti, num. 44. *C. de restitut. in integrum*, & secundùm Clar. *d. q.* 6. *num.* 7. *§. donatio*, est verius: sequitur Molin. *de Iust. tom.* 2. *tract.* 2. *disp.* 288. *fol.* 243. *§. hinc auctores*: secùs, vitiatur talis donatio propter defectum solennitatis requisitæ, vt docet Cald. *cit. num.* 45. Clar. *num.* 5. & alij.

241 Iuuat hanc partem negantem testamentum clausum vxoris, in quo maritus tabellio fuit ab ea hæres scriptus, seu fideicommissarius: is namque non potest solenniter approbare huiusmodi testamentum, in quo est hæres scriptus, quod si approbet nullum est testamentum, in foro externo. Bart. *in l. quamquam C. de his, qui sibi adscribunt*: ideo nihil confecit. Idem Bart. *in filius, §. sequens, ff. de falsis*: quia non potest tabellio facere instrumentum ad sui vtilitatem: cùm igitur de iure Lusitano testamentum clausum, sine approbatione à tergo nihil valeat. *lib.* 4. *Ordina. tit.* 80. *§.* 1. de quo per Molin. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 125. Sequitur approbationem à tabellione marito confectam ad sui commodum, nihil roboris continere.

Confert ad hoc negandum ex eo, quòd nemo potest esse testis in testamento, in quo hæres instituitur, vt patet, *ex l. qui testam. de testam.* neque in quo ei relinquitur fideicommissum vniuersale, ex Bald. & Angel. *in l. dictantibus, eodem titulo.*

Ergo vitiabitur testamentum, quod ipse tabellio approbat, vt talis, & vt testis: quia conficiens instrumentum, habetur loco testis; Bald. *in l. si quis decurio, ad finem C. ad legem Cornel. de falsis*, & Alberic. *in l. de eo, & in l. vxori ff. eodem titulo.* Hoc autem nulla alia de causa vitiatur, nisi, quia nemo potest in sui commoditatem, præstare alicui actui auctoritatem, vt valeat in foro externo directè, quoties à lege exigitur pro actus solennitate per d. Glos. *in l.* 1. *ff. de auctoritate tutorum*, quam Bart. & DD. *ibi* sequuntur: idem Bart. *in l. frater à fratre, col. vlt. in* 6. *quæst. ff. de condict. indebiti.* Ioan. Andreas, *in addit. ad Specul. tit. de instru. edit. §. porro col.* 1. *vers. quod si filius famil.* ex paritate rationis non valebit donatio facta patri à filio, cui suam auctoritatem ipse pater præstitit.

242 Secunda opinio affirmat, posse filium famil. validè patri consentienti, facere donationem causa mortis. per text. *in cap. cum in iure, de officio delegati*, vbi potest quis sibi, & ad suum commodum consentire. Item, quia filius potest conferre in patrem omnia bona sua in vltima voluntate per text. *in l.* 1. *C. de impo. lucra. descript. lib.* 10. Sed hoc non potest intelligi de testamento, cùm etiam non possit testari patre etiam permittente, *per d. l. Senium, & l. penult. C. qui testam. facere possunt*: igitur debet intelligi *d. l.* 1. de donatione causa mortis: sed filius non potest donare causa mortis, nisi de consensu patris, ergo patre consentiente, & assensum præstante, valebit illa collatio bonorum in patrem. Confirmatur ex eo, quòd pater potest cōsentire filio, vt hæreditatem adeat, vt concedit *l. si quis mihi bona §. iussum, cum sequenti, ff. de acquirend. hæred.* Sed hæreditas quæsita pleno iure patri quæritur, *ff. eodem cum simil.* Ergo potest pater præstare consensum ad sui commodum volenti filio, patri donare causa mortis.

Alioqui sequeretur, quod patria potestas in fauorem acquisitionis destinata, & ad acquirendum patri inducta, vergeret in patris detrimentum, contra *l. quod fauore C. de leg.* quam partem tanquam communem tenent Guillelm. Benedic. *in cap. Raynut. in verbo mutrem insuper Clerum num.* 46. Bertrand. *cons.* 156. *num.* 10. *lib.* 1. *in* 2. *p. & cons.* 162. *post num.* 1. *lib.* 1. *in* 2. *p.* Bald. sibi contrarius *in l. si quando §.* 1. *C. de inofficioso testamento*: & ita consuluit *cons.* 60. aperiè soluto matrimonio *lib.* 4. dicens, hanc partem esse de iuris subtilitate veriorem, Paulus Castrens. *in l. qui in potestate, ff. de testam. & in l. si quis mihi bona §. si quis mandauerit, ff. de acquirend. hæred.* Fulgos. *cons.* 88. *visis superius allegatis*: & alij plures *col.* 2.

243 Vtraque opinio est probabilis: secunda vero probabilior. Ad inta pro parte contraria dicendum est, consensum patris in donatione causa mortis a filio facienda requiri propter præiudicium ipsius patris, vt bene probat Pichardus *in d. principio Instit. quibus non est permissum, num.* 64. *cum seqq.* ac proinde per text. *in d. l.* 1. *§. sin autem, ff. ad Trebel.* restituitur hæreditas ei, qui præest Collegio, consentiente eodem Collegio.

Nec obstat *d. l.* 1. *ff. de auctor. tutor. & d. l.* 1. *§. fuit quæsitum, ff. ad Trebel.* quia ibi est sermo de auctoritate interponenda propter officium: at secus hoc loco vbi loquitur de consensu simplici priuatim interposito, & is consensus non obstat, quia ad sui commodum à patre præstetur. Quin etiam non est opus, quòd talis assensus adhibeatur in ipso actu donationis, quia non exigitur ad integrandam personam filij, sed ne fiat donatio in præiudicium patriæ potestatis. Ita Socin. *cons.* 160. *in præsenti consult. col. antepenult. in princip. lib.* 2. Semper enim requiritur consensus, quando filius est in potestate patris siue senex, siue vir sit, nulla habita ratione ætatis, aut iudicij: at leges pro contraria allegatæ, intelliguntur de auctoritate, quæ requiritur ad integrãdam personam minorum. Filij autem famil. non egent consensu patris per modum auctoritatis, nec ad supplendam imbecillitatem iudicij; sicut pupilli: sed ne ius patriæ potestatis offendatur, aut minuatur donando causa mortis patre inscio.

Vnde talis consensus potest à patre præstari post ipsam donationem factam vel in ipso actu, quia consensus hic non requiritur pro solennitate actus: sed vt vitetur patris damnum: ac proinde nihil obstat an talis consensus præueniat, aut superueniat incontinenti, vel ex post facto Glos. & Scribentes *in l. vl. §. necessitate, C. de bonis qua liberis.* Secus quando exigitur consensus pro auctoritate, seu solennitate: tunc debet interponi in ipso actu, nec postea potest interponi, text. *in cap. auditis*, innocto *cap. quia propter, de electione*, Innocent. & Imol. *in cap. cum consuetudinis, de consuetud.* quia quod exigitur ad solennitatem non potest separari ab ipso acto *l. cùm auctoritas C. de testam.* & actus formalis est indiuiduus, sicut ipsa forma est indiuidua: *l. furiosum, & ibi* Bart. *C. qui testam. facer. poss.* contra verò quando consensus non exigitur per modum solennitatis, quod cognoscitur, quando priuatim tangit commoditatem præstantis consensum, neque aliàs exigitur, vt est in nostro casu donationis causa mortis: atque ita potest consensus adhiberi etiam post actum, vt ait Bart. *in l.* 1. *§. sed filius, ff. de legat.* 3. *per text. in l. filio præterito ff. de iniusto testament.* Castrensis *in l. si cum dotem §. eo autem tempore ff. soluto matrimonio.* Imol. & Dominicus in *d. cap. cum consuetudinis, de consuetud.* & alij.

244 Non potest etiam filius famil. donare inter viuos patre inconsulto per *l. filius famil. ff. de donationib.* Quod intellige regulariter, vt notat Iul. Clar. *verbo, donatio, q.* 6. *num.* 1. *&* 2. nisi sit donatio de rebus, aut de bonis in quibus patri non acquiritur vsusfructus: nam de his bonis aduentitiis potest filius donare patre inconsulto, per *l. vlt. §. filius autem familias C. de bonis quæ liberis*, cuius

sunt

sunt hæc verba quæ sequuntur ibi: *In iis dumtaxat casibus, quorum vsusfructus apud parentes constitutus est:* quod secus est in donatione causa mortis, in qua filius non potest donare bona etiã aduentitia ad ipsũ pleno iure spectãtia, secundùm priorem sententiã, sine patris cõsensu & authoritate: at verò inter viuos potest quando ad eum pertinent, ita vt pater in illis nihil habeat vsusfructus, prout vult Couar *in rubrica de testamentis 3. p. num. 8. & 9. in fine*, Ægid. Lusitanus *in l. 1. C. de sacros. Eccles. §. septimo de filio famil. num. 25.* cum hac tamen distinctione, quoniam in donatione causa mortis patris consensus requiritur expressus, nec sufficit tacitus, aut simplex, per Glos. *in l. qui in potestate, verbo nihilo magis ff. de testam.* & Iul. Clar. *in d. §. donatio q. 6. num. 6.* Cald. *in d. l. si curatorem habens, verbo, contractum fecisti, vers. final. C. de in integrum restitutione*, & Molin. *d. disp. 288. tom. 1.*

e. Cæterùm in donatione inter viuos sufficit consensus tacitus, seu interpretatiuus patris, siue in actu ipso, siue post, quandocumque superueniens fuerit: quia potest ipse pater ratum habere, quod gestum est, & validare etiam quod fuit factum non suo nomine: vt habetur in *l. si fundum ff. de pignoribus*, quia ratihabitio æquiualet: *l. semper qui, vers. sed & si quis*, & *ibi* Decius *ex num. 6. ff. de regul. iuris*, & probatur ex filij familias exemplo, qui ex mutuo non obligatur: nihilominus accedente ex pòst facto patris voluntate obligabitur, si post susceptum mutuum cõsensus paternus accedat; & satis est ratum habere quod factum est: ita Dyn. *in regula ratum quis, num. 14. cum seqq. de regul. iuris, lib. 6.* & habetur hoc expresse in *l. fin. C. ad Senat. Consult. Macedon.* ibi *Cum nostra nouella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, & confirmet ea, quæ ab initio subsecuta sunt*: hæc *ibi* inquit Iustinianus.

f. Ergo in nostro casu donationes inter viuos, quamuis pater ab initio non præstet consensum filio famil. si postea superueniat, confirmatur donatio; & confirmata retrotrahitur accedente patris consensu: Bald. *in d. l. final. §. necessitate num. 16 vers. modo pone*: neque denique exigitur consensus simplex in hac donatione, nisi propter præiudicium ipsius patris duntaxat: sed sufficit consensus tacitus: secùs, quando requiritur pro solennitate actus: nam tunc exigitur expressus: ita Bart in *l. qua dotis, col. vlt. ibi, in quarto casu: ff. soluto matrimonio*, & clariùs Bald. in *l. si sine, col. 1. in 2. q. C. ad senat. consult. Velleian.* Panor. in *cap. dilecti col. 3. vers. nunquid autem sufficiat, de arbitris*, & text in *cap. ab vno* iuncta Glos. *in verbo mandantibus*, & *ibi* Dominic. *in secundo notabili, de re iudicata, lib. 6.* vbi non habetur præsentia, & taciturnitas pro consensu sufficienti, quando exigitur ad solennitatem actus.

Ex dictis constat posse filium donare aduentitia bona inter viuos sine patris consensu, quando pa-
245 ter non habet in illis quicquam. Quæstio tamen est an possit filius stare in iudicio patre inconsulto pro eisdem bonis, quamuis in illis non habeat vsumfructum? Affirmat tanquam probabile Barbos. *in l. Gallus §. quod si in patris, num. 28. prope finem*, & apertiùs *in l. 2 § quod si in patris ff. soluto matrimonio, num. 19.* posse scilicet filium inconsulto patre agere in iudicio; sicut filia regulariter potest petere dotem aduentitiam irrequisito patre, ex ea regula quòd quando patri vsusfructus non quæritur, potest filius agere, & disponere de ea re pro arbitratu suo, licentia patris minimè petita: *Authent. vt liceat matri, & Auiæ, in principio, collat. 8. & cap. final. ad finem de iudic. in 6.* idem Barbos. repetit *in l. 4 à n. 3. ff solut. matrim.* quod asserit communiter receptum Angel. *§. actiones autem, col. final. Institut. de actionibus*: sequitur Vantius *de nullitate ex defectu mandati, num. 41.* ex eo quod quando patri nihil quæritur, filius famil. sine consensu patris potest agere, & procedere, & quoad hoc censetur persona integra: atque ita fuisse iudicatum à Senatu Neapolitano refert Afflict. *decis. 180. num. 4. vers. quod vbi de re, de qua litigatur, patri non acquiritur vsusfructus, non requiritur consensus patris.*

Probabilius tamen est non posse stare in iudicio filium inconsulto patre pro eisdem bonis, quamuis in illis non habeat vsumfructum. Quæ resolutio est verior: ita Mendes à Castro in *l. cum oportet 2. p. num. 134. C. de bonis quæ liberis*, & secundùm legem nostram Lusitanam *lib. 3. tit. 64.* est sequenda: vbi §. 2. dicitur, quòd in casibus non decisis adhærendum sit opinioni Accursij, quando non fuerit communiter reprobata. Idem docet Gonçalus Soar. *in sua practica tom. 1. p. 1. tempore 2. à n. 15. & n.* & tenet Glos. *in d. §. necessitate*, & *ibi* Bald. *à num. 9.* nisi pater sit absens, Molin. *d. disp. 228. vers. hoc vero non est intelligendum*, dicentes, quando pater non habet vsumfructum in bonis aduentitiis, non posse adhuc filium sine licentia patris consistere in iudicio saltem in Lusitania; cùm filius famil. sit in potestate patris, & non sit sui iuris: ideò non habet integram personam ad sistendum in iudicio sine consensu patris.

Quæritur deinde quid faciendum, quando filius 246
renuente patre adit hæreditatem sibi delatam, compelletúrne pater authoritate Iudicis ad præstandum consensum, vt agat in iudicio? Respondetur affirmatiuè per text. *in l. vltim. §. necessitate, C. de bon. quæ liber.* vbi id dicitur, Gutier. *de iuramento. confir. p. 1. cap. 1. num. 47. cum seqq.* Quod etiam fieri potest quoties etiam cum filio famil. fuerit lis, aut quæstio, cogetur pater dare consensum. Imo si semel fuerit ad consentiendum interpellatus, & recusauerit præstare consensum, non erit necesse, vt vlterius requiratur, sed supplebitur cõsensus auctoritate Iudicis; secundùm text. *in l. 6 notum C. qui admitti*, vt notant Scribentes in *d. §. necessitate*, concordat Alexand. *cons. 59. lib. 2 vers. secundo respondeo*, Vantius *de nullitate sententiæ, quibus sententia: num. 87.* & hoc modo persona filij inhabilis, redditur habilis ad sistendum in iudicio.

Denique in quibus casibus filius potest esse in 247
iudicio absque præfata venia, loquitur lex Lusitana *lib 3. tit. 9. per totum*. Certum item est filium posse agere, & conueniri in iudicio sine consensu patris non obstante potestate patria, si quæstio fuerit
de beneficialibus, seu spiritualibus, Molin. *disp.* 248
228. vers. à regula in cap. de iure iurando, Gonçallus Soares *supra n. 20. in sua practica tom. 1. p. 1. tẽpore 2.*

Item potest agere, & conuenire in his, quæ concernunt peculium castrense, vel quasi castrense; item minor pubes idem poterit: quòd si postea reperiatur læsus, restitutione gaudebit, Oddus Sforcia *2. p. q. 60. num. 21.* Cald. *in l. si curatorem, verbo, vel aduersaris, num. 42.* atque ita debet intelligi lex Lusitana *d. lib. 3. tit. 41. num 8.*

Idem dicitur de filio Clerico deferente habitum, & tonsuram, & seruante omnia quæ commendantur à Tridentino Concilio *sess. 23. cap. 6. de reformat.* Neque patria potestas constringitur per *caput vltimum, de iudiciis in 6.* quia post clericatum acquisita pertinent ad peculium quasi castrense, *l. sacros. 34. C. de Episcop. & clericis*, atque ita super ea bona stare in iudicio poterit filius, quamuis non accedat consensus patris, Perez *ad leges Ordinamenti lib. 1. tit. 3. col. 115.* Archidiac. *in d. cap. vlt. de iudiciis lib. 6.*

Idem

Idem seruabitur, quando pater distat à filio: tunc integrum erit filio agere contra extraneum, & extraneo contra filium sine auctoritate patris: *l. si longius, § 1. ff. de iudiciis*, Thomas Valasc. *allegat.* 20. *num.* 7. Filio autem non excedenti vigesimum quintum annum dabitur curator ad litem, vt habetur
249 in *d. l. vltim.* Similì modo filius potest fieri procuratot sine auctoritate patris, nedum ad negotia, sed etiam ad iudicia, modò ad iudicia habeat vigesimum quintum annum plenum, vt deducitur ex *c. qui generaliter, §. 1. de procuratoribus lib. 6. & §. vltim. eiusdem capitis.* Pari etiam ratione sine consensu patris potest etiam esse in iudicio contra quemcunque, si nomine alieno sistat, aut agat, quia etiam nomine alieno potest agere aduersus eum in cuius potestate est: Glos. *in l. vltima, C. de bon. quæ liber.*

250 Ad hæc in omni euentu in quo exigitur consensus patris ad sistendum in iudicio, consensus in litis contestatione est præstandus, vel ante id tempus: quòd si post contestationem in decursu litis præstetur, non ratificatur processus antea factus: est communis: per *l. quid ergo*, & *ibi* Angel. *ff. de his qui not. infam.* Glos. & *ibi* Bald. *in d. §. necessitate*, Paul. *in l. si quis mihi bona, §. iussum, col. final.* & *ibi* Iason. *col. 5. ff. de acquirend. hered.* quia quando consensus est necessarius pro forma, seu solennitate, debet præstari in ipso actu: *cap. quia propter, de electione.* Quare minus bene sentiunt aliqui apud Vantinm *de nullitate sententia ex inhabilitate, seu defectu mandati, num. 45.* dicentes quocumque tempore accesserit auctoritas patris, conualidari iudiciu filij ad id vsque tempus agitatum: quod censetur verum in præparatoriis fieri solitis ante litis cõtestationẽ; quia in his præambulis possunt filij famil. patre inconsulto sistere in iudicio: ita Bald. *in l. 1. col. 2. in tertia oppositione C. qui admitti*, & Iason. in *d. §. iussum, ff. de acquirenda hereditate.* Vide tamen Ceuall. *in praxi communi q. 327. vers. sed contrariam.*

---

§. IX.

Vtrùm parentes, & filij possint sibi stipulari ad inuicem.

EPITOME.

251 *Stipulari alteri quid sit.*
252 *Filius familias si stipuletur ex causa profectitia acquirit patri pleno iure.*
253 *Filium non stipulari pro matre, nec pro Auis, & aliis ascendentibus per lineam maternam, qui dicunt.*
254 *Filius familias an possit emere sibi nomine proprio, & de pecunia paterna, & quid restituat patri.*
255 *Vox filij, vox patris: vox serui, vox domini.*
256 *Filius in dubio præsumitur acquisiuisse de bonis, seu de pecunia patris.*
257 *Sed quid, si filius nominatim sibi stipulatus, non verò patri, videtur filius sibi quærere.*
258 *Filius in quibus casibus stipulatus pro patre, non acquirat patri.*
259 *Filius famil. reseruans stipulationem pro tempore emancipationis, habet actionem vtilem.*
260 *Filius naturalis non potest stipulari patri, nec pater filio naturali.*
261 *Stipulatio facta à patre, pro filio emancipato, videtur inutilis, quia nihil patri acquiritur.*
262 *Pater potest feudum, aut Emphyteusim etiam Ecclesiasticam stipulari pro se, & suis descendentibus.*
263 *Actio qua defertur filio per hanc stipulationem, non est directa, sed tantùm vtilis.*
264 *An requiratur, vt filius sit in potestate patris, vt per stipulationem filio aliquid acquiratur.*
265 *Vtrum pater filiis stipulatus censeatur stipulari filiis, vt filiis, an vt heredibus, & quid in dubio.*
266 *Pater pro se, & filiis & heredibus si acceperit, filius non recipiet, nisi sit heres.*
267 *Pater si stipuletur filio pro beneficiis patri collatis, an valeat stipulatio, & quid si stipuletur ex causa amoris.*
268 *Pater præsumitur potiùs stipulari propter affectionem, quàm propter beneficia.*
269 *Pater stipulatus pro se, & filiis, censetur stipulari pro illis, vt sunt heredes.*
270 *Stipulatio quando mater accipit Emphyteusim pro se, & filiis, & descendentibus valet, & quomodo hoc intelligatur, cùm filij non sint in potestate matris.*

251 QVæritur primò stipulari alteri, quid sit? Respondeo esse acquirere obligationem absenti, seu absentis nomine, absque eius speciali mandato, acceptare contractum aliquem onerosum, vel donationem liberalem, vel promissionem.

Nemo tamen potest stipulari ab eo, qui suo iuri subiectus est? quia tunc ciuilis actio, hoc est obligatio non nascitur, nisi ex causa peculij castrensis, vel quasi: *§. item inutilis* cum Glos. *Instit. de inutilib. stipulation.*

252 Idem dicendum est de peculio profectitio, cuius proprietas acquiritur patri etiam, *l. cum oportet, in principio C. de bon. quæ liber.* Proinde pater obligatur etiam filio ex stipulatione, quando agit vt extraneus? quia hoc aduentitium dicitur: Bart. *in l. si tibi decem, § si pactus, num. 4. ff. de pactis.* Sed de his *infra §. eo. sequenti.*

253 Quæritur secundò an matri, Auis, aut aliis ascendentibus per lineam maternam, possit filijs stipulari? Pars negans est vera. quoniam regulariter filiis mater non potest stipulari, neq; Auia, nec Auus maternus nepotibus stipulantur Fulgos. *cons. 131. n. 1.* Alciat. *cons. 30. n. 9. lib. 8.* Menoch *cons 40. n. 54.* Ergo nec filius matri, nec ascendentibus per lineam maternam, potest stipulari: quoniam eorum potestati non est subiectus, quæ est inuenta ad acquirendum. Bald. *in l. executorem, num. 12. vers. item nec matri, de execut. rei iudic.*

Poterit autem mater, fundum si accipiat in Emphyteusim pro se, & filiis, & ascendentibus stipulari validè: eo quia est stipulatio super re quæ proximè futura est ipsius matris, ratione vtilis dominij: argumento *l. publia in principio, ff. depositi*, Bart. *in l. quod dicitur, num. 13. de verbor. obligat.* Sed de hoc, *infra num. 270. vers. nec refragatur.*

Item mater potest filiis, & filiabus feudum stipulari, quando ad eam pertinet illud, ratione vtilis dominij. *cap. 1. de feudo fœminæ*, Bellamera *decis. 743. vers. sed etiam idem potest.*

Insuper mater, & Auus maternus possunt stipulari filiis, & filiabus, & nepotibus dotem, fauore nuptiarum: *l. Caius.* & *ibi* Bart. *num. 3.* & Bald. *in sum. ff. soluto matrimonio.* Sed filij nequeunt: pro patre autem, maximè, vt probatur ex seqq.

254 Præterea non est dubium filium acquirere patri, ex causa profectitia pleno iure ratione patriæ potestatis: quod procedit etiam, quando filius proprio nomine stipulatur illi: per *§. vers. idem iuris. Institut. de stipulatione seruorum*: in quam resolutionem

totus

totus venit Corneus *conf.* 247. *num.* 7. *vers.* & *satis apparens sublata*, *lib.* 3. Vnde minus bene tradit Molin. nemine relato *tom.* 1. *de iustitia*, *tract.* 2. *disp.* 234. *fol.* 1452. *vers. quod si pecuniam*, & Roland. *tom.* 2. *cons.* 9. *ex num.* 21. Quæ continentur hoc loco; videlicet per hæc verba: Si filius famil. emat nomine proprio, & de pecunia paterna, rem emptam esse propriam filij, illiusque teneri pecuniam patri, vel fratribus restituere pro rata; quod non videtur verum, quia cùm filius sit sub potestate patris, ex causa profectitia pani pleno iure acquirit, siue nomine proprio, siue nomine patris acquirat. Patet ex filio, proprio etiam nomine pro patre stipulante, vt deducitur *ex d. §. 1. supra, vers. idem iuris*, per hæc verba: *sine*, inquit, *Domino*, *sine sibi*, *sine conseruo suo*, *sine impersonaliter seruus stipuletur*, *Domino acquirit. Idem iuris est*, *& in liberis*,
255 *qui in potestate patris sunt*, *ex quibus causis acquirere possunt*. Hæc ibi: quod declarat Glos. idem iuris esse in filio, qui qualitercumque stipuletur, patri suo acquirit ex his causis, per quas pater acquirere potest: quia vox filij, vox patris intelligitur; vt vox serui, vox Domini: *§. ex vero quis*, *§. post mortem*, *Instit. de inutil. stipulation.*

Sequitur ex dictis filium famil. acquirere patri, si emat pecunia patris, & ex ea lucrum reportet, tale lucrum patri cedet, cùm eo tempore filius cú patre habitet, Bart. *in l. cum oportet*, & ibi Glos. *in principio*, *C. de bon. quæ liber.* Alexand. *cons.* 13. *col. penult. vol.* 3. *& cons.* 31. *col.* 2. *vol.* 4. Corneus *supra*, *& cons.* 174. *col.* 2. *vol.* 1. *& cons.* 182. *col.* 2.
256 *vol. etiam* 1. Abbas *cons.* 36. *col.* 1. *vol.* 2. præsertim si filius sit pauper, & nesciat operari: imo in dubio præsumitur acquisiuisse de pecunia, seu de bonis patris: *l. Quintus ff. de donat. inter vir. & vxor. l. etiam C. eodem titulo.*

Nec obstat dicere furem, qui emit nomine suo prædium, ex pecunia aliena, rem fecisse suam; quia præsumitur quis negotiari cum pecunia propria: Bart. *in l. Titium & Mauium*, *§. altero*, *ff. de administratione tutor. per l. sicut proponis*, *C. de rei vendic. l. si ex ea pecunia*, *eodem titulo*, *& l. ex pecunia*, *C. de iure dotium.* Ex quibus apparet rem emptam per aliquem nomine proprio ex pecunia alterius fieri ipsius emptoris.

Quia respondetur filium ex eo, quòd non se exercebat in aliqua negotiatione, in qua verosimiliter lucrari potuisset eam summam, qua sibi emisset illud prædium, neque habebat, vnde sibi veniret pecunia ad emendum illud, censetur pecuniam solutam pro pretio emptionis, pertinere ad patrem: atque ita esse bona profectitia, profectaque ex patris bonis; vt notatur in *l. cum oportet*, *in eo principio*, *C. de bon. quæ liber.* ad quas coniecturas recurrendum ait Bart. *in d. §. altero*, quando res pertinet ad filium, vel ad vxorem, seu ad administratorem Ecclesiæ: in aliis verò, minimè; iuxta *l. si debitoribus*, *C. arbitrium tutelæ*. & à fortiori, quando constat pecuniam datam pro pretio, non esse filij, sed patris, potestque filius, si pater est defunctus bona illa computare in legitima, secundùm *l. omnimodo*, *& l. sequen. & l. si quando*, nec non *l. si repetis*, *§. cum autem*, *C. de inoffic. testam.* idem Corneus *d. cons.* 174. *num.* 13. *ad finem vsque*.

257 Quæritur tertiò, si filius nominatim sibi stipuletur, non autem patri? Responde si constet non esse contractum celebratum contemplatione patris, ita vt manifestè vocetur profectitius, filium sibi quærere, non verò patri, quoad bona aduentitia, in quibus vsusfructus patri competit, quotiescumque filius stipulatur patri in causa aduentitia: text. *in d. l. cum oportet*, Craneta *cons.* 334. *num.* 5. Proprietas vero in aduentitiis, quando filius pro patre stipulatur, quæritur filio, sicut si filius sibi fuisset stipulatus: per text. *in d. l. cum oportet.*

Nec refert dictum Iaso. h, & Angeli in *l. quodcumque in principio*, *ff. de verbor. obligat.* peculium videlicet aduentitium in stipulatione, quæ fit à filio pro patre, acquiri in totum eidem patri, text. *in l. stipulatio ista*, *§. hi qui in principio*, *& § alteri*, *in principio ff. de verbor. obligat.*: quæ leges commo non sint, neque generaliter, neque specialiter correctæ, retinent vires suas, & sunt custodiendæ, Imol. *in d. l. quodcumque*, *in principio*, *vers. in eadem Glos.* vbi addit filio imputandum, quod patri, & non sibi fuerit stipulatus pleno iure. Quoniam doctrina Bartoli, & Angeli sustinetur, quando filius apertè vult pleno iure pro patre stipulari: non 258
autem quando illi tanquam legitimo administratori stipulatur, vt hodie fieri solet. Quando tamen filius stipulatur peculium c. strense, vel quasi castrense pro patre, sine dubio nihil obtinet pater, cùm filius, quoad hoc, censeatur pater familias: *l.* 2. *ad Macedon.* & pleno iure filius sibi acquirit.

Eodem modo si filius famil. sub aliqua conditione fuerit pro patre stipulatus, & pendente conditione filius exierit à potestate patris, postea verò 259
impleatur conditio, remanet actio penes patrem; quia inspicitur tempus contractus, & ad id attenditur, per *l. si filius famil. de verbor. obligat.* & *l. vlt. de stipulatione seruor.* vbi deciditur, si tempore suæ seruitutis seruus stipuletur, Domino acquirere, quantumuis stipulationem conferat in tempus, quo libertatem obtinuerit: satis est enim, quod tempore contractus sit in potestate patria, seu sub seruitute Dominica: quia præsumitur fieri à filio in fraudem, si contrarium non constet, *d. l. vlt. in fine*, & Glos. *ibi*, *de stipulatione seruor.*

Porro si manifeste demonstretur non fuisse hoc factum in fraudem patris; filius, qui pro tempore emancipationis retinuit stipulationem, habet actionem vtilem; veluti si patri voluit acquiri, qui dare volebat filio: *argumento l. quidam cum filium*, *de verbor. obligat.*

Quæritur quartò, an filius naturalis possit patri 260
stipulari? Responde negatiuè, cum non sit filius familias, & nequeat esse in potestate patris: Bald. *in d. l. executorem*, *num.* 12. *vers. item nec filius naturalis tantum*, *de execut. rei iudic.* & Iason *in d. l. quodcumque num.* 1. *de verbor. obligat.* Et consequenter, nec pater filius naturalibus tantùm, potest stipulari; cùm per stipulationem illis acquirere non possit; eo quod non sunt in potestate patris: ideòque non potest pater hoc modo illis auxiliari, Bart. *in l. ex facto*, *§. si quis rogatus*, *num.* 8. *vers. sed non possum animaduertere ff. ad Trebel.* Abbas *in cap. in præsentia*, *num.* 24. *de probat.*

Ex consequenti sicut filius famil. sub potestate patria existens potest stipulari patri, eodem modo pater potest stipulari filio sub sua potestate existenti: Ratio, quia dum pater filio stipulatur, sibi ipsi stipulari videtur; & consequenter sibi ipsi quasi acquirit: *§. ex vero quis*, *Instit. de inutil. stipul.* Quod adeò verum est, vt post obitum suum pater possit stipulari, vt ei acquiratur, etiamsi filius non sit hæres patris: *l. quodcumque*, *§ si quis ita*, *de verbor. obligat.* Mant. *de tacitis & ambiguis*, *lib.* 14. *tit.* 26. Et est communis: in quo euentu, quando filius non est hæres, pater acquirit filio vtilem actionem, Bart. *in d. l. quod dicitur*, *num.* 5. Corneus *cons.* 289. *num.* 10. *&* 11. *lib.* 1. Anchar. *cons.* 319. *n.* 2. per text. *in d. l. quod dicitur.*

Quæritur

261 Quæritur quintò an sit inutilis stipulatio facta à patre pro filio emancipato, seu per matrimonium existente extra patris potestatem? Et videtur quòd sic, quia per hunc filium nihil patri acquiritur: *ff. si à parente quis fuerit manu.* & in puncto iuris est verum teste Iasone in *d. l. quodcunq. §. 1. n. 2. de verb. oblig.* & Bald. *in l. certi conditio, §. si nummos, col. 2. vers. in Glos. ff. si certum petatur.* Hæc opinio est satis probabilis.

Contraria tamen est verior, argumento & exemplo filij posthumi nondum nati, cui pater potest stipulari: *l. si quis operas*, cum Glos. *in verbo, posthumos, ff. de oper. libert.* sed posthumus nondum natus non est sub patris potestate: *l. vlt. ff. de collat. bonor.* Ergo sicut potest posthumo: ita etiam pro emancipato poterit stipulari: quod tradit Bart. *in d. l. quod dicitur, n. 7. de verbor. oblig.* Bald. *in l. Caius n. 5. vers. sed si non est in eius potestate ff. soluto matrimonio.* Idem Bald. *in l. si genero, n. 2. C. de iur. dot.* & probatur etiam ex traditis à Bart. *in d. l. quod dicitur n. 12.* Imol. *num 5. vers. tertiò addit, de verbor. oblig.* vbi dicunt patrem, & Auũ posse pro filiis, & nepotibus etiam nondũ natis, sed nascituris stipulari, siue patre superstite, siue Auo, siue illis deficiẽtibus editi in lucẽ sint, sequitur *Faber in §. si verò qui, col. vlt. Instit. de inutil. stipulat.*

262 Confert ad hoc etiam argumentum patris, qui potest etiam feudum pro se, & suis descendentibus tam masculis, quàm fœminis stipulari, & acceptare, vt habetur *in cap. 1. §. vltimo, in quibus causis feudum amittatur*, & Paris. post plures meminit *cons. 23. n. 139. lib. 1.* Nec non etiam potest pro filiis stipulari Emphyteusim Ecclesiasticã, quamuis non deuoluatur iure hæreditario, nec filij sint adhuc apud viuos: idem Bart. in *d. l. quod dicitur.* Neque de hoc potest etiam ambiguitas esse.

263 Non tamen per talem stipulationem factam pro filio iam sui iuris à patre, defertur filio actio directa, sed vtilis duntaxat acquiritur, quæ non ex rigore iuris, sed ex æquitate conceditur, per text. *in d. l. quodcunque, §. 1.* ita Alex. *ibi n. 2.* Bart. *in d. l. quod dicitur n. 7.* sic respondet, *ad l. si genero, C. de iure dotium.*

Neque refragatur, si dicas filium emancipatum non posse stipulari pro patre: ergo nec pater pro filio, qui non est in eius potestate; nec eadem vox patris, & filij in hoc casu potest intelligi, quod traditur. *in § si verò qui, Instit. de inutil. stipulat.* Quia stipulari etiam pro filio conceditur studioso acquirendi voto patris, cui insitum est à natura filiis acquirere: filiis autem, vt acquirant parentibus, non ita naturale est, quæ est ratio Bartoli, *in d. l. quod dicitur, n. 10. de verbor. obligat.* Fortun. Garcia. *in l. Gallus, §. quidam rectè, n. 3. ff. de liber. & posthum.* & patebit hoc ita esse consideranti: *l. nam & si parentibus, in principio, ff. de inoffic. testam. & l. scripto, in fine, ff. vnde libe.* vbi id deciditur.

264 Accedit ratio satis bona, quæ ostendit non opus esse, quòd filius sit in potestate patris, vt per stipulationem filio acquiratur vtilis actio, per quam non acquiritur nisi filio; directa verò actio acquiritur, quando stipulatur pro filio sub potestate patria existente, illa bona, quæ sunt iuris, quæque patri acquiri possunt, & tunc pater videtur quasi sibi stipulari; cùm vox patris, & filij eadem censeatur; idq; procedit in iis, quæ etiam patri per filiũ acquiri possunt: *d. l. quod dicitur 2. de verbor. obligat.* Vnde cùm pater stipulatur filio emancipato, vtiliter stipuletur, & sola vtilis actio illi competat, neque sibi, sed filio stipuletur, nõ erit inutilis stipulatio, quamuis sibi non acquirat. Quod apparet ex eo, quòd potest pater vtiliter stipulari filiæ, post mortem suam dari. Vt habetur, *in l. quodcunque, §. si quis ita, de verbor. obligat.* ex qua stipulatione acquiritur filiæ vtilis actio, etiamsi patris non sit hæres. *d. l. quodcunque*: Atqui in hac stipulatione, nihil acquiritur patri per filiam, & stipulatio non est inutilis: ergo idem dicendum est de filio emancipato, posse scilicet patrem stipulari pro illo vtiliter, quamuis non sit sub potestate illius: esseque talem stipulationem validam, quamuis per illam stipulationem filij, pater nihil sibi acquirat.

Quin potius stipulatio collata in tempus, quo filiusfamil. non sit subditus potestati patriæ, sustinetur, quoad effectum illi acquirendi actionẽ vtilem. Pari ratione valida erit, si, quo tempore facta fuerit stipulatio, filius iam fuerit extra illam potestatem, & iuris sui: text. *in l. in tempus, ff. de hered. Instit.* Qua ratione hãc partem tuentur Bart. *in d. l.* quod dicitur, *n. 7.* Imol. *in l. Caius, n. 8. vers. attende tamen, ff. solut. matri.* dicens esse communem, & Alex. *in d. l. quodcunque, §. 1. num. 2. de verbor. obligat.* & confirmatur etiam exemplo patris, qui potest pro filio Monacho stipulari, & non sibi, sed monasterio quærit: Bart. *in d. l. quod dicitur n. 11.* & valida est stipulatio Alex. *ibi n. 13.* Imola, *n. 5. ff. de verbor. obligat.* & tamen patri pro Monacho stipulanti nihil quæritur: igitur potest pater pro filio emancipato stipulari, vt concludit Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 7. n. 7.* post alios.

Quæritur sexto, an pater filiis stipulatus, censeatur stipulari filiis, vt filiis; an vt hæredibus? Probabile est patrem filiis, vt filiis stipulari, quia filius semper est filius, *§. aliud quoque capitulum, in Authent. vt cùm de appell. cogno.* Item quia naturale est, esse filios, *l. cum servus, C. de agricol. & censit.* Neque qui est filius desinit esse filius, per *d. §. aliud quoque*: at verò esse hæredem patris est quid accidentale: ac proinde naturalia sunt præferenda accidentalibus, cùm magis vrgeant, *l. qui habet. ff. de tutelis.* & *§. sed naturalia, Institut. de iure natur.* Ergo cùm pater filiis stipulatur, non vt hæredibus, sed vt filiis stipulatur. 265

Probabilius tamen est, patrem stipulari filiis, non vt filiis, sed vt hæredibus. Ratio quia intentio, & votum parentum est, vt filij sibi succedant, quod etiam a natura institutum est: *l. nam & si parentibus, in principio, ff. de inoffic. testam.*

Quare, quando non constat quid pater voluerit, præsumitur voluisse stipulari filiis, vt hæredibus, *l. Auus, ff. de pact. dot.* Iason, *in d. l. quod dicitur, n. 14. vers. adde in primo membro, de verbor. obligat.* & hanc partem, vt probabiliorem tradit Glos. *in l. si tibi §. si pactus,* & ibi Bart. *n. 8.* & *in d. l. quod dicitur, n. 4.*

Quæritur septimo, quomodo cognoscendum, quãdo sumus in dubio, an pater voluerit filiis vt hæredibus; an vt filiis stipulari: Respõdeo quãdo stipulatur pro se, & filiis Emphyteusim Ecclesiasticã; præsumi, vt filiis stipulari; quia hæc emphyteusis defertur ad hæredes sanguinis, nõ verò ad hęredes extraneos. *§. emphyteusim, in Auth. de non alien.* Bart. *in d. l. quod dicitur, n. 6.* 266

Secus si quis Emphyteusim ab homine priuato pro se, & filiis stipuletur, præsumitur stipulari filiis, vt hæredibus, Bart. *in d. l. si tibi, § si pactus, n. 9.* Vnde si non fuerit hæres patris, emphyteusim consequi non potest. Iason *in d. l. quod dicitur, num. 27.* & ibi Alex. *n. 19. vers. addo, quod Bart. de verbor. obligat.*

Idem esto quãdo pater pro se, & filiis, & hæredibus acceperat, filius nõ recipiet eã, nisi sit hæres Imo potius quilibet alius hæres potest admitti, quotiescunq; bona per stipulationẽ quęsita sũt eius naturę, vt deuolui possint ad hæredes extraneos, quia nexus iste, & intellectus inter filios, & hæredes extẽditur, & ampliat, ita vt sub nomine hæredũ, extranei etiam veniant: ita Ruin. *cons. 122 n. 3. vers. primo casu, lib. 1.* subdens ad filias posse extendi, quãdo pater acceptat pro se, & filiis masculis, & hæredibus: quia appellatione hæredũ etiam veniunt filiæ: siquidem extranei hæredes veniũt, diuerso tamẽ modo Nã filij specialiter, & in particulari: filiæ vero generaliter, sub appellatione hæredũ sunt vocatæ: proinde non excluduntur à filiis masculis: ita Ruin. *d. cons. 122. n. 4 & n. 5.*

267 Similiter si pater stipuletur pro filio fundum, qui solet ad hæredes extraneos transmitti, præsumitur stipulari filio, vt hæredi. Sic Alciat.*cons.165.n.1.lib.5.* eodem modo præsumitur, in dubio stipulari filiis, vt hæredibus, nisi res sit talis, quæ non possit ad filium pertinere, vt sunt operæ libertorum, nisi sit filius *l.vt iurisiurandi,§.si liberi,ff.de oper. liber.*

Quæritur octauò, an si pater stipulatur filio ob merita collata in ipsum patrem? Respondet Bart.*in l.si tibi,§.si pactum,n.4 ff.de pactis*, non valere stipulationem, quia censetur fieri stipulatio tanquam extraneo: quòd si pater præsumatur inductus, non ex vi meritorum, sed ex causa amoris paterni, valet stipulatio, Menoch *lib.3.præsump.29.n.65.* Sanchez verò *lib.1.de sponsalib.disp.7.n.6.* aliter respondet, dicēs si pater stipuletur pro filio, propter benemerita collata in extraneum, validam esse stipulationem, & censeri factã filio, vt filio: cùm benemerita non fuerint facta patri, ideo non fuit motus ad stipulandum filio ob illa: quòd si sint patri collata, credit ex sententia Iason.*in d.l.quod dicitur,n.20.* cui adhæret, etiã tunc patrem stipulari pro filio, vt filio, & stipulatione esse vtilem, ac substineri; quia præsumitur etiã in hoc casu ex filiationis affectione inductus, stipulari. Vnde fallitur Bartol. dum ait patrem non habuisse tunc respectum, nisi ad benemerita, non verò ad filiationē per Glos.magnam *in d.§ si pactum,ff.de pactis*, quam ipse Bartol. sequitur, vbi etiam Angel. & Paul.de Castro idem sentiunt, & Alex.*in d.l. quod dicitur in 2.col.* vbi semel atque iterum opinionem Bartoli vocat communem; sed opinio Iason.*d.n.20.& 21.* est verior, & tanquam rationi valde consona mihi probatur: quoniam pater in ea casu, ex duplici capite inducitur ad stipulandum, videlicet ex causa meritorum, & ex causa filiationis, quæ duo fortiùs mouent, quàm vnum, vt *in Authent.de consanguineis & vterin., in principio, Authent. Itaque Cod.communia de success.* neque beneficia collata excludunt paternã affectionem: imo concurrentibus bene meritis opulescit magis, & augescit affectus paternus: atque ita duo concurrunt, vt stipulatio valeat potiùs, quàm pereat, quod etiam putant Ioan.de Imol. Raphael Cuma.*in d.l.quod dicitur*, Raphael Fulgos *in §.si pactum, d e pactis, supra.*

268 Item præsumitur potiùs pater commotus ex causa affectionis erga filium, quàm ex causa beneficiorum, ne actus corruat: *l.quoties in stipulationibus,ff eod.& c. Abbate sane, de verbor.significat.* sicut ne actus vitietur, quando pater donat filio famil. præsumitur donasse ob merita filij, quia hoc modo donatio subsistit, quæ alio modo non subsisteret. per Glos.*in Authent.vnde si parens, C.de inoffici.testam.& in l.si forte,ff.de Castrens.pecul.* vt in nostro casu, cù nō constet stipulationem esse factam propter benemerita filij duntaxat, quia si id appareret, stipulatio esset nulla; præsumitur, ne actus pereat, potiùs fuisse facta propter filiationem quàm ob beneficia per regulam *d.l. quoties in stipulationibus*: & corroboratur *argumento l.tutor.§.quod tutoribus*, & ibi Bald.*ff.de excusat. tuto.* vbi præsumitur legatum relictum tutori factum, in compensationem oneris tutori impositi ratione tutelæ: à verò si tale legatum fiat à patre filio tutori dato, censebitur factum, non ob benemerita, sed propter coniunctionem sanguinis, & filiationem, non verò ob munus tutelæ; atque ita dicendum puto in nostra quæstione, potiùs propter filiationem, quàm propter bene merita factam fuisse stipulationem filij, vt etiã asserit Bald.*in Authent.ex testamento, col. 2 ad finem C. de collat.* per text. notabilem *in l.Aurelius, §.Titius testamento, ff.de liber.legat.*

269 Quæritur nonò, si contingat filium non esse hæredem, sed Titium extraneum; verius videtur extraneum præferendum filio: quia quamuis pater pro filiis tanquam hæredibus præsumatur stipulari, si fortassis nō sint hæredes, succedent hæredes extranei, quoniam sic pater, si fuisset interrogatus, respondisset verosimiliter: Imol.*in d.l. quod dicitur, n.8.vers. interdum verò in stipulationibus.* Attamen hoc negat Aret.*in d.l.quod dicitur, n.28. vers.quarto etiam hic*, dicens extraneum hæredem non esse admittendum, sed filium, per *l.auus neptis,ff.de pactis*, eo quia, quod pater petiuit pro se, & filio, non videtur petitum pro hærede extraneo: & hoc videtur probabile.

Oppositum tamen magis placet. Nihilominus quando id, quod pater stipulatur de se, non potest deuolui ad hæredes extraneos, non admittentur filij, qui hæredes non sunt, si pater stipuletur pro se, filiis, & hæredibus: requiritur enim, quod habeāt illas duas prærogatiuas; primam, quòd sint filij; secundã quòd sint hæredes: quia in dubio præsumitur stipulatio pro filiis vt hæredibus, Corn.*cons.263.in n.3.lib.1.* Mant.*de tacitis, & ambiguis convent.lib.22.tit.17.n.4.* vbi probant non posse filios repudiare hæreditatem patris, & retinere Emphyteusim, quando cōcessio vtramque qualitatem exigit, nempe, quòd sint filij, & quod sint hæredes: ita Bart *in l.iurisiurandi,§.si liberi,n.4.de oper.liber.* Paul.de Castr. *in l.sale pactum,§.prætor,n.3.ff de pactis.* Iul. Clar.*§. Emphyt. q.37.* & creditur verum, tam in Emphyteusi Ecclesiastica, quam in priuata, quamuis alij distinguant, vt benè tradit Couar.*in variar.resolut.lib.2.cap.18.n.3. vers.quinta conclusio.*

Nam quoties pater filiis, non vt filiis, sed vt hæredibus præsumitur stipulatus, filij nequeunt repudiare hæreditatem, & retinere Emphyteusim, Bart. *in l.Gallus,§.quidam rectè,n.8.ff.de liber.& posthum.* Imol.*in c.potuit, n.6 de locato*: Alexand.*in d.l quod dicitur.de verbor.obligat.n.19.vers. & antequã veniã ad decis.* Quòd si pater acquisiuit Emphyteusim pro filiis simpliciter, potest omittere hæreditatē retenta Emphyteusi, præsertim si Emphyteusis est Ecclesiastica: quoniam hæc ad extraneos non fertur: si tamē de hæredibus in stipulatione nulla fit mentio, præsumitur pater filiis, vt filiis, vt dictum est, non vt hæredibus stipulari, & ad filios Emphyteusis deuoluetur, quamuis non sint hæredes patris. Bart.*in d.l. quod dicitur, num.5.& 6.* & Alexand.*num.19.* Clar. *d.§.Emphyteusis q 28* post aliquos *ibi* relatos.

Quæritur decimò, an valeat stipulatio, quando mater accipit Emphyteusim pro se, & filiis, & descendentibus? Placet affirmare cum Bart.*in d.l.quod dicitur,n.13.de verbor. obligat.* quia stipulatio est de re, paulò pòst peruentura ad ipsam matrem, cuius ipsa debet habere vtile dominium. Similiter potest feudum filiis, & filiabus stipulari; quãdo in eo habet vtile dominium; *c.1 de feudo fœminino*: Menoch. *tom.2.cons.162. num.3.vers.secundò in specie.* 270

Nec refert dicere regulariter matrem non posse filiis stipulari *l.debitor,in fine*, & ibi Bart.*ff.ad Trebel.* ex ea ratione, quòd non habeat filios in potestate, *l. illud § ad testamenta,ff. de bono. possess. contra tabul.* Bart.*in d.l.quod dicitur,n 8.* & Bald.*in l.Cains,ff.soluto matrimonio.* Quæ pars, quãuis sit probabilis, contraria est probabilior, posse scilicet stipulari matrem pro filiis, Menoch.*d.cons.162.n.6.* vbi sequitur Aretinum, *in l.apud Iulian.§.siquis alicui,col.penul. vers. secunda conclusio,ff.de legat.1.* Corneus *cons.68.n.10. lib.3.* Rodetic.Suar.*in commentariis legum Hispaniæ, lib 1.titulo de las arras n.69.vers.item quia*, & Iason, *in l.2,n.207.ad finem, vers.& ibi limitat, C de iure Emphyt.* sequitur Sanch.*lib.1. de sponsalib.disp.7.n.5.fin.* argumento filij emancipati, cui potest pater stipulari, vt dictum est, & probat Glos.*in l.si genero*, vbi Bald. *C. de iure dot.* & alij per Menoch. *cons. 162. num. 7.* Ex quo sequitur, posse etiam matrem pro filiis stipulari, quamuis eos non habet in potestate.

testate; & ideò si Emphyteusis sit acquisita fillo mediante stipulatione matris, ex illa stipulatione emanat tacita quædam donatio, quam mater filio fecit irreuocabilem; atque ita iam non potest Emphyteusim alteri filio relinquere. Quod etiam est dicendum, quandu pater stipulatur Emphyteusim pro se, & filio emancipato; noo posse postea illam acquisitionem reuocare, nec illam Emphyteosim alteri filio prælegare: ita Bald. *in l. 1. in fine, C. per quas personas nobis acquiritur*, ea eo, quia cùm filius emãcipatus non sit in potestate patris, statim atque illa acquisitio fuit facta, ius illius in filium irreuocabiliter transmissum est. Idem de matre scribit idem Bald. *ibi col. 3. vers. secunda ratio est.*

---

§. X.

Quomodò filij familias dum sunt sub petestate patris obligentur ex contractu.

EPITOME.

271 *Filius famil. obligatur ex omnibus causis, perinde ac si non esset talis.*
272 *Filius famil. si contrahat cum hero suo, tenetur satisfacere, & cur?*
273 *Pupillus, & adultus sine Curatore nequeunt obligari ciuiliter.*
274 *Filius famil. sine patre ex omni causa obligatur naturaliter, & ciuiliter.*
275 *Impubes non obligatur, nisi naturaliter, quando est proximus pubertati, ciuiliter autē minimè.*
276 *Impubes non potest eligere domicilium sibi, sed habet illud cum patre.*
277 *Filius famil. potest inire contractus de bonis castrensibus, aut quasi, dummodò sit iam pubes.*
278 *Filius famil. quando possit alienare bona sua aduentitia consulto patre?*
279 *Impuberes non possunt alienare bona aduentitia etiam de consensu patris.*
280 *Patre absente apud Indos, vel alibi longè distante, potest filius famil. validè contrahere.*
281 *Filius famil. an possit sine patre contrahere de tertio bonorum aduentitiorum de iure Hispano?*
282 *Quid si filius testetur de duabus partibus, & eas relinquat parentibus, & tertiū relinquat amico?*
283 *Pater non potest cogere filium famil. vt sibi prastet operas suas.*
284 *Filius famil. quando obligetur ex ludo, si habeat bona castrensia, & pubes sit?*
285 *Patre habente vsumfructū in bonis aduentitiis, si filius ludat, victor est immunis ab onere restituēdi.*
286 *Filius famil. inconsulto patre non potest ludere de bonis profectitiis.*
287 *Et quid si versetur in aliqua Academia?*
288 *Filius famil. an possit lucrari plus ab alio, quàm ipse potest ludo exponere?*
289 *Filius famil. non obligatur ex contractu celebrato pecunia credita.*
290 *Filius famil. seu minor viginti quinque annis, si ludat ad creditum, & iuret se soluturum, tenetur adimplere iuramentum, & num. 291.*
292 *Et quomodo hoc intelligatur, & num 293.*
294 *Contractus inualidus an firmetur iuramento?*
295 *Amittens ad creditum ludo, considerato iure naturali, tenetur soluere in conscientia, secus attento iure communi.*
296 *Filius famil. non obligatur ex mutuo, & ideò si accipiat, non tenetur restituere.*
297 *Filius famil. quando teneatur soluere mutuum n. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. & 304.*
Frasigo Regim. Christi. Reipubl. P. III.
305 *Filius famil. an possit renunciare sine iuramento exceptioni Macedoniani.*
306 *Filius si renunciet exceptioni Macedoniani cum iuramento, debet soluere, ne fiat periurus.*
307 *Iuramentum filij famil. in hoc casu est nullum, secundum aliquos.*
308 *Iuramentum hoc de soluendo mutuo a filio famil. præstitum, an sit contra bonos mores?*
309 *Filius famil. ob iuramentum soluens mutuum, an possit repetere, & quid si iuret de non repetendo.*
310 *Filius famil. nō potest repetere pecunias mutuo acceptas, si soluit postquā exiuit ex potestate patris.*
311 *Filius famil. an possit obligari ex voto.*
312 *Et qua potestas sit patri famil. circa vota personalia, & realia filiorum famil.*

DVbitatur primò, an filius famil. obligetur ex 271
omnibus causis perinde ac si non esset talis? Responsio est affirmatiua, atque ita potest agi cum illo: text. *in l. filius famil. ff. de obligat. & actionibus, & in l. tam ex contractibus, ff. de iudiciis.* Vnde obligatur ex omni cōtractu, Gomes. *de seruitutibus, n. 12.* Mant. *de tacitis & ambig. lib. 14. tit. 14. n. 22.* dicētes, filium famil. ex omnibus causis obligari posse.

Idcirco si contrahat filius cum aliquo de seruien- 272
do illi, tenetur adimplere: nec pater potest remouere illum ab impletione contractus, nec cogere filiū, vt sibi potiùs seruiat, & relinquat herum: ita Albetic. *in l. volutis; n. 26. ff. de Iust. & iure,* & Iason *in l. 1. §. huius study, n. 16 ff. eodem,* quia filius non debet patri regulariter operas, sed reuerentiam proinde non potest cogi, vt patri seruiat.

Limita in pupillo, & adulto, quorum prior nullo 273
modo potest obligari ciuiliter, neque adultus minor viginti quinque annis sine Curatoris consensu: si verò careat Curatore, potest obligari ciuiliter; reuocabiliter tamen, remedio restitutionis in integrum, si contingat læsio: imò ratione læsionis potest restitui, etiam quando auctoritate Curatoris obligatur; est communis.

Carens autem Curatore ciuiliter, & naturaliter pupillus, & minor obligatur; sed læsus gaudet beneficio restitutionis, per *l. si Curatorem, C. de restitution. in integrum,* cuius hæc sunt verba, ibi: *Si curatorem habens minor post pupillarem ætatem vendidisti, hunc contractum seruari non oportet: si verò sine curatore constitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem non prohiberis.* Ita ibi.

Dubitatur secundò de filio famil. sine consensu 274
patris ex omni causa, an possit se obligare naturaliter, & ciuiliter? Respondetur posse: per text. *in d. l. tam ex cōtractibus ff. de iudic.* ibi: *Tam ex contractibus, quàm ex delictis in filium famil. cōpetit actio:* dūmodò filius sit pubes: impubes enim, neque de consensu patris obligatur. *§. pupillus, Instit. de inutil. stipulat.*

Nihilominus filios famil. impubes non obligatur 275
nisi naturaliter, si sit proximus pubertati: ciuiliter autem minimè: quia obligatio naturalis oritur ex cōsensu: *l. stichum, §. naturalis, ff. de solution.* Impubes autē proximus iam pubertati pollet consensu. *§. pupillus, Instit. de inutil. stipulat.* Molin. *de Iust. tract. 2. disp. 230. §. licèt filius familias, vers. dummodo talis filius pubes sit, & disp. 231. & 261. §. filius famil.*

Item non potest impubes eligere sibi domiciliū, 276
sed conuiuens cum patre habet idem domicilium, quod pater: nec patre mortuo habet diuersum: quia constitutio domicilij requirit animum ibi viuendi perpetuò, Nauar. *cons. 3. de tempore ordin. in 2. edit.*

Cæterùm pubesfactus potest sibi constituere domicilium habitationis, quod animo proprio viuendi ibi perpetuò, ac facto acquiritur: *l. domicilium, eodem titulo.* Nam quamuis domicilium patris censeatur

 esse

esse domicilium filij, Raphael Cuma. *cons. 176. ad finem*, & Bertachi. *in Repertorio, verbo, domicilium. n. 20.* possunt tamen filij famil. inconsulto patre constituere sibi domicilia: text. *in l. placet, ff. ad municipium* vbi sic dicitur ibi: *Placet etiam filios famil. domicilium habere posse.* Coronat Glos. *ibi* etiã filius familias potest habere domicilium, non tantum vbi pater habet, sed vbicumque filius sibi constituit. Constat idem ex *l. non vtique, ff. ad municipal.* ibi *Vbi pater habet domicilium, & vbicumque ipse sibi constituit:* nam domicilium re, & facto transfertur, non nuda contestatione: *l. domicilium re ff. ad municipal.* quod idem tradit Bart. *in d. l. placet ff. ad municipal.*

Imò etiam hoc putat de pupillo *n. 3.* & probatur: quia ad constituendum domicilium satis est, quod quis cum habitatione simul declaret se velle illic domicilium habere: quod probat Socin. in *c. vltim. de parochis*, cùm quis studiorum causa se confert illuc, & domo conducta, se velle ibi domicilium constituere dicit, ex doctrina Bartoli in *l. lex Cornelia, §. domũ, de iniuriis:* animi enim declaratio remouet occasionẽ suspicandi contrariũ, quæ ex causa studiorum potest proficisci: sequitur Menoch. *lib. 2. de arbitrariis, casu 86. n. 5.* multis *ibi* pro hac parte citatis: quod est verum, si declaret se velle ibi perpetuò viuere, aliàs non.

Constat ergo impuberem non posse sibi eligere domicilium, sed habere idem cum patre suo. Item sequitur filium natum alibi, si decedat in domo patris esse humandum in parochia, in qua pater est sepeliendus, si ibi moriatur: si ipse filius pubes iam factus non sibi eligat sepulturam, vt deducitur ex *cap. licèt, de sepulturis in 6.* nam factus pubes potest illam eligere: ita Nauar. *cons. 3. de temper. Ordin. n. 5.* P. Sà *in summa, verbo, Sepultura, num. 1.*

277 Dubitatur tertiò circa celebrationem contractuum? Et certũ est filium famil. posse inire contractus de bonis castrensibus, aut quasi, cùm reputetur esse sui iuris circa hæc bona, habeatque illorum pleno iure administrationem, dummodo sit pubes. Quòd si quis vendat aliquid ex bonis castrensibus, & eorum pecunia sibi emat aliquod prædium, inter bona castrensia numerabitur: *l. 1. C. de peculio castrensi*, Molin. *tom. 2. de iust. disp. 261. vers. filius famil.* Less. *lib. 2. cap. 4. dubio 3. num. 8. fol. 30. pag. 2.* ita vt de his bonis possit liberè disponere, non aliter atque si esset paterfamil. tam per donationem, quàm per contractus, & vltimas voluntates modò pubes sit. Neque pater potest quid insumere ex his bonis, nisi pro alendo filio; & si aliquid ampliùs vltra alimenta expenderit, restituere debet, si filius voluerit; quinimò potest ea repe [illegible] occulta compensatione recuperare. Less. *vbi supra*, & Filliucius *tr. 34. de personis qua possunt, c. 3. n. 46. & 47. cum seqq. fol. 487. & tract. 33. de contractib. in communi cap. 100. num. 35. fol. 486.*

278 De bonis verò aduentitiis constat patrem habere vsumfructum, insuper & administrationem. Nihilominus si filius sit maior viginti quinque annis, potest consulto patre ea bona alienare validè: quamuis autem excedat 25. annum, si deficiat patris auctoritas, nihil valet alienatio. Valebit denique ex patris consensu, si pubes sit, esto minor 25. annis, alienatio illorum bonorum: per text. *in l. vlt. §. filiis*
279 *autem, C. de bon. quæ liber.* Glos. *ibi*, & Bartol. Impuberes verò nec de consensu patris possũt alienare, nec se obligare, vt constat ex *§. pupillus, in fine, Instit. de inutilibus stipulationibus*, vbi id apertè dicitur; puberes verò sic, dummodo in alienatione rerum immobiliũ præter consensum patris, accedat decretũ Iudicis, absq; illo erit inualidũ quicquid factũ sit, argumento minorum: *l. ob æs alienũ, C. de prædiis minor.*

Nihilominùs si filius in bonis aduentitiis, habeat 280
liberam administrationem ex aliquo capite, vel quia pater est apud Indos, vel alibi longè, ob quod censetur consentire, potest filius famil. validè cõtrahere; Molin. *d. disp. 261.* Quin potiùs si pubes factus contrahat sine consensu patris, tam de aduentitiis quam profectitiis, datur cõtra illũ actio iure cõmuni, quia tenetur ex contractu; *Instit. de inutilib. stipulationibus*; non caret tamen remedio restitutionis in integrum, quo gaudent minores, si læsione aliqua vexati sint: *l. 3. ff. de minoribus.* Quæ obligatio datur contra filios sic contrahentes, esto alienationes sic factæ de illis bonis non habeant firmitatem, neque sustineãtur, nisi accedat patrum auctoritas; non proinde excusantur filij ab obligatione contracta, ex contractibus à se initis resultante; quamuis patres, nec tacitè, nec expressè consenserint, sẽper etiam cõtra filios datur actio: *l. tam ex contractib. ff. de iudiciis.*

Dubitatur quartò de iure Hispano, an possit filius 281
familias contractum facere, irrequisito patre, de tertio bonorum aduentitiorum, cuius ipse filius est dominus, saluo semper patri suo vsufructu, quem in illo tertio habet? Responde, quod sic: quia videtur ius commune limitatum per *l. 1. tit. 8. lib. 5. recopil. Castella* ibi: *que en la tercera parte de sus bienes puedan los descendientes disponer en su vida o hazer qualquier vltima voluntad.*

Responde secundò, & fortè melius, non posse filium famil. ex contractu disponere de tertio, quoad dominium directum, seu proprietatem patre inconsulto, cùm illius tertij fructus percipiat, dum viuit, secundùm ius commune, quod non est limitatum à iure Hispano. Nam iuri communi adhærendum est, non verò nouiori, nisi quando expressè aliud à nouiori deciditur. Cùm igitur ius nouum decidat, *in l. 6. Tauri*, quòd descendentes possint in vita disponere, in præiudicium ascendentium, intelligitur secundùm ius commune de filiis qui non sunt sub potestate patris: neque leges Hispaniæ sibi contradicunt. Quoniam *l. 5. Tauri* facit facultatem testandi filiu, perinde ac si esset sui iuris: circa verò potestatẽ contrahendi nihil disponit: at verò *l. 6. Tauri* disponit filium factum sui iuris posse disponere de suo tertio, nulla facta mentione de filio famil. ergo in contractibus celebrandis, filius famil. sub iuris communis ambitu concluditur: atque ita, quamuis filius posset celebrare omnes cõtractus, & ex omnibus efficaciter obligari sine cõsensu patris excepto mutuo, & voto, *l. filius fa. & l. 1. ff. de action. & obligat.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. n. 12.* nullo tamen modo potest disponere per viam contractus absque consensu patris, de rebus, in quibus pater habet vsumfructum dum viuit: ita *l. final, §. filium autem, C. de bon. quæ liber.* vbi Bart. nec de tertio cum vsufructu; sed de sola proprietate tertij absque vllo vsufructu: aliàs præiudicaretur patri in vsufructu per totum tempus vitæ suæ: ita Peralta *in rubrica, ff. de hered. instit. n. 181.* quam partem tanquam veriorem amplectitur Tellus Fernandi, *in l. 5. Tauri. à num. 3.* quod placet.

Accedit quia de iure Castellę de quo est quęstio, si 282
filius testetur de duabus partibus, easque relinquat parenti, tertiam verò amico suo secundùm dispositioné, *l. 6. Tauri* parés nihilominus habebit vsumfructũ, dum fuerit superstes, & amicus retinebit proprietaté, cũ pleno iure de omnibus nõ potuisset testari.

Item, quia licentia testandi semper intelligenda est saluo semper iure tertij: Bart. *in l. 1. C. de sacros. Eccles.* Imò in dubio licentia testandi debet intelligi, aut constari ad ius, quod quis habet in rebus suis: text. *in l. cum maritus, § final. ff. de pactis dotalibus. l. vxor patrui, C. de legatis.* Igitur filius potest disponere per contractum de tertio, saluo iure

vsusfru

vsosfructos patri reseruaro, vt memini *supra*, vbi reiecimus Gomezium *in d. l. 6. Tauri.*

283 Ex dictis sequitur nō posse patrem cogere filiom famil. vt sibi præstet operas suas, contra Molin. cōtrarium sentientem, *tom. 1. de Iust. tract. 2. disp. 228. §. tertius, si filius famil.* Nam quamuis filius teneatur obedire patri in rebus licitis, & honestis, non tamen tenetur ad operas suas manuales: *l. penult. ff. de obsequiis*, Gutier. *de iuramen. confirmat. p. 1. c. 5.*

Vrgente autem necessitate, seo inopia tenebitur patri seruire filius, *d. l. penult.* ibi: *pietatē liberi parentibus, non operas debent.* Atque ita lege pietatis tenebitur seruire parentibus: ita Fr. Manuel *tom. 1. summa cap. 14. n. 6.* & Nauar. *in summa cap. 14. n. 3.*

Ex quo constat, quod dictum est *supra n. 272.* non posse patrem renocare contractum factum à filio, de seruiendo hero per tempus certum, cùm teneatur filios stare contractui, & obligetur ex illò, Gutier. *supra, n. 5. & 6.* dummodò filius sit pubes. Quinimo poterit filius, si pater illo non egeat, aliò proficisci ad vitam honestam quærendam, cùm liber sit, nec seruitutis iugū subeat, per text. *in l. final. ff. de liber. exhiben.* ibi: *cum liberam facultatē abeundi*, Reginald. *tom. 2. lib. 25. cap. 9. sect. 2. n. 156. fol. 475.*

Dubitatur quintò, an filius famil. obligetur ex 284 ludo? Ambigi non potest, si habeat bona castrensia, & pubes sit, posse ludere validè, & licitè; & cōsequēter obligari, si perdiderit: cùm in his bonis pleno iure habeat plenum dominium, & administrationem.

Idem dico si habeat bona adnentitia, in quibus pater nec vsumfructum, neque administrationem obtinuit, Molin. *disp. 232. de Iust. & iure*, Less. *eodem tit. l. 2. c. 26. dub. 5. n. 34.* Salas *tract. de ludo, dub. 9. n. 2.*

Quòd si pater habeat vsumfructum, & illum filio com administratione simol relinquat, quod licitè fieri potest, filius si aliquid ludo exponat, nihil tenebitur restituere; neque qnod superest ex vsufroctu post mortem patris, tenetur conferre ad partitiones; neqne com eo colludens, tenetur reddere patri cùm fuit superstes; neque eo defuncto aliis cohæredibus, si quid per ludum acquisiuit. Quando autem pater noluerit, quòd filius gaudens vsufructu, & administratione vsus, perdat aliqnid in ludo, sustinebitor ea alienatio, nisi expressis verbis à patre reprobetur: Salas, *supra n. 3.*

Molina *disp. 519.* subiungit etiam quando pater 285 habet vsumfructum, & administrationem in bonis aduentitiis, quamuis filius aliquid illicitè ludendo exponat sine consensu patris, probabile esse victorē immunem ab onere restitoendi filio, vel parenti extitisse, posséque retinere pro debito, quod filius iure naturali contraxit colludens cum homine iuris sui: maximè quia filius habens proprietatem in aduentitiis, poterit ita amissa patri reddere, nisi cognoscat patrem remisisse, ac parcere: aliàs tenetur compensare patri, quæ hoc modo insumpsit: & victor non tenebitur restituere, quoniam filius potuit se obligare ex contractu, sine consensu patris, & obligatio naturalis oritor ex consensu *l. Stichum, §. natu a is. ff. de solution.* sed filius non caret consensu, *§ pupillus, Institut. de inutil. stipulat.* ergo obligatur.

Quare victor non debet restituere, cùm possit vti iure retentionis, donec obligetur, vel per filium, vel per patrem coram Iudice, sicut minor, aut pupillus contrahentes sine auctoritate curatoris, vel tutoris vtuntur beneficio restitutionis in integrum.

At verò dum contractus non dissoluitur hoc remedio in foro conscientiæ, filius ludens tenetur ex obligatione naturali, aut soluere, aut in iudicio repetere, vel ipse de cōsensu patris, vel ipse pater. Quocircà non puto verum illud, quod tradit Filliucius, *tract. 37. tit. de contract.* quibos admiscetur Fortunios, *c. 7. n. 111.* videlicet, si constet patrem eo esse animo, vt velit sibi restitui quod filius amisit, vel si repetat illud in iudicio, debere victorem restituere.

Nam etiamsi filius peccauerit, ludendo adnentitia absque permissu patris, satis est, quòd victor sit paratus relinquere lucrara post sententiam, cùm filius teneatur ex obligatione naturali satisfacere victori, vel patri, quod amisit. Item, quia rarù contingere solet velle patrem, vt cum dedecore saltem filij fiat restitutio, & ad summum obligabitur filius vt vel restituat eidem patri, quando fuerit omnino inuitus, vel vt à patre procuret remissionem: quòd si pater non desistat à repetendo, & obtineat; victor tenetur reddere, nisi filius de rebus suis patri satisfaciat, quamprimum, vel victori restituenti. Lessius *lib. 2. de Iust. d. cap. 26. dubio 5. n. 35.*

Dubitatur sextò de bonis profectitiis? Responde 286
de illis filium famil. inconsulto patre non posse ludere: ita Salas, *d. dub. 9. n. 7.* post Molin. *d. q. 519.* Reginald. *tom. 2. supra d. c. 9 sect. 2. n. 153. vers. non tamē de cæteris*, Filliucius *d. c. 27. n. 13.* quia dominium, & administratio eorum bonorum spectat ad patrem: atque ita si filius ludat patre repugnāte & amittat, qui lucratus est tenetur restituere: si verò pater saltem tacitè consentiat, non tenetur. Henriquez tamen *de indulg. c. 35.* & Molin. *d. disp. 519.* obligant ad restitutionem, si victor lucratus est quid notabile, quod mihi placet.

Hæc autē restitutio, quomodo debeat fieri, oportet quòd fiat parenti. Nihilominus potest fieri filio, quando pater est abiens, vel quando non potest reperiri nisi cum difficultate. Non enim tenetur, qui emit rem à fure eam reddere domino in meliori statu, quam res erat antequam venderetur, si cum difficultate aliqua, vel detrimento emptoris hoc est exequendum: Roderic. *in sum. verbo, Iuegos. conclus. 2.* quamuis sciat filium postea pecuniam perditurum. Filius verò famil non tenetur reddere pecuniā, quæ ludo fuit quæsita; idē Henriq. *vbi supra* ludens vero cum filio famil. ignorans illum esse talem, potest in eo ludo victus pro ita perditis vti cōpensatione.

Dubitatur septimò, quando filius versatur in ali- 287
qua Academia absens à domo paterna, & pater illi concedit centum ad alimoniam annuā, & filio sufficiant octoginta, poterit ne viginti ludo insumere? Affirmant P. Fernand Rebellus, *de obligat. Iustitiæ p. 2. lib. 12. sect. 1. q. 4* & Salas *supra dub. 16.* nec teneri victorem restituere. Idem dicendum est, si pater certam summam filio tradat ad sustentationem, & illi fiat facultas disponendi de illa summa; modo à patre nihil amplius exigat: tunc etiam victor non debet restituere quicquam huic filio. Molin. *de Iust. disp. 242. §. vt vero hæc, tom. 1.* Sot. *de Iust. lib. 4. q. 5. art. 2.* Beia verò *in resp. casu 61. vers. exempli gratia*, vbi ait, cētum traditis à patre ad suum victum quotānis, posse insumere quatuor, vel quinque in Eleemosynis, vel in litibus, & honestis recreationibus, inter quas ludus licitus connumeratur, quia hac censetur voluntas saltem tacita patris: ita Less. *lib. 2. de Iust. cap. 26. dub. 5.* ex Nauar. *in summa c. 20. n. 12.* & Graffis *lib. 2. c. 122. n. 5.*

Idem erit, quando filius moderatè insumit in suo victu, & vestitu, & quod superest, reseruat sibi ad honestos vsus, præsumitur ea esse volūtas patris: Salas *d. dub. 15.* in quam partem inclinat Beia *d. casu 61.* cū patres sciant filios iuuenes non posse viuere absque recreationibus, & ideò ne videantur ignobiles, censentur pati has expensas à filiis fieri, vt docet Sotus *d. lib. 4. q. 5. art. 2.*

Dubitatur octauò, an filius famil. possit lucrari 288
plus ab alio, quā ipse potest ludo exponere? Pars negans videtur vera, eo quia debet esse æqua vtriusque

colludentis conditio: non est autem in æquilibrio æqualitas, si filiusfamil. potest plus ludo acquirere sibi, quàm prodigere: igitur si potest decem ludere, decem duntaxat poterit lucrari singulis vicibus; quod putat verum Less. *d. dubio 5. num. 38.* dicens, diuersis commissionibus posse ab vno, codemque plus lucrari, quam amittere: exempli gratia, si filius ludat cùm vito sui iuris, & ipse filius non possit exponere ludo, nisi quatuor, non poterit lucrari, nisi totidem quatuor: quòd si quatuor colludant, & vnus sit filius famil. & vnusquisque ludat quatuor, poterit duodecim acquirere ludo: & ab vno eodemque poterit plus lucrari, quàm perdere, si semel iterum atque iterum cum illo diuersis temporibus colludat. Imo etiam quod lucratur, totum potest ludo consumere ex tacita saltem facultate à patre ad id concessa, Lessius, *vbi proximè*, ex Nauar. Sed his exclusis non poterit.

Nihilominùs oppositum est verius, posse scilicet filium plus lucrari, quàm ludo amittere: eo quòd, qui non sunt sui iuris, sed sub potestate alterius, possunt illis acquirere, vt serui, aut religiosi: at isti non possunt alienare, quæ sunt Domini, vel monasterij: possunt tamen acquirere: Ergo filij famil. cum non sint Domini rerum paternarum, non possunt alienare, nisi illa quatuor vel quinque; at verò acquirere possunt illa, & multò maiora: aliter teneris concedere, inopes, si ad ludendum assideant, & ludum ingrediantur, exponentes decem, non posse ex ludo lucrari, nisi eosdem decem, quod nemo dicet: ita Beia *d. casu 61. §. tunc quia*, sequitur Graffis *decis. lib. 2. cap. 122. num. 6.* & Nauar. *in sum. cap. 20.* probans, *num. 12.* opinionem Soti *lib. 4. de iust. q. 5. art. 2.* dicentis filium in Academia de mandato patris studentem, posse licitè de suo victu quatuor vel quinque ludere: reprobans tamen illum dum ait, filium non posse à colludente plus lucrari, quàm colludens ab ipso: cùm non sit text. neque ratio id concludens: opinio autem Soti, & aliorum procedet quando filius decepit colludentes dicens se habere facultatem exponendi ludo, & hoc modo per mendacium attraxit colludentes ad ludendum aliter non venturos: tunc enim non poterit plus acquirere per ludum, quàm id, quod poterat exponere: ita Graffis *d. lib. 2. cap. 122. num. 6. vers. quarta, argumento text. in l. 3. C. si minor se maiorem dixerit.*

289 Dubitatur nonò an filius famil. obligetur ex contractu inito pecunia credita? Respondeo negatiuè, velut si pecunia credita aliquid emat absque licentia patris, vt habetur *in l. 12. tit. 11. lib. 5. recopil. Castella*, vbi talis contractus est nullus, neque fideiussor illius obligatur, Molin. *de Iust. tom. 2. disp. 261. §. in Regno Castella*, Sanch. post plures *de matrim. lib. 6. de donat. disp. 38. num. 29.* vbi vult hunc contractum non vallari iuramento, lege illi semper resistente.

Multò fortius non obligatur filius ex ludo pecunia credita constituto. Nam quamuis quod in ludo amisit, videatur teneri ad soluendum, de iure naturali, etiam non impignorata fide; nihilominùs non tenetur de iure communi: imò solutam pecuniam potest repetere ex Iudicis decreto: ideò nondum solutam potest retinere: text. *in l. qui fit, ff. de solut.* quia frustrà quis petit, quod statim reddere cogitur: ita Couar. *in regula peccatum 2. p. §. 4. num. 8.* post Adrianum *in 4. sentent. cap. quia in superioribus*, Sot. *lib. 4. de Iust. q. 5. art. 2. vers. vnum autem non est hic, fol. 307.* quamuis ludens ad creditum, promittat se nõ vsurum remedio legis repetendi, per *l. 8. tit. 7. lib. 8. noua recopil. regia Castella*, ibi: *y por la presente damos por ningunas, quales quiera obligaciones, y escripturas, e promessas que las tales personas cierca dello hyzieren.*

Et secundum hanc legem, puto etiam promissorem non teneri soluere in conscientia, quod perdidit ad creditum: at verò recipientem teneri reddere, etiam ante repetitionem in foro animæ, nec potest sic ludens beneficio huius legis renunciare, cum lex sit sancita non in fauorem ludentis, sed propter bonum commune: ita Sot. *cit.* & Nauar. *in cap. 28. additionum in additione ad cap. 19. num. 15. fol. 38. col. 2.* proinde si victus soluat, potest repetere; Couar. *vbi supra ad finem, d. §. 4.* quod procedit, si renunciatio sit simplex: secus dicunt alij quando est iurata, de quo *infra*.

Quin addo nullo modo obligari filium, ex contractu ad creditum inito, nec naturaliter quidem, teste Sancio, *d. disp. 38. num. 29. lib. 6. vers. non obligatur ciuiliter, qui naturaliter*: spectata *l. 22.* Castellæ *tit. 11. de qua supra*, etsi firmetur iuramento, vt censent Gutier. *in Authent. Sacramenta puberum, num. 47. C. si aduersus vendit.* Perez *lib. 3. Ordenamento tit. 8. l. 1. fol. 603. vers. his etiam adstipulatur*, & Matienzo, *eadem l. 22. Glos. 8. num. 10.* per resistentiam, quam infert contractui & iuramento lex ip a continuò.

Sed contra hanc resolutionem, videtur obstare *d. l. 8. Castella tit. 7. lib. 8. noua recopil. regia*, cuius meminimus, *ibi: damos por ningunas & cæt.* vbi lex simplices promissiones reddit nullas, nec meminit obligationum, nec scripturarum, nec promissionum addito iuramento. Idcirco si filius famil. vel quiuis alius minor viginti quinque annis ludat ad creditum, promittatque cum iuramento antillam pecuniam se soluturum, tenebitur stare promissioni iuratæ: ita Sot. *d. lib. 4. de Iust. q. 5. art. 2.* nisi iactura sit tanta, vt ratio postulet exigi dispensationem: sequitur Ioan. Medin. *cap. de restitutione, de rebus restituendis q. 21. col 14. fol. mihi 71. vers. corollarie sequitur.* 290

Accedit hoc procedere, siue huiusmodi Doctores loquantur ratione respectu ad illam legem, siue non; quia cùm lex illa non loquatur de contractu iurato, standum est obligationi, seu promissioni iurantis toties, quoties iuramentum seruari potest absque dispendio animæ, quod probatur *Authent. Sacramenta puberum, C. si aduersus vendit.* vbi contractus de iure ciuili nullus accipit vires à iuramento superaddito: ita Nauar. *d. cap. 28. in additionibus, ad cap. 10. Manualis n. 17.* dabitur tamen absolutio à iuramento, & immunitas etiam à soluendo, teste Soto *supra*, quando ex solutione sequitur magna bonorum dissipatio; non enim iuramentum in hoc casu excusatur à vinculo iniquitatis: quod etiam curret, quando ex obseruatione iuramenti sequitur damnum tertij verbi gratia, si non potest soluere, nisi dissipando bona aliena, quia de ea se non poterat liberè disponere. 291

Opinor tanquam certum in hoc casu, si victus iurat se soluturum, teneri soluere, quando ea erat in sua dispositione, & de re alioquin licita: tunc enim iuramentum est seruandum, quamuis bonis moribus ciuiliter opponatur: *cap. quamuis pactum, de pactis in 6.* 292

Nihilominùs ex vi iuris ciuilis fas est victo repetere solutum, cùm non iurauerit non repetiturũ, sed soluturum dũtaxat: hoc autem iuramentum potest relaxari, quando intentio iurantis fuit soluere, nulla facta mentione repetendi, neque enim abdicauit à se priuilegium repetendi, quod conceditur per legem.

Iam verò si intentio fuit iurantis etiamsi obstrin-

gere

gere ad non repetendum, non potest contraire cessante fraude ea parte eius cui iuramentū præstitum est, cùm sit præstitū in illius commodū remoto dolo, ac vi; atq; ita non potest eo irrequisito, ac repugnante, omittere solutionem, nec repetitione vti: ita Lessius, *lib. 2. de ludo, & sponsionibus, c. 26. dubio 4. n. 26.* & 27. post Molin. *de iust. tom. 2. disp. 515. §. verum autem, vers. quapropter dicerem, & vers. contrariam sententiam arbitror, pag. 1683. col. 1.* quibus adhæret Filliucius, *de contract. tract. 27. n. 74.* nec non Sanch. *in præcepta decalogi lib. 3. cap. 12. num 17. & 20. & num. 61.*

293 Quod autem addit Gutier. *de iuramento confirmat. 1. p. cap. 53.* illum qui iurauit soluere quod perdidit, pecunia credita in Ludo, nec repetiturum post quam soluerit, posse tamen repetere quod soluit, obtenta priùs relaxatione à iuramento; aliqui omnino improbant, negantes posse inconsulto illo, cui iuramentum factum est: ita Molin *vbi proximè, vers. contrariā sententiam*; & Rebellus teste Filliucio citato *§. ultimo quæro, vers. cum autem, num. 85.*

Opinio tamen Gutier. est probabilis, & secundùm illam post solutum potest victus prius obtinere iuramenti relaxationē ante repetitionem, eàque impetrata potest fieri repetitio: argumento iurantis soluere vsuras, & iuramento non obstante, impetrata relaxatione, non tenetur soluere: quam etiam partem probabilem vocat Lessius, *de iust. lib. 2. cap. 17. num. 56. §. tertio omnis promissio*: atque posse peti relaxationem huius duplicis iuramenti ostenditur ex ea ratione, quia ex hac nuda promissione secluso iuramento non resultat obligatio naturalis, nec consequenter promissio accipit vim à iuramento superaddito, cùm secundùm suam naturam non habeat vim obligandi ex se.

Quapropter cum non firmetur talis promissio virtute iuramenti, potest obtineri relaxatio à Prælato, vt tradit Gutier. *d. cap. 53. 1. p. num. 8.* dicens, amittentem ludo ad creditum posse petere relaxationem iuramenti, antequam soluat. Ergo etiam in nostro casu, vt etiam censent Henriquez *lib. 7. de indulgen. cap. 35. n. 6.* Sayr. *in claui regia, lib. 11. cap. 13. num. 20.* Carbo. *de restitut. q. 42.* Cordub. *in sum. q. 94.* Lessius, *vbi supra, c. 26. dub. 4. num. 27.* & secundùm hanc partem, dicendum est, qui accipit pecuniam solutam perditam ad creditum, esse obnoxium restitutioni eodem modo, quo vsurarius tenetur: ita Gutier. *d. cap. 53. num. 7. §. sed his non obstantibus*, quam sententiam, scilicet posse obtineri relaxationem ab Episcopo, neque eo iuramento ratificari contractum; tanquam probabile tradit Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 31. num. 1.* faciunt pro hac opinione tradita à Suar. *tom. 2. de Religione, tract. de iuramento, lib. 2. cap. 29 num. 3. & seqq.* vbi credit promissiones omnino irritas non firmari iuramento, quia obligationem naturalem non producunt. Nam quando actui nulla omnino obligatio inest, iuramentum superadditum quid debet confirmare? Nihil. Quoniam iuramentum non confirmat, nisi quando actus parit aliquam obligationem: ideò si promissio irrita nullam obligationem acquirit parti, cui fit, neque ius, nullum etiam ius afferet illi iuramentum accedens, vt ostenditur in iuramento soluendi vsuras.

294 Accedit potissima ratio, quæ deducitur ex *Authent. Sacramenta puberum, C. si aduersus vendit.* vbi sic: *Sacramenta*, inquit, *puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis*, vbi verbum, *super contractibus*, ostendit contractum inualidum non esse contractum: *l. si se non obtinuit, §. condemnatum, ff. de re iudicata*; & ex consequenti nō habere locum ibi iuramentum, cùm non sit contractus qui debeat iuramento firmari. Neque enim opus est, quod retractetur contractus, qui talis non est; quod vt valde probabile, tradunt Suar. *de iuramento, lib. 2. cap. 29. num. etiam 1.* & Sanch. *in præcepta decalogi, lib. 3. cap. 12. num. 22. ad finem*, concedens ibi posse peti ab Episcopo absolutionem iuramenti, cùm probabile sit contractus similes non confirmari eo addito.

Resolutiuè ergo dicendum est, si sletur solo iuri naturali, amittentem ad creditum ludo teneri soluere in foro conscientiæ. Item quamuis is ludus de iure positiuo sit prohibitus, si lex non apponat, nisi pœnam colludentibus, & nihil amplius adiiciat, etiam perdentes in conscientia certum est debere soluere; quia per ludum acquiritur dominium in re, si res tradatur. 295

De iure tamen Lusitano idem censendum est, nec perdenti conceditur repetitio. Habetur in *lib. 5. tit. 82. §. 8. Ordinationis* secùs de iure Castellæ post leges Caroli quinti, *l. 8. & 9. tit. 7. lib. 8. nouæ collectionis*. vbi deciditur, quòd amittens ad creditum, non tenetur soluere in vtroque foro. Couar. *in regul. peccatum, 2. p. §. 4. num. 8.* Gutier. *supra d. c. 53. num. 1.*

Attento tamen solo iure communi, nemo tenetur soluere, quod amisit ludo prohibito, tam in foro animæ, quàm in exteriori: si soluere noluerit potest vti exceptione; imò potest repetere, si iam soluit: ita Couar. *paulò ante*, & Gutier. *loco citato*, & apertè constat, *ex l. alearum 3. C. de Aleatoribus.* cuius verba sunt, quæ sequuntur: *Nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur, & competentibus actionibus repetatur.* Sic lex.

Dubitatur decimò, an filius famil. obligetur ex mutuo? Respōdeo, quamuis obligetur tam ciuiliter, quàm naturaliter, posse vti exceptione Macedoniani. & hoc remedio excusari à soluendo etiam in conscientia: ita Innocent. *in cap. quia plerique*, & ibi Scribentes, *de immunit. Ecclesiæ*, quod intelligitur, si mutuum accipiatur irrequisito patre: tunc enim non tenetur restituere, nec quidem post mortem patris, *l. 1. ff. ad senat. Consul. Macedon.* Quod factum fuit in pœnam mutuantium, & vt amputaretur filiis occasio insidiandi vitæ parentum: quo priuilegio etiam gaudent filiæ famil. & eorum parentes, & hæredes, & fideiussores filiorum, & filiarū, *l. 7. & 9. ff. eodē senat. Consul. Maced.* Gom. *2. variar. cap. 6. num. 2.* Molin. *tom. 2. disp. 301.* Lessius, *de iust. lib. 2. de mutuo, cap. 20. dubio 2. num. 8* dicens, si voluerit vti ope exceptionis, non teneri in foro etiam conscientiæ restituere mutuum? cum per verba illius Senatusconsulti vtraque obligatio, tam ciuilis, quàm naturalis tollatur. 296

Sed hoc minus benè negat Sapientissimus Rebellus, *lib. 8. de iust. q. 2. sect. 2.* dicens probabilius esse teneri restituere: cui adhæret Filliucius, *tract. 34. de mutuo, cap. 10. num. 222. ad finem.* subdens ea, ad præcauendas insidias à filiis vitæ parentum fieri solitas, satis esse quòd acceptio ex iure ciuili sit irrita: quod tamen non satisfacit, quia si nulla oriatur ex eo contractu obligatio, etiam naturalis, soluendi; facilius mutuantes arcebuntur à mutuo præstando, cùm mutuatarij ad reddendum, & restituendum maneant liberi sublata omni obligatione, tam ciuili, quàm naturali.

Vnde reiiciendus est, etiam Regin. *tom. 2. lib. 25. de ratione iudicandi c. 7. sect. 2. n. 155.* dū obligat in conscientia acceptum mutuo soluere: sed fallitur; quia Senat. Consult. Macedon. non solùm non assistit huic cōtractui, sed etiam resistit omnino in fauorem parentū: ita cōmuniter Doctores. Cum lex ista sancita fuerit ex iusta causa, & est iusta, obligat in vtroq; foro.

297 Limitatur primò, quando mutuatarius iurat se soluturum: nam tunc ex vi iuramenti tenetur, nisi relaxatio illius impetretur ab Episcopo: quòd si nolit; saltem post mortem patris debet soluere: Bart. *in l. si quis pro eo, ff. de fideiussor. col. 4.* Nullo tamen addito iuramento, nec post mortem patris tenetur soluere, *d. l. 1. in principio,* ibi: *etiam post mortem parentis, & §. illud propriè, Institut. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.*

298 Limitatur secundò, vt non habeat locum si pater à principio non consensit, sed postea ratum habuit, tunc tenetur soluere. Nam ratihabitio, retro volitur, & æquiparatur mandato: *l. vlt. in principio, C. eodem tit.* Et satis est tacitus consensus, vel tacita ratihabitio, quæ præsumitur ex eo, quòd rem sciuerit, & non ostenderit contrarium animum: sic Angel. Aret. *in §. penult. Institut. quod cum eo, qui in aliena potestate est.*

299 Limitatur tertiò, non procedere, si pater sciens filium accepisse mutuum, cœpit soluere; quia censetur ratum habuisse: *l. item si filiusfamil.* aliàs, *sed Iulian. §. filiusfamil. ff. ad Macedon.* Non potest tamen pater ratum habere postquam filius est suus, sed solùm quando est in potestate, Paul. de Castro. *in l. Pannonius, n. 11. de acquirenda hereditate.*

300 Limitatur quartò, si accepit mutuo triticum, seu vinum, non verò pecuniam, quia Lex solùm meminit de pecunia mutuo accepta, modò id non fiat fraudulenter ad pecuniam consequendam, text. *in l. sed Iulian. §. mutui, ff. ad Macedon.* Nam appellatione pecuniæ in re odiosa, & pœnali intelligitur pecunia numerata: quòd si fraus interposita fuerit, in aliis etiam contractibus exceptio datur: *d. l. si filiusfamil. crediderit, §. si autem, ff. ad Macedon.*

301 Limitatur quintò, vt non procedat, quando pecunia mutuo accepta vertitur in patris vtilitatem, *d. l. sed Iulian. §. proinde si acceperit.* Quòd si filius illam accipiat, vt debitum proprium patri soluat, non censetur vertisse pecuniam in rem patris, *d. §. proinde.*

Limitatur sextò, quando patre diu absente filiusfamil. mutuo accepit pecuniam ad dotandam sororem, *l. si filiusfamil. ff. ad Macedon.* Bald. de Bartolin. *in l. 1. num. 251. ff. solut. matrim.* secùs si accipiat ad dotandam extraneam, quia tenetur dotare sororem & filiam: *l. cum in plures, §. penult. ff. de administr. tutor.*

Cùm ergo Lex faciat verbum de sorore, & de filia non potest filius accipere pecuniam ad dotandam extraneam: proinde minus benè loquitur idem Bald. de Bartolin. *supra* dicens posse filium capere pecuniam mutuo ad dotem extraneæ. Quia lex non potest trahi ad extraneam, cùm solùm expressè fecit hoc in sorore, & filia: *l. ius singulare, ff. de legibus.*

302 Limitatur septimò, si filius solitus erat soluere pecuniam mutuo acceptam præsente patre. Nam præsumitur patris consensus ex illa consuetudine, & à fortiori, si filius consueuit petere, & pater consueuit soluere: ita Gomes. *2. variar. d. cap. 6. limitat. 11.*

303 Limitatur octauò, quando filius in studio absens à domo patris id fecit, idem Bald. de Bartolin. *in l. 1. num. 251. ff. solut. matrim.* Felin. *in cap. 1. num. 1. de magist.* Bart. *in l. vlt. C. ad Macedon. num. 6.* modò vtiliter eam expendat, Alexand. *in l. vlt. num. 8. ff. de negot. gest.*

Et quamuis in hoc mutuo accepto causa studiorum, pater protestetur se nolle, vt filio detur mutuo pecunia, non propterea filius poterit vti ea exceptione: quia est pater irrationabiliter inuitus. Idem quando filius petit pecuniam mutuo ad res sibi necessarias, quas pater solitus erat ei concedere, etiam si pecuniam malè expendat, per text. *in l. in pupillo, ad calcem ff. soluto matrimonio.*

304 Idem sentiendum est, quoties datur filiofamil. mutuo pecunia in casu necessitatis, quamuis necessitas nequeat probari: nullo modo potest in foro animæ accipiens vti illa exceptione absque peccato mortali. Sic Innocent. *in d. cap. quia plerique, n. 5. in fine, & ibi* Abbas *num. 26. vers. hoc dictum sunm, de immunit. Eccles.*

305 Dubitatur vndecimò, an possit filiusfamil. absque iuramento renunciare huic exceptioni Macedoniani? Responde negantes, cùm hoc factum sit in fauorem publicum, & in odium creditorum mutuantium: ideò si renunciet sine iuramento, adhuc potest vti exceptione, cùm renunciatio nihil valeat. Couar. *in cap. quamuis pactum, de pactis, in 6. 2. p. §. 3. num. 4. §. Ego vero difficilem,* Gutier. *de iur. confir. cap. 43. num. 5.* dicentes non posse filiumfamil. renunciare huic exceptioni, cùm concernat tam vtilitatem ipsius renunciantis, quàm parentis, & publicam ad euitanda pericula vitæ parentum impendentia: quod etiam tradit Less. *d. cap. 20. dub. 2. num. 8.* quia est magis in fauorem parentum, quàm ipsius filij.

Quare si filiusfamil. nolens vti hac exceptione, soluat pecuniam mutuo acceptam nemine cogente, non poterit pecuniam solutam repetere: per text. *in l. sed & si pater. §. vlt. ff. ad Macedon. l. qui exceptionem, ff. de condict. indebiti,* vbi dicitur, quod hi demum solutum non repetunt: neque pater potest prohibere, ne filius de re sua libera possit liberè soluere. Imò si pater soluat loco filij, non potest repetere, Molin. *d. disp. 301.* poterit tamen, si filius soluat de re patris, illo non consentiente, antequam bona fide res accepta consumatur, nec inde accipiens fiat locupletior.

306 Quòd si renunciet cum iuramento, ne fiat periurus debet soluere, vt dixi *limitatione prima,* & postea potest condicere; sicut qui soluit vsuras, potest eas postea repetere, *arg. cap. debitores, de iureiur.* vbi id statuitur. Nam vsuræ prohibentur in odium vsurarij; hoc verò mutuum est interdictum in odium creditorum. Quæ resolutio est Bartoli, *in l. si quis pro eo, num. 10. ff. de fideiussor.* quam probat tanquam magis communem, Menchac. *de successio. creati. §. 28. num. 51.* vbi iterum atque iterum eam vocat communem in eo, quòd asserit contractum mutui non confirmari iuramento filiifamil.

307 Contra verò Ioan. Andr. & Iacob. de Belu. *in cap. cum contingat. de iureiur.* diuersa incedentes via dicunt, iuramentum filiifamil. in hoc euentu esse nullum, & consequenter non opus esse absolutione ab illo, neque ad cautelam, vt ait Bart. *in d. l. si quis pro eo, num. 10.* Ratio comm. quia tale iuramentum est contra bonos mores, & præstat occasionem delinquendi filius in parentes, vt debita contracta persoluant. Horum opinioni fauet multùm Glossa, *in §. item sacramenta, verbo, super contractibus, in vers. quod si filiusfamil. minor renunciauerit Macedoniano: de pace iuramen firman. in vsibus feudor.* tradens filiumfamil. minorem renunciantem Senatusconsulto Macedoniano & iurantem, non obligari. Ratio, quia hoc indultum Macedoniani non fuit inuentum in gratiam filij, sed in odium mutuantium: & quia administrarentur occasiones peccandi contra bonum Reipublicæ, cui prospicere debent Legumlatores. Item, quia priuatorum pactis, seu iuramentis non debet bonum publicum diminui, nec grauari, *per l. ius publicum, ff. de pactis, cap. si diligenti, de for. compet.* Accedit iuramentum non ligare quoties, vel redolet peccatum apertè, vel

quoties

quoties materiam, seu occasionem peccandi præstat, *cap. nam concupiscentiam, de constitut.*

308 Ex his duabus sententiis verior est prior. Nam filius iurans se soluturum pecunias sibi mutuo datas, id facit in fauorem creditoris; quod iuramentum debet seruari, cùm potest sine peccato, nisi absolutio impetretur à Prælato, qui potest absoluere, eo quòd fuit additum ad elidendam vim legis, quæ hoc modo eneruatur, & suo spoliatur robore, Reginald. *tom. 2. lib. 20. cap. 3. sect. 5. num. 36.* Less. *d. dubitat. 2. num. 9. fol. 247. col. 2.* & probatur; quia iuramentum non est contra bonos mores, quamuis sit contrarium decreto Senatusconsul. Macedoniani; ergo est obseruandum: ita Imol. *in d. cap. cùm contingat, de iureiur. num. 66. vers. per prædicta.* Nam quamuis filius obstringatur iuramento de soluendo, iuramentum non propterea est de re illicita; quia filius iurat soluere, quod ex mutuo obtinuit; & contractus secluso Senatusc. Macedoniano est validus, & conceditur ex illo actio; sed ope Senatusc. Macedoniani eliditur: nec occasio peccandi aduersùs patrem infirmat vires iuramenti: neque facit contra *cap. debitores, citatum*, quia quando soluuntur vsuræ ab obstrictis iuramento de soluendo, creditor iniquè agit eas recipiendo: at in nostro casu, quando mutuatarius pecunias sibi mutuo datas restituit mutuanti, licitè ab eo recipiuntur; & Senat. Consult. prohibuit petitionem pecuniarum ex causa mutui, sed non interdixit creditori earum acceptionem: per *l. 1. in principio, ff. ad Macedon.*

309 Ad id verò, quod ait Couar. *in cap. quamuis pactum, suprà 2. p. §. 3. num. 4.* Bartoli opinionem *in l. si quis pro eo, num. 10. vers. & ideo dice, ff. de fideiussor.* esse falsam, quatenus putat filiumfamil. si renunciet cum iuramento exceptioni Macedonianæ, teneri soluere propter iuramentum, at posse condicere; quod etiam credit Gutier. *d. cap. 43. num. 3.* Respondeo non esse falsam si bene consideretur, cùm sit diuersa ratio: Nam cùm Bart. dicit filium si sine iuramento soluat, non posse repetere; optimè dicit quia cognoscit simpliciter se debuisse, & soluisse debitum, & solutionem habuit ratam: ideò non potest repetere, *per l. sed Iulian. §. vlt. cum l. sequenti ff. ad Senat. Consult. Macedon.*

At verò quando coactus à iuramento de soluendo, ne periurus existat si non soluerit, re ipsa soluit pecunias mutuò acceptas mutuanti, potest repetere; quia saltem tacitè, ac virtualiter habuit animum repetendi, prout in casu vsurarum conceditur, *cap. debitores, de iureiurand.* Iuranti soluere vsuras posse soluere, ac postea repetere, ex eo fundamento, quòd soluendo, retinuit animum repetendi, nec habuit solutionem ratam irreuocabiliter: & à fortiori hoc est dicendum, quando expressè declarauit animum, se propter iuramentum soluisse.

Secùs erit quando expressè renunciauit exceptioni, cum iuramento de soluendo, ac de non repetendo: quia tunc pius in obseruatione iuramenti, atque impius in repetendo censebitur: & in hoc sensu saluatur sententia Bartoli; quia mutuatarius iurauit duntaxat soluere: at verò non posse repetere non iurauit: atque ob id cùm à se non abdicauerit per iuramentum potestatem repetendi, ope exceptionis Macedoniani vtens, repetit quod suum est, non verò alienum, cùm nunquam habuerit ratam illam solutionem irreuocabiliter, quam metu iuramenti fecerat. Et sic refellitur Gutier. *d. cap. 43. de iur. confirm. 3. ad finem §. ipse verò.*

310 Non poterit tamen repetere si soluit pecunias mutuo acceptas postquam egressus est ex potestate patris: *l. si filiusfamil. ad finem, ff. si certum petatur.* Nec poterit etiam vti hac exceptione frater mutuans alteri fratri: quoniam in his non timetur ratio Senatusconsult. Macedon. Ita Salycet. *in l. frater à fratre, ff. de condict. indebiti, n. 4.*

Denique non excusabitur à soluendo filiusfamil. exercens mercaturam, quando conuenit Reipublicæ fore mercatorem, & præsumitur conuertisse in merces pecunias mutuo acceptas, Bald. *in l. Macedonian. C. eodem titulo.*

Dubitatur duodecimò, an filius obligari possit ex voto sine consensu patris, dum est sub potestate illius? Responde negatiuè, *per legem 2. verbo voto, ff. de pollicitationibus*, vbi dicitur, quòd filiusfamil. & seruus, voto, sine domini aut patris authoritate non obligantur: quod Theologi declarant; ita vt pater possit irritare vota filiorum ante pubertatem facta, hoc est personalia ante decimumquartum annum in filiis, & ante duodecimum in filiabus. Et an seruorum vota? Sanch. *in præcepta, lib. 4. c. 36. num. 1. & 2.* ait posse, quæ domini scilicet nocent. 311

Quòd si vota sint realia, possunt irritari vsque ad vigesimum quintum annum: Sanch. *lib. 6. de matrim. disp. 39. num. 3.* Less. *lib. 2. de Iust. cap. 40. de voto, dub. 14. num. 82.* Reginald. *tom. 2. lib. 18. cap. 21. de irritatione voti, sect. 4. num. 315. & lib. 25. cap. 9. de personis, quæ censentur iure inhabiles ad contrahendum, sect. 2. de filiosfamil. num. 155. fol. 464.* Graffis, *lib. 2 decis. cap. 29. num. 3. & num. 4.* vbi de votis eorum irritandis, qui sunt in potestate patris, tutorum, maritorum, dominorum, ac Prælatorum, quibus omnibus est potestas irritandi vota, quæ iuri, potestati, & domesticæ gubernationi officiunt: Sayro, *in claui lib. 6. cap. 10.* & alij quos referens sequitur Barbos. *in cap. venientis, de voto n. 3.*

An vero pater possit irritare vota personalia post pubertatem emissa, & realia post vigesimum quintum annum, quæstio est? Omissis disputationibus, quidquid contradicat Sot. *de Iust. lib. 7 q 3. art. 2.* 312

Dico primò, vota personalia ante pubertatē emissa, posse patrem irritare post pubertatem, nisi filius ea ratificet post pubertatem, sciens votum factum vel esse inualidum, vel dependere à voluntate patris tanquam conditionale vsque ad pubertatem.

Dico secundò, ea vota personalia ratificata adhuc posse à patre irritari in eo, quòd patri præiudicant, ac patriæ potestati, sub qua sunt filiifamil. nimirum si tale votum personale impediat filium ne negotiis sibi commissis insistat, vel per illud abducatur ab obedientia, & obsequiis parentum. Nam tale votum est inualidum, cùm non sit de meliori bono, & sit onerosum & iniuriosum patri, quatenus reuocat filium ab obedientia, & reuerentia, quæ debentur parentibus; & per illud derogetur iuri patris, & consequenter non est Deo gratum: adeo sunt nulla similia vota ex parte materiæ, cùm repugnent iuri paterno.

Dico tertiò, si vota sint realia, & quocunque tempore nuncupata de bonis paternis, vel quorum vsusfructus, & administratio ad patrem pertinet, esse etiam hæc illicita ratione materiæ, & nullius momenti; nisi vouentes emittant illa sub conditione, *si pater annuat, vel non contradicat*: ita Doctores communiter, quos refert & sequitur Panorm. *in cap. scripturæ, de voto*, Tabieo. *verbo votum, 2. q. 5. num. 6.* quia ratione ætatis filius non eximitur à patria potestate, pro qua sententia, Sanch. *de matrim. lib. 6. disp. 39. n. 10. & in præcepta Decalogi, lib. 4. cap. 35.* Reginald. & Less. *suprà*, & Suar. *de voto lib. 6. c. 5 n. 9.*

Ex quibus constat filios dum subsunt patrio iuri, ac potestati, non obligari ex voto regulariter, exceptis Castitatis, ac Religionis post pubertatem, vel nisi sint vota quæ parum aut nihil detrahunt filios à patrio iure.

LIBER

LIBER SECVNDVS.

DISPVTATIO III.

De patria potestate, & eius effectibus, & quibus modis hæc potestas contrahatur, & exuatur.

§. I.

De potestate patria in specie.

EPITOME.

1 *Patria potestas propter quid sit introducta.*
2 *Patria potestas est de iure humano.*
3 *De iure communi existente Auo, filij non erant in potestate patris.*
4 *De iure communi matres, Auia, seu proauia non habebant patriam potestatem.*
5 *De iure Lusitano quandiu pater habeat patriam potestatem, & quid de iure Hispano, & quomodo describatur patria potestas.*
6 *Filius per matrimonium si validè illud contraxit exit à patria potestate de iure Lusitano.*
7 *Filius vxoratus, non tamen velatus, non exit à patria potestate de iure Hispano.*
8 *Velationum nomine veniunt benedictiones nuptiales in Hispania.*
9 *Nepos susceptus ex filio desponsato per verba de præsenti absque velatione est sub potestate Aui, quia pater non fuit velatus.*
10 *Filius natus de præsenti vxore ante benedictiones nuptiales, non est sub potestate patris.*
11 *Natus ex Ancilla est liber, si mater tempore natiuitatis non est serua.*
12 *Filiusfamil. non exit à potestate patris ratione ætatis quamuis sit senex.*
13 *Pater an habeat in potestate filium in vtero existentem.*
14 *Omnes filij legitimi nati ex legitimis nuptiis sunt in patria potestate.*
15 *Et quid de spuriis & de filiis naturalibus?*

1 PATRIA potestas auctore Paulo Castrensi, *in l. fin. §. 1. num 3. ff. de verbor. obligat.* introducta fuit, & inuenta, vt virtute illius filij patri acquirant. Vnde ab aliquibus vocatur patria potestas radix & basis huius acquisitionis, *Instit. per quas personas nobis obligatio adquiritur*, & constat *ex l. patre furioso, in fine, ff. de his qui sui vel alieni iuris.*

Non tamen solùm, nec principaliter ob hanc acquisitionem fuit inuenta patria potestas, sed propter alia multa, quæ de illa in Iure habentur, ob quæ solet appellari inæstimabilis, de quibus *in l. 3. C. de patria potestate*: quale etiam est ius occidendi, castigandi, vendendi filios, & multa alia quæ ad honorem & vitam spectant: quæ quamuis raró, aut nunquam soleant accidere; possunt tamen aliquando euenire, & eo tempore sacra illa potestas pretio æstimari non potest, secundùm *l. si pater 35. §. 1. ad calcem, ff. de donat.* cuius sunt hæc verba, ibi: *contemplatione salutis certo modo æstimare non placuit.* Item, quia qui est sub potestate patria, dicitur esse in Sacris, *l. si viua matre C. de bonis maternis.* Denique fuit inuenta patria potestas, vt patri prosit, & non obsit, vt ait Castro, *in l. 1. in principio, C. qui admitti ad bon.* Mantic. *de tacitis, & ambiguis, tom. 2. lib. 13. tit. 15. n. 37.*

Est autem patria potestas inuenta non à iure naturali, nec diuino, neque iure gentium; sed humano, & ciuili, & particulari Romano, *l. si emancipati, C. de collat.* & text. expressus, *Instit. de patria potestate, §. 1.* adeò quòd Glos. singularis, & recepta *ibidem, verbo Romanorum*, ait: Francigenas non habere filios in potestate, Nauar. *cons. 4. in 2. edit. num. 19. & 20. de conuersione infidelium*, Pinel. *de bonis maternis, rubrica 2. p. à n. 3.* 2

De iure tamen communi filij non erant sub patris potestate quandiu pater habebat ascendentes, sed existente Auo, filij siue masculi, siue fœminæ, siue coniugatæ, siue non, omnes erant sub potestate illius Aui, dummodò essent descendentes illius per lineam masculinam, vt habetur, *Instit. de tutelis, §. si verò*, iuncta Glossa, *ibi; & de adoptionibus §. sed si pater, & l. patri datur, & l. sic eueniet, ff. ad l. Iuliam, de adulteriis.* 3

Mortuo verò Auo supremo ascendente paterno, omnes descendentes etiam coniugati, siue coniugatæ perseuerabant sub patris potestate, si viuebat, cum adhuc essent filiifamil. nec per matrimonium exibant à patria potestate; vt habetur in *§. nepotibus vero, Institut. de tutelis.*

Item de iure communi matres, etiam Auiæ, siue proauiæ, tam paternæ quàm maternæ non habent patriam potestatem, etiam quando nullus alius Ascendens extat. Similiter nepotes descendentes per lineam fœmineam, seu neptes, non stabant sub potestate Aui, aut Proaui materni, *ex Instit. de patria potestate, & ex cap. vlt. de conuers. infidelium.* Nec enim mater habet filios in potestate, *§. cæterj, Instit. de hæredum qualitate, & differentia, & §. mater*, iuncta Glossa, *Instit. de exhæredatione liberorum*, Nauar. *d. cons. 4. de conuers. n. 1. §. fœmina, Institut. de adoptionibus*, Panorm. *in cap. 2. in 2. notabili, de conuers. infidel.* 4

De iure Lusitano, *lib. Ordin. tit. 87. §. 6.* patria potestas residet in patre, quandiu filij non sunt emancipati, aut vxorati, ibi: *em quanto tiuer seus filhos em poder*, & infra: *quando forem emancipados, ou casarem.* Nam per matrimonium eximuntur à patrio iure, Barbos. *in l. 1. §. quod si in patris, in principio, ff. solut. matri.* Molin. *de iust. tom. 1. disp. 227. vers. de iure, & disp. 229. in principio*, Costa *in l. Gallus, §. & quid si tantùm, n. 241. ff. de liber. & posthu.* 5

Hæc autem patria potestas conceditur tum propter amorem, quem patres habent in filios: tum propter vtilitatem illorum secundùm *l. finàl. de curatore furiosi. l. cum pater, §. mando, de legat. 2.* & Tiraquel. *l. si vnquam in præfatione n. 11. C. de reuocand. donat.* tum denique propter reuerentiam, & subiectionem à filiis debitam patribus ratione pietatis, quam etiam filij in parentes nexu quodam naturali

situate

seruare tenentur: Glossa *in d. l. Gallus §. si forsitan.* Connanus, *lib 1. commentar. Iuris Ciuilis*, & ostenditur ex definitione patriæ potestatis, quæ sic habet:

Patria potestas est ius quoddam, quod habent patres in filios ob amorem, & vtilitatem illorum: quæ quamuis à principio ad Romanos tantùm ciues verificaretur propter eorum commoditatem, & honestatem; conueniens maxime fuit, vt ad omnes prouincias protraheretur: ita vt filij, qui emancipati non sint, nec vxorati, sint in potestate patris, etiamsi annum vigesimum quintum excedat.

Neque standum est legi Lusitanæ antiquæ, *lib. 1. tit. 67. §. 6. & 31.* dicenti, filios, & nepotes per lineam masculinam esse sub potestate Aui, & Auum habere vsumfructum bonorum ad eos spectantium: quia hæc lex omnino sublata est: ac proinde hodie, mortuo patre, filij incidunt in tutorum, ac curatorum manus, quamuis Auus paternus existat.

Imò viuente patre, si filius impubes exeat à potestate patris per emancipationem, sub protectione tutoris, ac curatoris residet: vt habetur *Instit. de fiduciaria tutela*, §. 1. sed dum filius tamen residet sub patria potestate, non eget tutore, nec curatore: nam pater per id tempus omnia bona filij administrat, quamuis sint bona Castrensia, aut quasi castrensia, per text. *in d. l. nostra, lib. 1. tit. 87. §. 6.* ibi: *que per direite he seu legitimo administrador*, quod est verum secundùm communem, vt tradunt Molin. *tract. 5. disp. 229. vers. hinc melius*, Mendes à Castro *in l. cum oportet p. 5. num. 121. C. de bon. qua liber.*

Porrò hoc adeo est verum, vt ad decernendam sibi administrandi facultatem in bonis filiorum non sit opus decreto Iudicis; quia pater per legem est legitimus administrator, *l. 1. C. de bonis maternis*, tenetúrque bona aduentitia filiis conseruare, quoad proprietatem, poterítque expendere eorum fructus, quandiu filios habuerit in sua potestate.

Ex fructibus tamen faciat pater expensas litium super eisdem bonis, si moueantur: ita Alexand. *in l. vsufructu, num. 3. ad l. falcidiam*, Crotus *in l. frater à fratre num. 151. ff. de condict. indebiti*, & Pinel. *in l. 1. p. 5. num. 68. C. de bonis maternis.* Quod non procedit in quocumque alio habente vsumfructum ex dispositione hominis, qui non tenetur nisi ad expensas litium minimas, *per l. hactenus, ff. de vsufructu*: ad magnas autem ex eisdem fructibus facere non tenetur: ita Bald. & Angel. *in l. 5. §. vsufructuarius, ff. de vsufructu*, quod discrimen displicet Pinello de bonis maternis, *in l. 1. 2. p. num. 68.* sed illud placet Gomesio, *de contractibus cap. 15.* & Pico, *in l. Titia, cum testamento, §. Titia cùm nuberet, q. 58. ff. de legat. 2.* & aliis, quos refert Gozadin. *cons. 94. num. 37.* & Molin. *de primog. lib. 1. cap. 27. num. 11.*

Non tenetur autem pater legitimus administrator in his bonis, in quibus habet vsumfructum, cauere de bene vtendo & fruendo: per text. *in l. final. §. sin autem ff. de vsufructu*, quia patri hoc conceditur propter reuerentiam illi debitam. Ex quo aliqui inferunt non teneri patrem habentem vsumfructum in peculio aduentitio filij conficere inuentarium; siquidem non tenetur reddere rationem suæ administrationis, vt probat Roland. *cons. 49. num. 15. vol. 5.* vbi ait, non teneri reddere rationem filio, nisi de bonis, in quibus non est legitimus administrator, *per l. litis. §. pater*, & ibi Bart. *ff. de neget. gestis*: ergo non tenetur conficere inuentarium; quandoquidem non debet reddere rationem: quæ sententia est probabilis secundùm Bald. & Pinel. *vbi supra*, & Cynum, *in d. l. cùm oportet, quæst. penult.*

Contraria tamen est probabilior, posse scilicet patrem compelli per Iudicem ad conficiendum inuentarium, ex illa regula: *Obligatus restituere, tenetur inuentarium conficere*: ita Guido Papæ *de forma inuentarij, & cons. 42.* Paulus *in l. cum tale §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Item, quia vt ait Bart. *in l. 2. ff. soluto matrim.* quod mihi prodest, & tibi non nocet, debes facere: vt decernitur, *in l. in fundo, ff. de rei vendic.* vt tollatur fraudibus occasio. Quod etiam procedit de iure Lusitano *lib. 1. tit. 87. §. 6.* ibi: *Dentro do dito mes o Iuiz mandara ao pay desse menor que faça inuentario de todos os bens meuens, e de rais.* Vnde non manet occasio dubitandi, ita Mendes à Castro, *in l. cum oportet, part. 2. num. 121. Cod. de bon. qua liber.* & alij communiter.

De iure etiam Castellæ certum est filium esse sub patria potestate quandiu non est vxoratus, neque emancipatus. Et quamuis de iure antiquo Romanorum, per matrimonium filij non exirent à patria potestate, *l. 2. §. quod in patris, C. de nuptiis, l. si vxorati, C. de conditionib. insertis*, & abundè Tiraquel. *de legib. connubialibus l. 1. num. 1.* de iure tamen Castellano, filius, aut filiæ exeunt à patria potestate per contractas nuptias, & qui semel exiit à patria potestate, non reincidit, & semper remanet sui iuris, Castillus *in l. 47. Tauri & l. 8. tit. 5. lib. 5. noua recopilat.* & constat ex *l. qui libertus ff. de adoptionibus*, quamuis causa cesset, ob quam libertus fuit, Glos. *in l. final. C. de consulibus lib. 12.* Quod procedit etiam quandu altero coniuge mortuo alter superstes est, non propterea reincidit in patriam potestatem, vt apertè notant verba legis, ibi. *pera siempre*: & per *d. l. qui libertus.* 6

Ideò non reincidit, dummodò nuptiæ sint contractæ seruata solennitate à Concilio Tridentino inducta. Nam eà seruatâ coniugati fiunt emancipati, nec iam acquirunt patri ex bonis suis aduentitiis: *l. 9 tit. 1. lib. 5. noua recopil.*

Illud etiam additur *in d. l. 47. Tauri*, ad effectum, vt contrahentes matrimonium fiant sui iuris, & censeantur emancipati, vt ibi dicitur, *pera siempre*, opus esse de iure Castellæ pro forma, & substantia, quod nuptiæ sint celebratæ cum velationibus, & solennitatibus Ecclesiæ, vt *ibi* dicitur, *casado, è velado*, ita vt copulatiuè implementum vtriusque requiratur, per text. *in l. si quis ducenta §. 1. ff. de rebus dubiis, & in l. si te solum vers. fin. ff. de hared. institut.* Paul. Castrensis *in l. non sine, C. de bon. qua liber.* dicens, si in aliqua lege aliquid ponatur denotans aliquam solennitatem, & consummationem matrimonij, non esse ab ea recedendum, quod *ibidem in d. l. non sine*, sequitur Corneus; tum quia quando Statutum nititur in aliqua qualitate, quæ censetur requisita pro forma, in primis & ante omnia debet de ea constare, per text. *in l. 1. §. habet itaque ff. si quis testamento liber esse iussus fuerit*, & tradunt Angel. & Alberic. *in l. prætor ait, la 2. §. hac autem actio, vers. decere ff. vi bonorum raptorum.* 7

Cum ergo *d. l. Tauri 47. verbo cazado, y velado*, fundet se in qualitate velationis, debet præcedere complementum vtriusque, vt exeant contrahentes à patria potestate: text. *in d. l. 1. §. ait prætor, ff. ne quid in flumine publico.* Quæ est doctrina Baldi, *in d. l. non sine, C. de bon. qua liber.* Gutier. *in pract. lib. 5. q. 9. num. 4. pagina 43.* & Menchac. *de successionum creatione, § 4. num. 17.* vbi tradit hanc praxim esse vsu receptam.

Dubitatur velationum nomine quæ veniant? 8
Respondeo venire benedictiones nuptiales: atque

ita

ita si non recipiantur à contrahentibus, vel si differantur, quamuis sint coniugati non egrediuntur à patria potestate, & patres eorum semper retinent vsumfructum in omnibus bonis aduentitiis eorum: probatur *ex d. iure communi*, in quo non liberantur vxorati à patria potestate per matrimonium legitimè contractum: & ius Castellanum petit copulatiuè matrimonium, & benedictionum nuptialium susceptionem, vt vxorati exeant à patria potestate.

9 Ex dictis sequitur hodiè per istam legem 47. *Tauri*, nepotem susceptum ex filio desponsato duntaxat per verba de præsenti, absque velatione pro forma à lege inducta, ac requisita, esse adhuc sub potestate Aui, sicuti de iure communi statuitur, quia pater illius non fuit velatus, quamuis fuerit coniugatus.

Quòd si nuptiæ fuissent velatæ, contrahentes efficiuntur tunc sui iuris, ac emancipantur in omnibus, & per omnia quoad omnes effectus tam fauorabiles, quàm odiosos ipsis filiis, & filiabus, vt dicitur *in ead. in l. Tauri 47. verbo, en todas las cozas pera siempre.* Idcirco post contractum matrimonium, & velatum, filius iam non acquirit patri, sed sibi: idem de nepotibus: & possunt esse in iudicio, inconsulto patre, *l. final §. necessitate C. de bon. qua liber.* Et gaudent reliquis priuilegiis, quibus fruuntur emancipati, Castillus *in d. l. 47. verbo, por emancipado*, & *ibi* Gomes. *n.* 3. Matienso *lib. 5. recopil. tit. 1. l. 8. Glos. 3. n. 1.*

10 Idem dico, si filius concipiatur antequam pater illius per matrimonium, cùm benedictionibus Ecclesiæ, obtineat emancipationem, quamuis natus sit post benedictiones susceptas, & consequenter, postquam pater est emancipatus: quo non obstante filius sic nascens remanebit in potestate Aui, donec emancipetur; eò quia, *lex illa 47. Tauri*, liberat à potestate patria filium, non autem nepotem conceptum ex filio nondum sui iuris: ac proinde nepos ita natus persistet sub Auo, quia fuit conceptus tempore, quo pater nondum erat emancipatus: atque ita eius filius ad Aui potestatem pertinebit.

11 Nec obstat dicere natum ex ancilla, quamuis tempore conceptionis mater fuerit serua, si tempore natiuitatis libera iam sit, liberum esse, in fauorem libertatis, vt notat Angel. *in §. illud autem, Institut. quibus modis ius patria potestatis soluitur, statim in principio, notabili 1. & num. 2.* Quia respondetur id cócedi in fauorem libertatis: at *§. illud*, sic ait ibi: *Si nurus tua ex filio suo conceperit, & filiū postea emancipaueris, vel in adoptionem dederis, quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur.* Sic ibi.

Vndè patet nepotem ita conceptum, quamuis è patre emancipato nascatur, esse sub Aui potestate, donec ipse nepos emancipetur: quoniam attenditur ad tempus conceptionis. At verò vt natus ex ancilla consequatur libertatem, satis est, quòd mater sit libera, vel tempore conceptionis, vel gestationis, vel natiuitatis: ita Angel. *supra.*

12 Illud etiam certum est filium non exire à patria potestate ratione ætatis, quamuis sit senex, cum id nullo iure decisum sit: ita Glos. singularis, *in l. final. § pupillus, ff. de verbor. obligat. in Glos. 1.* & *ibi* Scribentes, quamuis sit miles, vel gradu Doctoris laureatus, *l. si maritus, C. de patria potestate*, & *ibi* Bald. Suar. *in l. 1. legum fori, tit. 1. l. 9. vers. vnumnata*, Matienso, *tit. 1. l. 8. Glos. 1. n. 1. lib. 5. recopil.* Pe. ex *lib. 3. Ordinamenti tit. 8. l. 2. fol. 1 x 8.* & Gomes. *in d. l. 47. Tauri n. 2.* vbi concludit, filium de iure communi semper esse in potestate patris, quamuis sit senex, & & longeuæ ætatis: proinde quamuis sit in senectute caret potestate administrandi bona sua: Less. *lib. 2. de Iust. c. 42. dub. 12. n. 6. vers. de iuramentis*, & Soar. *tom. 2. de religione, tract. de voto, lib. 6. c. 5. n. 12* & ideò cùm filius in bonis aduentitiis nihil habeat aliquando regulariter, quod possit disponere neque administrare, si habeat vota realia in præiudicium patris in quacunque ætate possunt irritari à patre, dum sit in potestate illius. Viuald. *in suo Candelabro, p. 3. cap. 14. n. 92.* post Tabien *verb. votum 2. q. 5. n. 6.*

Quæstionis est an pater habeat in potestate prolem in vtero vxoris adhuc latentem? Pars affirmãs 13
probatur, quia posthumus nondum natus potest institui hæres, vt constat *ex titulo, de liber. & posthu.* nec non potest illi aliquid legari, & donari, *l. qui filiabus, in principio, §. si quis ita, ff. de legat. 1.* Quæ bona relicta posthumo adhuc in vtero existenti debet pater administrare. Item, quia vterus habetur pro iam nato, & edito in lucem circa ea, quæ sunt in commodum illius, vt habetur, *in l. qui in vtero, ff. de statu hominum*, & bonis illius dandus est curator, *l. Titius, penult. §. si a pratore ff. de excusat. tutor.* imò, & tutor dari potest à patre ex testamento, *l. cū pater, ff. de negot. gestis, & §. cum autem. Instit. de tutelis.*

Dicendum tamen existentem in vtero non esse sub potestate patria, & ex consequenti non posse administrationem bonorum spectantium ad illum patrem tenere. Nam, non habere illum patrem in potestate constat *ex l. vlt. C. de collat. bonor. & ex d. §. cum autem, Institut. de tutelis*: ergo pater non potest administrare bona filij, nisi illius, quem habet in potestate: *l. 1. C. de bonis maternis*; posthumus autem in vtero existens nondum suus est: text. & Scribentes *in l. si vnquam, in verb. susceperit liberos, n. 24.*

Neque illi potest dari tutor, *l. si nemo tuterem, §. vlt. ff. de testam. tutela, & l. ventri, ff. de tutor. & Curator. dat. ab his*, nisi postquã natus est. Nec obstat, quod ventri datur curator: quia est ille propter administrationem bonorum. Nam tutor personæ, bonis curator datur: vt notatur, *in §. certe, Instint. qui testamento tutores dari possunt*: at posthumus nondum natus, persona non est. Proinde verum est, patrem non esse administratorem filij nondum nati: ita Alexand. *cons.* 171. viso processu, *col vlt. lib. 2.* & Bald. *cons.* 126. quidam nobilis *lib. 2.* quod de verbo ad verbum transtulit *cons.* 137. *eodem lib. 2.* & vtrobique resoluit, Patrem aut Auum paternum non posse quicquam agere quasi administratorem illius vteri.

Nec obstat posse dari curatorem: hoc enim fit, quia censetur natus quoad id, quod redundat in vtilitatem illius, sicut postea, si nascatur admittitur ad succedendum, rumpitque testamentum, ac remouet proximiores, *l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognati.*

Difficultas tamen est, an omnes filij sint in patria potestate? Certum est; omnes esse, qui 14
sunt ex legitimis nuptiis procreati, text. *in l. item in potestate, ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris*, ibi: *in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreauimus*: & *in l. nam ciuium, eodem titulo* ibi: *patres familias sunt, qui sua potestatis sunt, siue puberes, siue impuberes: filiifamil. qui sunt in aliqua potestate.*

Ex quo infertur natos ex parentibus inter quos 15
non potest contrahi matrimonium validum, quales sunt spurij, non esse in patria potestate: ita communiter.

De naturalibus anceps est quæstio, an sint in potestate patris? Negat Valasc. *consult. 94. à num. 3. & consult. 151. num. vlt.* & Ferdinandus Paz *in tract. de excusandis parentibus, num. 53. & 54.* Sed meliùs affirmat esse in potestate patris Benedic.

Pinel,

Pinel. *lib. 1. selectarum, cap. 8. n. 22.* Saltem in Lusitania vbi naturales filij ignobilium æqualem habẽt sortem cum filiis legitimis; & patri pedestri, sicut legitimi filij succedunt: ita Cald. Pereira *in l. si curatorem, in verbo, sine curatore n. 94. vers. ex qua primò infero, C. de in integrum restitutione*: accedit Barbos. Vimarensis *in Remissionib. ad Ordinationem Regiam lib. 4. tit. 92. in principio n. 5. & 6.* quia nulla ibi per legem Lusitanam fit differentia inter hos filios naturales, & inter procreatos ex legitimis nuptiis, quoad legitimas portiones: ergo pari ratione esse in potestate patris dicendum est, additque *ibi* Cald. *vbi proximè, vers. secundò infero*, posse naturalibus à patre dari tutorem in testamento.

Insuper infert etiam naturales patribus acquirere, & vsumfructũ in bonis aduentitiis ad patres pertinere, de quo § *sequenti n. 41.* etiam attento iure Lusitano, & iure communi, *l. placet, ff. de acquirenda hereditate.* Quinimò subdit in fideicommisso relicto si sine liberis decesserit, filium naturalem comprehendi, excluderéque substitutum: quod quamuis sit probabile, contrarium vt probabilius tuemur, sequuti *supra disp. 2. de obligat. parentum § 6 ex num. 170. & num. 181.*

EPITOME.

16 Filius quid acquirat patri in aduentitiis, dictum est *n. 15.* & dicemus *infra n. 41.* latiùs: tamen in profectitiis ipsi acquirit dominium, proprietatem, vsumfructum, & administrationem, Azor. *tom. 2. lib. 2. cap. 19.* & Molin. *de Iust. tom. 1. tract. 2. disp. 233. in principio vers. 1. huiusmodi autem,*

17 Cæterùm si pater dissipet bona aduentitia filij in eo casu conceditur actio vocandi patrem in iudiciũ, si id faciat sine causa iusta, Bart. *in l. vlt. §. minores C. de sententiam passis l. imperator ff. ad Trebel.* Mol. *tom. 1. tract. 2. disp. 228. pag. 1417. § quidam alij,* Azor *supra §. quartus effectus, vers. deinde quæres,* & tenebitur pater reddere rationem pro mala administratione Bald. & alij *in l. cum oportet. §. vlt.* per text. *ibi*, & Glos. *in § non autem, C. de bon. quæ liber.* Concordat Ordinatio Lusitana *lib. 1. tit. 9. §. 4. vers. e bem assi, & vers. se o dito pay dissipar, gastar, &c.* vbi deciditur propter malam administrationem bonorum filij posse patrem vocari à filio in iudicium, ad eum finem, vt sibi tradantur ea bona, patérque priuetur eorum administratione. Curia Philipp. *p. 1. §. 10. n. 4.* concordat *l. 2. tit. 2. p. 3.* & *ibi* Greg. Lop. & Glos.

Ad hæc dici potest bona patris esse hypothecata pro bonis filij à puncto malæ administrationis, vt habetur, *in d. §. vlt. l. cum oportet,* & ab eo articulo esse reum de mala administratione: ita Gama *decis. 330. n. 1. & 3.* præsertim si illa mala administratio est dolosa, secundùm Negusantium, *de pignoribus, membro 4. 2. p. n. 13. & 16.* Sed meliùs resoluit doctissimus Pinel. *in l. 1. C. de bonis maternis, 2. p. n. 33.* satis esse, si pater administret negligenter, & per incuriam res deterioretur, etiam dolo cessante: quia vt remoueatur à bonorum cura, & gubernatione, sufficit dissipare cum culpa: ita Palat. *in cap. per vestras in §. 17. n. 13.* & ex aliis tradit Molin. *de primog. lib. 5. cap. 16. num. 12* post Aiclatam, *in l. generaliter, à num. 155. C. de secundis nuptiis.* 18

Iam verò si pater bona filij dissipet alienando illa quæ sunt immobilia, quæ filius defuncto patre reuocare, & recuperare potest, credit Bart. *in d. l. cùm oportet, §. non autem, n. 2.* non esse priuandum eorum administratione: ratio quia non dicuntur bona alienata; quæ possunt recuperari per filium: quæ doctrina est communiter recepta, teste Boerio, *decis. 61. n. 14.* & est vera secundùm Azor. *d. lib. 2. p. 2. cap. 19. §. deinde quæres.* Et secundùm hanc partem non conceditur filio ius agendi contra patrem in iudicio, cùm possit bona per patrem alienata filius ab emptore repetere. 19

Nihilominùs secundùm eundem *ibi*, verius est posse filium contra patrem contendere in iudicio. Idem tradit Molin. *tom. 1. tract. 2. disp. 228. §. quidam alij*: atque ita pro ea alienatione potest pater iure administrandi priuari, quamuis filius possit ea bona per obitum patris vẽdicare, quia id non fit sine magnis expensis, atque molestiis, vt bene notat Molin. *de primog. lib. 1. c. 16. n. 15.* recedẽs ab opinione Bartoli, quã etiam improbat Alexand. *in d. l. Imperator. n. 14.* dicens contrariam esse multo veriorem, cum quo consentit Barbos. *in l. si constante, n. 14. ad finem, ff. solut. matrim.* & Pinellus *in l. 1. C. de bonis maternis, 2. p. n. 35.* quorum opinioni accedo, argumento mulieris, quæ admittitur ad repetitionem dotis, quãdo bona mariti per illum alienata non sufficiunt ad dotis exactionem; nulla habita ratione, an prædicta repeti possint, necne: vt habetur, *in l. vbi adhuc 29. C. de iure dotium.*

Item quamuis filius nequeat stare in iudicio cum eo, sub cuius est potestate, vt dictum est, *disp. 2. §. 8. n. 245.* inconsulto patre, vt constat *ex l. lis nulla ff. de iudiciis & ex l. si dubitetur, §. vlt. ad finem ff. de fideiussoribus*: de fructibus tamen quos pater percepit ex beneficio filij potest filius agere cõtra patrem: ratio, quia pater non habet aliquem vsumfructum in illis perceptis, vel percipiendis, cùm sint peculium quasi castrense, atque ita si quos percepit, tenetur filio restituere, vel eorum æstimationem: vt notat Abbas Siculus, *in c. quia nos, de testam.* Cardin. Zabarel. *ibi*; quoniam pater in bonis peculij castrensis, vel quasi castrensis, caret vsufructu; eò quòd in his bonis & beneficiis filiosfam. non est in potestate patris: *c. final. de iudiciis, lib. 6.* text. *in Auth. de Sanctissimis Episcop. §. presbyteros,* idem apertè tradit Cardin. *in c. indecorũ, de ætate, & qualitate.* Tum etiam, quia filius Clericus potest de fructibus sui beneficij disponere inconsulto patre, per text. *in l. Sacros. C. de Episcopis, & Clericis,* Glos. *in c. presenti, de officio Ordinarij,* quamuis sit filiusfamil. & existat in potestate patris: Afflict. *decis. 241. num. 1. & 2.* 20 21

Neque post obitum patris quicquam ex illo peculio castrẽsi, vel quasi, tenetur filius cõferre, neque communicare cum fratribus, *l. vlt. C. de collat. d. l. cum oportet, C. de bon. quæ liber.* Valasc. *in praxi de partitionibus,*

nionil m, c. 13. *n.* 177. Quod est verum non solùm de iure communi, per quod indistinctè non sunt bona Castrensia conferenda, sed etiam de iure Castellæ per *l.* 3 *tit.* 4. *part.* 5. *& per l.* 5. *tit.* 15. *part.* 6. necnon de iure Lusitano *lib.* 4 *tit.* 97. § 58.

22 An filius autem debeat conferre, quod parentes expendunt cum filiis, in illis redimendis ab hostibus, dum detinentur in captiuitate, & ea quæ insumunt in liberandis eisdem ab homicidio, & ab aliis criminibus, non solùm casu, sed etiam consultò patratis, vide Ordin. nostram *lib.* 4. *tit.* 97. §. *nem trata, & infra* § 3. *sequentis n.* 59.

Quin potius donata filio coniugato, vt fiat ex Equestri militia, non sunt conferenda: quòd si iam sit Equestri dignitate laureatus, & ad bellum proficiscatur vxoratus, donata sibi à patre tenetur conferre, quoniam non pergit iam ad bellum, vt fiat miles, seu Equestris Ordinis: ità Gama *decis.* 140. *n.* 1. & constat ex d. Ordinatione *d. lib.* 4. *tit.* 97. § 7. *iuncto* § 9. ibi: *E aque us semos, que for dado pera Caualaria, que se nam traga acollaçam, se entende quando as cousas, que asi lhe forem dadas sam ingastadas.*

Secùs si nondum fuerint consumpta tempore mortis donantis: tunc enim debent conferri in eo statu in quo fuerint: quòd si ille non habuerit, si probetur sibi donata ad militem se erigendum reduxisse, atque vendidisse, vel consumpsisse in Regno post reditum, tenebitur conferre pretium receptum ex venditione illius. Sic *ibi.*

Ex qua Ordinatione Lusitana, constat non esse ita donata filio cælibi, quamuis sint Castrensia libera omnino ab obligatione conferendi, sed in eo casu, quo consumpta reperiantur. Longè aliter si adhuc extant, vel constet in Regno fuisse vendita, vel consumpta: nam tunc non excusatur filius ab onere conferendi: Molin. *de Inst. d. disp.* 230. *vers. inter Castrensia in medio*, Valasc. *de partitionib. d. c.* 13. *n.* 168. *& seq.* quos sequitur Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Regiam lib* 4. *tit.* 97. § 9.

23 Sequitur illa quæstio, quando possit filiusfamil. stare in iudicio cum eodem patre, vel cum aliis, eo inconsulto? Respondetur in aliquibus casibus teneri patrem præstare consensum, & posse cogi, vt vel consentiat, vt agatur contra illum, *per l. vlt.* § 1. *&* §. *necessitate*, *C. de bon. quæ liber.* vel vt auctoritate Iudicis idem consensus suppleatur, quando scilicet semel interpellatus ad consentiendum, recusauerit præstare consensum: tunc enim non est opus iterùs adire patrem, sed satis est suppleri consensum per Iudicem, secundùm text. *in l. bonorum, C. qui admitti*, & est communis inter Scribentes, *ad d.* §. *necessitate*: sequitur Alexand. *cons.* 59. *Viso. vers. secundo respondeo, lib.* 2. & hoc modo filius inhabilis, quia est filiusfamilias, fit habilis per Iudicem absolutè ad sistendum in iudicio: ita Vantius *de nullitate sententia, quibus sententiæ, n.* 87. sed de his aliqua, *suprà, disp.* 2. § 8. *n.* 245. *&* 246. vbi reperies, quæ hoc loco desunt.

Item potest filius inconsulto patre proponere in iudicio accusationem publicam, quia ius accusandi delicta publica competit omnibus, nisi alicui specialiter interdicatur: atque ita competit filio accusare; quamuis Glos. contra teneat, *in l. final. d.* §. *necessitate, Glos. magna in verbo imponenda, C. de bon. quæ liber.* vbi ait non posse accusare sine consensu patris, sed oppositum seruatur in praxi, vbi in causis criminalibus potest filius accusari, & accusare sine consensu patris, nisi sit pupillus, quia non admittitur is ad accusandum, nisi suam, vel suorum iniuriam persequatur: Iul. Clar. *in pract. criminali.* §. *vlt. q.* 14. *vers. sed quid in fil. usfamil.* Farin. *in praxi lib.* 2. *tit.* 2. *q.* 12. *n.* 10. neque de hoc dubitandum censet in criminalibus, siue de publico, siue de priuato crimine agatur.

Item quando filius nomine alieno agit in iudicio, tunc excusatur auctoritas patris, iuxta Glos. *in c. vlt.* § *vlt. de Iudiciis, lib.* 6. Potest enim sine patris consensu filius constitui procurator ad negotia, & ad iudicia, text. *in c. qui generaliter*, § 2. *de procuratoribus, lib.* 6. Menoch. *de recuperanda possessione, remedio* 15. *n.* 307. Barbos. *in l.* 3. *n.* 5. *ff. solut. matrim.* Ascan. *de patria potestate, effectu* 4. *n.* 9. quos refert ac sequitur Barbos. *in Remissionib. ad Ordin. Regiam, lib.* 3. *tit.* 9. § 5. & Thomas Vaz. *allegat.* 20. *n.* 9.

Et quamuis filius vt fiat procurator ad iudicia, requiratur ætas vigesimum quintum annum excedens, *ex c. vlt.* § *vlt. de iudiciis, lib.* 6. *& ex d. c. qui generaliter*, § *vlt.* & tradunt Molin. *de Inst. disp.* 228. *vers. excipitur secundo*, & Thomas *d. n.* 9. apud tamen nostrates leges *d. tit.* 9. § 5. vt constituatur procurator, sufficit ætas septemdecim annorum, siue ad negotia, siue ad iudicia creetur procurator.

Nihilominus esto, filius patre inconsulto possit stare in iudicio pro bonis aduentitiis, in quibus pater non habet vsumfructum, teste Barbos. *in l. Gallus, n.* 19. § *quod si in patris, n.* 28. *ff. solut. matri.* vbi etiam dicit filiam regulariter posse dotem petere aduentitiam inconsulto patre: Attamen probabilius est non 24
posse filium sistere in iudicio in hoc casu, sine consensu patris; quamuis non habeat vsumfructum: Mendes à Castro *in l. cum oporteat*, 2 *p. n.* 134. quia indistinctè credit Soar de Paz, *in praxi* necessarium esse patris consensum, 1. *p. tom.* 1. *tempore* 2, *n.* 15. *vsque ad* 18. Molin. sequitur, *d. disp.* 228. *vers. hoc vero non est intelligendum.* De filia autem idem esto, de qua *supra d. disp.* 2. § 8. *n* 245 *vers. probabilius tamen.*

Quando autem consensus patris ad sistendum in 25
iudicio præstandus sit à patre, dictum est, *supra. d. disp.* 2. § 8. *n.* 250. An autem filius Clericus dum est filiusfamil. possit testari patre inconsulto, dictum est *supra. disp.* 2. § 8. *n* 233. posse de bonis Castrensibus,
seu quasi Castrensibus; non tamen potest nocere 26
parentibus in acquisitis ante Clericatum, neque in 27
sua portione, neque in vsufructu.

De minoribus autem Clericis quomodò possint 28
testari: Vide *d. disp.* 2. § 8. *n.* 234. *&* 235. *& seqq.*

§. II.

De effectibus patriæ potestatis.

EPITOME.

DE infinitis effectibus patriæ potestatis, Ascan.
Clemens *hoc loco. cap.* 6. Castillus *de vsufructu*, 29
lib. 1. *c.* 3. *n.* 9. Molin. *de Inst. tract.* 1. *disp.* 218. Azor. *Instit. moral. p.* 2. *lib.* 2. *c.* 19. Petr. Gregor. *in Syntagm. iuris, lib.* 11. *cap.* 5. *&* 6. *& cap.* 8. *per totum*, *& nos n.* 29. 30. 31. 32. 33. *vsque ad num.* 40.

41 *Primus effectus patriæ potestatis est acquisitio filij ad patrem, & cur?*
42 *Secundus effectus est facultas vendendi filios.*
43 *Tertius non esse integrum filio contendere cum patre nisi in casibus exceptis, vt videre est § præcedenti, n.* 23.
44 *Quartus effectus secundum aliquos, est obligatio alendi patres. Sed de hoc, supra.*
45 *Quintus effectus est potestas pro delictis puniendi filios. Sed de hoc etiam, supra.*
46 *Sextus effectus secundum aliquos, est fieri heredem filium illius, sub cuius est potestate.*
47 *Septimus effectus apud Romanos est habere patrem in filium, ius & potestatem vitæ & necis.*
48 *Quibus nationibus erat integrum filios accidere.*

49 *Parentum*

49 *Parentum in filios potestas ex naturali iure descendit.*

50 *Parentes, qui filios interfecerunt.*

51 *Parentum nimia potestas in filios, quando restricta fuerit.*

52 *Parentes qui filios occiderunt quomodò punirentur a legibus Platonis, & Ægyptiorum.*

53 *Parentes à filiis occisi.*

54 *Parricidis supplicium impositum, quale olim, & quale hodie.*

55 *Parricidy pœna quando cœperit, & qui primi ea puniti sunt apud Romanos, & apud alias Nationes.*

29 IN primis meritò improbantur, qui de iure Digestorum existimarunt non acquiri parentibus de iure antiquo bona aduentitia filiorum; nam de eo iure in solidum bona aduentitia filiorũ, tam quoad dominium, quàm ad vsumfructũ patri quærebantur.

30 Postmodum verò ex noua Iustiniani decisione, vsusfructus tantùm illorum bonorum comparatur, quorum antea plenum dominium comparabatur, sicut hodie vsusfructus duntaxat acquiritur patri, non autem plenum dominium: text. *in l. cùm oportet, & in l. final. C. de bon. quæ liber.*

31 Quod autem patribus olim in solidum aduentitia adquirerentur, tam ad dominium, quàm ad vsumfructum: hodie autem vsusfructus duntaxat illis, & filiis proprietas reseruetur; tradit Cald. Pereira, *in l. si curatorem habens, verbo, læsis, n. 121. vers. quæ est communis sententia,* Azeued. *in l. 9. tit. 1. n. 8. lib. 5. nouæ recopil.* & vltra illos Gregor. Lopez, *in l. 5. tit. 17. partita 4. verbo el vsufructo,* Mendez à Castro, *in d. l. cùm oportet, C. de bon. quæ liber. 1. p. n. 1. & 2. p. n. 74.*

32 Quod adeò certum est, concedi scilicet patri propter patriam potestatem vsumfructum; vt in omnibus casibus in quibus pater habet vsumfructum, fiat legitimus administrator bonorum filij, & tam in iudicio, quàm extra possit habere curam omnium absque decreto, seu facultate Iudicis, text. *in l. 1. C. de bonis maternis.* Bertachin. *in repertorio, 3 p. litera P. vers. pater administrator,* Gomez. *in l. 48. Tauri, n. 14.* Mendez à Castro *supra, in d. l. cum oportet, 2. p. n. 121.* Petr. Barbos. *in l. 3. n. 7. ff. solut. matrim.*

33 Hanc autem potestatem habet pater etiam in illis, quæ exigunt speciale mandatum, vt probat Bursatus *in cons. 21. n. 4. lib. 1.* eò quia habet à lege maiorem potestatem, quàm alij administratores, prout vult Iacob. Medellus de Alba. *in cons. 286. n. 6. lib. 2.*

34 Quinimò ex legis dispositione legitimus est tutor filij emancipati; sicut filij familias est legitimus administrator, *l. si superstite,* vbi Doctores communiter, *C. de dolo, §. 1. Institution. de legitima parentum tutela, §. 1. de fiduciaria tutela, l. 10. tit. 16. part. 6.* Iason. *in l. si infanti, n. 8. C. de iure deliberandi, & in l. Præses, n. 3. C. de transactionibus,* & Cald. Pereira *in d. l. si curatorem habens, verbo læsis, n. 138. vers. pater autem.*

35 Nec desinit pater esse tutor quamuis transeat ad secundas nuptias, *l. generaliter,* & ibi Angel. *C. de secundis nuptiis,* Bald. *in Authent. eisdem pœnis, n. 8. C. de secundis nuptiis,* Bertachin. *in repertorio, d. litera P. vers. pater tutor,* & alij, quos referens sequitur Baëça *de decima tutori præstanda, cap. 4. n. 52.*

36 Quæstionis est, an pater ex dispositione legis legitimus administrator bonorum filij, censeatur cum filio societatem contractam habere? Responsio est negatiua, nec tenetur lucra cum filio communicare, quamuis bona simul possederit, & magna lucra comparauerit: ita in specie Palacios Rubios, *in repetitione rubrica, de donationib. inter virum, & vxorem, §. 62. n. 31.* & sic de facto fuisse iudicatum, quia non censetur viuere cum filio, in societate.

Sed quid, si filius contrahat matrimonium inconsulto patre. Responsio sit patrem non habere deinceps vsumfructum bonorum filij, sed ei necesse illum liberum, & integrum dimittere: ita Cifuentes, & Gomes. *in d. l. 48. Tauri, n. 6. vers. quam item intellige,* quia lex illa Regia non requirit consensum patris; sed ait, quòd filius obtineat vsumfructum, vbi primùm contraxerit matrimoniũ, & benedictiones Ecclesiæ susceperit, vt cõstat ex illis verbis, ibi: *Mandamos, que de aqui adelante el hyo o hija caZando se, y velandose ayan para sy el vsofructo de todos sus bienes.* 37

Quare cùm non distinguat hunc casum, nec nos distinguere debemus, ex regula *legis, de pretio, ff. de publiciana in rem actione,* & cùm loquatur generaliter, omnes casus comprehendit; quamuis maior ratio militet in vno, quàm in alio: *l. 1. §. & generaliter, ff. de legat. præstandis.* Decius *in c. sedes, n. 11. & 12. de rescriptis, & in cons. 20. n. 3.* Mieres *de Maioratu p. 1. q. 1. num. 30. & 31.* & Surdus *cons. 34. num. 3. & cons. 132. n. 15. lib. 1.* 38

Ambigi etiam potest, an paterfamil. per ingressum religionis amittat vsumfructum, quem ratione patriæ potestatis habet in bonis aduentitiis filiorum? Pars affirmans ex eo probatur, quia conceditur vsusfructus à lege patri propter patriam potestatem, & hoc ius cessat facta professione, vt Scribentes *in l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris:* ita Decius, *in c. in præsentia, de probationib.* Costa *in cap. si pater, 2. p. verbo, testatore mortuo, de testam. num. 9.* Item, quia pater per ingressum religionis facta professione transit in potestatem Superioris, *c. non dicatis. 12. q. 1. c. vlt. de sepulturis, lib. 6.* atq; ita pater non potest habere filium in potestate, quoniam ipse in potestate alterius est; per *l. sic eueniet, ff. ad l. Iuliam de adulteriis.* Quare non potest retinere vsumfructum, quem ratione patriæ potestatis acquirit. 39

Ad quem ergo pertinebit vsusfructus post professionem patris? Duplex est sententia: Prima tradit vsumfructum pertinere ad filium: quia lex concedit illum ratione potestatis patriæ; cùm ergo pater post professionem censeatur mortuus, & mortuus non sit capax huius iuris; debet vsusfructus redire ad filium, & consolidari cum proprietate: ita Couar. *in c. 2. de testam. n. 8. col. 3.* vbi plures refert, Gregor. Lopez etiam sequitur, *in l. 5. tit. 17. partita 4. verbo el vsufruto.* & Ceuallos *commu. contra commu. q. 64. n. 4.* 40

Secunda vult, vsumfructum spectantem ad patrem ratione patriæ potestatis, per professionem transire ad Monasterium capax bonorum, dum vixerit Monachus; quia vsusfructus, vt morte finiatur, debet esse mors naturalis, non autem ciuilis, vt est professio; nam Monachus professus adhuc viuit, & ideo ad Monasterium transire vsumfructum, colligitur *ex Authent. idem est, C. de bon. quæ liber.* & Glos. *ibi,* quam probant, *ibi* Paul. Bald. Cornens, Bart. item *in d. Authent. ingressi, n. 49.* & Boërius *in d. cap. in præsentia n. 522. & in Authent. idem est, C. de bon. quæ liber.* opinatur, dimidiam partem vsusfructus pertinere ad Monasterium, alteram verò ad filium, sicut quando pater filium emancipat, iuxta text. *in d. l. cùm oportet, C. de bon. quæ liber.*

Relicta ergo opinione Bartoli, quam improbant aliqui apud Castillum *de vsufructu c. 64. n. 7.* dicendum est, vsumfructum per professionem non finiri, sed transire ad Monasterium viuente Monacho; & custodiam, & administrationem bonorum non cessare in proposita quæstione, quia Officiales, & alij ministri Monasterij poterunt bona illa gubernare, custodire, & administrare.

Ex dictis satis constat primum effectum patriæ potestatis esse acquisitionem ad patrem, vt dictum est, circa vsumfructum in bonis aduentitiis filiorum: 41

l.1.C.de bonis maternis, l.cùm oportet, C. de bon. quæ liber.§.igitur liberi vestri, Gomez.*in l.48.Tauri,n.5.* Surd.*in cons.116.n.2.lib.1.*

Hæc autem potestas necessaria ad acquisitionem vsusfructus ex bonis aduentitiis sufficit, si tempore acquisitionis interueniat, & postquam semel sortita est effectum, quamuis extinguatur, non extinguitur vsusfructus semel quæsitus: ita Gomez. *in l.6.Tauri n.11.& in l.48.n.5. vers. nec obstat prædictis*, Pinel.*1.p.legis primæ,C. de bonis maternis,n.39. & n.42.* Molin.*de primog.lib.1,cap.19.n.20.& lib.2. cap.9.n.24.* Gutier.*lib.3.pract.q.78.n.3.* & Matien. *in l.9.tit.1.lib.5.nouæ collectionis Regiæ,glos.1.n.6.*

Ratio est, quia vsusfructus formalis non extinguitur nisi morte naturali, non autem Ciuili, vt interpretatur Glos.*in d. Authent.idem est,C.de bon.quæ liber.*Glos.*in Authent.ingressi, C. de sacros. Eccles.*& est opinio receptior, vt notat Gutier.*lib.2.Canonicarum,c.1.n.100.in fine*, vbi ait non esse recedendum ab hac opinione in iudicando, Ceuallos *d.q.64. n.1.& 2.* Vnde mortuo vsufructuario naturaliter vsusfructus consolidatur cum proprietate ipso iure: nec opus est, quòd proprietario aliqua fiat restitutio, Imol.*in cons.16.viso casu transmisso.*

Ratio autem quare vsusfructus finiatur morte, & cum proprietate consolidetur; est, quia vsusfructus est ius personale, personæ cohærens: *l.1.ff. de seruitutibus, l.3.§.final. ff. quibus modis vsusfructus amittitur*: ergo persona extincta, extingui debet, neque in hæredem etiam vniuersalem transire potest: *l.non solum 9.§.1ale, ff.de liberatione legata, l. vsus aquæ,22.ff.de vsu & habitatione.* Item quia hoc manifestè deducitur ex verbis ipsis Imperatorum atque Iurisconsultorum: idcirco ita fuisse statutum, vt morte vsufructuarij, non autem morte proprietarij finiretur: text.*in l.si patri tuo, C.de vsufructu*, vbi ex communi omnium sententia obseruat Ioan.Sichardus *de vsufructu n.4.& 5.*

42 Secundus effectus patriæ potestatis potuisse olim patrem iure Romanorum vendere filios, cui voluerit, vt ait Dionysius Halycarn. *lib.2.* vbi ait: Romulum Legislatorem maiorem patribus Romanis in suos filios potestatem concessisse, quàm heris in suos seruos: nam seruus semel venditus, si à nouo Domino manumitteretur, sui iuris fiebat: at filius non ante sui iuris fieri Romulus voluit, quàm ter à patre suo venditus, ter à suis Dominis manumissus fuerit: sic ille.

Quæ tamen vendendi facultas posterioribus Iurisconsultorum, & Imperatorum temporibus, non videtur itidem valuisse: quinimò non solùm vendere, verùm & pignori accipere sub deportationis pœna, vt ait Paulus, *in l.fin.ff. qui res pignori*, vetitum erat, nisi fortè pater in eam paupertatem deuenisset, vt non nisi ex filij, aut filiæ venditione sibi victum quærere posset: tunc enim filium vendere patri fas erat, & multò fortius pignori dare; quamuis Accursius contrarium somniet, *in l.2.C.de patribus, qui fil.distraxerunt.* Quem sequitur Iason *in l.in suis n.28 ff.de liber.& post h.* sed reiciuntur, vt constat ex Pinello *in 2.p.rubricæ,C.de bonis maternis,n.20.* Molin.*lib.4.de primog.c.5.n.13.* Couar.*3.var.c.14.n.4.*

Confirmatur ex Constantini Imperatoris sanctione, his verbis concepta, *in l.2.C.de patribus, qui filios distraxerunt. Si quis*, inquit, *propter nimiam paupertatem, egestatémque, victus causa filium filiámve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi eius seruitij habeat facultatem*: sic ibi.

Nec mirum si propter famem, & necessitatem hoc parentibus leges permittant, cùm hoc à paterna pietate nullo modo alienum videatur; quia satius est eo modo patrem sibi simul & filio consulere, quàm vtrumque perire.

Vnde Nehemiæ, *c.quinto*, populus fame enectus sic effatus est: Filij nostri & filiæ nostræ multæ sunt nimis: accipiamus pro pretio eorum frumentum, & comedamus, & viuamus: consonat Eusebius, *lib.9. Histor. Eccles. cap.8.* vbi refert tempore Maximiani Imperatoris multos parentes vendidisse filios suos. Quare in casu grauis necessitatis iure naturæ fas, erit parentibus filios védere, quod colligitur etiam, ex *Exodi,21.*& de iure Cæsareo, *l.1.& 2.C.de patribus, qui filios distraxerunt*, permissum; dummodo paupertas nimia sit, alioquin alienatio erit nulla.

Postea tamen quotiescunque offeratur emptori pretium pro filio vendito, manebit filius liber. Quin etiam deueniente patre ad pinguiorem fortunam, potest cogi vt filium venditum redimat, Molin.*de iust.tract.2.disp.33.fol.243.* Azor. *Instit.moral.p.2. lib.2.cap.19.fol.276.* Ex Couar.*supra* debet pater in foro conscientiæ filium redimere.

Item apud Moscouitas filiorum trina venditio permittebatur, & trina manumissio licita erat, Petr. Gregor.*in syntagmate iuris,p.1.de personis,lib.11.ex n.13.*per hæc verba, *ibi*: Si pater filium, vt mos est vendidit, & is quocunq; modo liber factus tandem, aut manumissus fuerit, pater hunc rursus, atque iterum iure patriæ potestatis vendere potest. Post quartam autem venditionem, nihil iuris amplius in filium habet: ita Sigismund. *lib. Baro. 5. in comment.rerum Moscouitarum.*

Filias denique, & sorores vendere prohibuit Solon, nisi inuentæ illæ fuissent coeuntes virgines, Petr.Gregor.*d.lib.11.de personis,cap.8.n.15.* auctore Plutarch. *in Solone.*

Sequitur dubium an egestate in graui, integrum sit patri vendere filium existentem extra patriam potestatem? Negat Glos.*in l.2.C.de patribus,qui filios distraxerunt*, consonat *l.8.tit.17.partita 4.* Imò filius coniugatus, quamuis iure communi adhuc sit in patria potestate, non potest vendi à patre in vxoris detrimentum. & ex Couar.*lib.3.variar.c.14.n.4.* non licet patri vendere filium sacris Ordinibus initiatum, etiamsi sacer Ordo filium non liberet à patria potestate.

Dicendum tamen est iure naturali permitti, tam matri, quàm patri filios vendere ob egestatem: ita Couar.*loco cit.* Sot.*de Iust.lib.4.q.2.art.2 & in 4 dist. 29.q.1.art.4.* Angel.*verbo seruitus, num.1.ad finem*, Sylu.*verbo emptio q.3.n.6.* & Armil.*verbo homo,n.2.*

Addunt prætereà absolutè, & simpliciter extra casum egestatis & inopiæ ius esse parentibus vendere filios. Apud tamē Iudæos is, qui erat Hebræus, non simpliciter, & in perpetuum vendi poterat, sed ad tempus. Nam anno septimo manebat liber, si volebat: sin minus ad annum quinquagesimum seruire quidem lege cogebatur: sed ipso anno quinquagesimo ad libertatem pristinam redibat, quæ non erat propriè venditio, sed locatio, vt colligitur ex *Hieremiæ 34.* quamuis propriè in nostro casu non loquatur. Vide Azor *2.p.d.cap.19. fol.177. per totum*, & Molin.*d.disp.33.fol.244.*

Tertius effectus est non posse filium agere in iudicio cum patre, nec patrem cum filio, nisi in aliquibus casibus, sed de hoc§ *præcedenti.* Quæ ergo ratio huius prohibitionis? non assignatur: illa tamen esse potest, quod pater, & filius censentur eadē persona, *l.final.C.de impuberum*, & apud Iurisconsultos pro eadē voce iudicātur, *§.et vero, de inutil stipulationib.* 43

Veruntamen in Gallia, hodie nulla petita venia filius potest in ius vocare patrem: & ita receptum esse ex omni causa testatur Petr Gregor.*d.c.8.n.35.*

Quartus effectus est obligatio alendi parentes, 44
quibus

quibus filij multa debent, vt docet Cicero *in oratione post reditum ad Senatum*, his verbis: Parentes charissimos habere debemus, quod ab his vita, patrimonium, libertas, ciuitas tradita est. Et Plato: fas est, inquit: parentibus prima, & maxima debita omnium antiquissima debitorum persoluere: putare enim quisque debet omnia, quæ possidet, eorum esse, qui genuerunt, & educarunt. Proinde Diogenes ille Cynicus, vt Laertius *in vita illius*, quendam, qui patrem cōtemnebat aspiciens. *Nonnè pudet, ait, eum contemnere, cui debes hoc ipsum, quod tibi placeas.*

Quare filius tenetur antidorali obligatione alendi patres, dum existunt etiam extra illorum potestatem quando egent, vt tactum est *supra*, *disp*. 2. §. 8. *n*. 226. & hoc ex iure etiam naturali, vt *ibi n*. 227. argumento Ciconiarum, quæ hanc pietatem in parentes senescentes exercent, de quibus etiam Aurelius Cassiodorus, *in lib*. 2. *epist*. 14. *his verbis*: Cùm parentes earum pennas senio coquente laxauerint, nec ad proprios cibos quærendos idonei potuerint iouenili, plumis suis genitorum membra refouentes escis corpora lassa reficiunt: & donec in pristinum vigorem ala grandæua redeat pia vicissitudine iuuenes reddunt, quod a parentibus paruuli susceperunt. Et ideo non immeritò lunga vita seruantur, qui pietatis officia non derelinquunt.

Perdicibus etiam mos est Ona perdita per alterius matris damnum sarcire, vt adoptione alienę sobolis incommoda suæ reparent orbitatis: sed mox, vt nati fiduciam habere cœperint ambulandi, ad campos exeunt cum nutrice, qui vt fuerint materna voce commoniti, Ouorum suorum potiùs genitricem petunt, quàm vt ab aliis furtiuis fœtibus educentur. Quid ergo homines facere debebunt quando, & hanc pietatem auibus inesse cognoscunt; ita Cassiod. & Petr. Greg. *supra lib*. 11. *c*. 7. *n*. 5. ex Plinio, *lib*. 8. *c*. 53. *& lib*. 10. *c*. 23. *& c*. 33. vbi concludit mures, glires, genitores suos fessos senecta alere, necnō Ciconias, & Meropes: sed de glisibus quis credet?

Hæc autem obligatio alendi parentes competit filiis, non solùm legitimis, sed etiā spuriis, & quamuis pater sit paganus, Azor. 1. *p*. *Instit. moral*. *c*. 3. *vers*. *secundo quaritur*, *fol*. 198. *col*. 2. quia affectio, & voluntas consideratur ex iure naturali, confert Baldus *in c. qua in Ecclesiar. col. vlt. de constitutionib*. eò quia filius illegitimus, etiam communis est amore: proinde esto aliquando ius Ciuile contrarium disponat, constitutio naturam immutare non potest, nec coarctare stimulos naturales: *l. amicissimos*, §. *Lucius*, *ff. de excusat. tutor.*

45 Quintus effectus patriæ potestatis est potestas puniendi filios, de quo *suprà lib* 1. *disp*. 1. §. 4. *n*. 57. Mulin. *d. disp*. 228. *pag* 1425.

46 Sextus effectus est fieri hæredem illius, sub cuius est potestate, quando est hæres suus. Nam quia ius suitatis descendat à patria potestate; non omnibus, qui sub patria potestate sunt, conuenit; neque omnes, qui patriam egrediuntur potestatem illud amittunt: Pinell *in rubrica*, *C. de bonis maternis*, *p*. 2. *à n*. 36. Mulin. *supra vers. septimum effectum.*

Vt autem aliquis hæres suus dicatur duo requiruntur. Primum, vt tempore mortis illius, cui hæres existit, in eiusdem fuerit potestate. Excipitur posthumus, qui quamuis nunquam sub potestate patria fuerit, comparatione tamen patris in cuius potestate statim futurus erat, si natus esset, & talis pater non moreretur, hæres suus dicetur. *Instit. de hered. qua ab intestato*, §. *posthumi quoque*, quia lex ipsa reseruat filio posthumo omnia iura, quæ habiturus esset, si viuo patre nasceretur in tempus natiuitatis: ergo meritò reseruat sibi suitatem: Gomes. *variar. tom*. 1. *cap*. 9. *n*. 14. *vers. posthumi quoque.*

Secundum quod requiritur, vt hæres dicatur suus, est, vt nullus alius in eadem linea sit intermedius, cui primum illud requisitum competat. Nam quandiu filius est hæres suus, nepos ex filio natus non potest esse hæres suus respectu Aui quamuis in potestate Aui sit: filio autem emancipato, vel defuncto, tūc nepos natus ex filio est hæres suus respectu Aui, Gomes. *d. cap*. 9. *n*. 8. *vers. item etiam* Molin. *disp*. 178. *per totam*, vbi agit de retinētibus priuilegia suitatis.

Suitas est quoddam ius ex naturali coniunctione, & patria potestate natum & productum, intellectuale, directum, non flexibile, dominij bonorum continuationem ad descendentes proximos post mortem immediatè inducens; ita Gomes. *tom*. 1. *var*. *c*. 9. *n*. 16. *vbi num*. 13. ostendit, qualiter suitas possit esse & consistere sine patria potestate, & Bart. *in Authent. ingressi*, *C. de sacros. Eccles. col. penult. n*. 67. quia cùm patria potestas sit inuenta per ius Ciuile, vt habetur *in l. nam & ciuium*, *ff. de his qui sunt sui*, *vel alieni iuris*, & vt dicitur *in* §. 2. *Inst. de patria potestate*, consequenter suitas, quæ producitur ab illa aliquando potest per ius Ciuile induci sine patria potestate.

Septimus effectus est habere patrem in filios potestatem necis, & vitæ *l. fin. de patria potestate*. Petr. Gregor. *d. lib*. 11. *de personis*, *c*. 8. *n*. 3. vbi reddit rationem ob quam fuit concessa facultas occidendi filios; quia crediderunt Legumlatores non eò crudelitatis parentes esse peruenturos, vt filios absq; causa occiderent: item vt hoc modo in parentes officium suum reuerendi filij exercerent. Non tamen temerè hæc potestas data fuit parentibus à legibus sine causa: quod patet, quoniam prohibitum fuit necari prolem triennio minorē. Petr. Greg. *supra n*. 4. Nā in hoc tēpore, neq; in ea ætate poterat esse iusta causa necis. 47

Hoc tamen ius necis in filios sublatum fuit per desuetudinem, non autem lege, vt quidam arbitrantur: quandoquidem Constantinus *per l. final. C. de patria potestate*, quondam dixit permissam fuisse in liberos mortis, & vitæ potestatem, non tamen postea prohibitam fuisse legitur, quamuis in seruos ius necis sit expressè sublatum per leges, §. 1. *Inst. de his qui sunt sui*, *l*. 2. *eodem tit*. Ratio, quia cùm Domini non eodē amore seruos suos prosequātur, quo parētes filios; necessariū fuit auferre illis necis potestatē in seruos: secùs in filios natura prohibēte partus suos occidere: quin magis diligere, ac conseruare docēte.

Iuuat Marcian. *in l. Diuus*, *ff. ad l. Pomp. de parricidiis*, sic dicens: *patria potestas cùm debeat non in atrocitate consistere sed in pietate*. Quin etiam ex Antonini constitutione, de qua *in l*. 1. *ff. de his qui sunt sui*, *&* §. 1. *Institut. eodem titulo*, docet Alexand. ab Alexand. 3 *Genialium cap*. 20. non esse licitum in seruos proprios sæuire vltra modum.

Quare sicut emendare pater filios iure patriæ potestatis non prohibetur *l*. 3. *C. de patria potestate*, *l*. 8. *&* 9. *tit*. 8. *part*. 6. Menoch. *de arbitr. casu* 364. sic etiā eos necare, nec atrociter punire non patiuntur leges: *l*. 3. *&* 4 *C. de patria potestate*, & Solorsanus, *de parricidiis lib*. 2. *c*. 8. *&* *infra n*. 51. & de seruorum punitione, diximus supra *disp*. 1. *obiter* §. 4. *ex n*. 57.

Quibusnam Nationibus olim esset integrum filios occidere, refert Diodor. *lib*. 2. non solùm Romanis, sed etiam aliis fuisse hanc licentiam licitam, & communem: quod etiam colligitur ex leuissima animaduersione cōstituta ab Ægyptiis cūtra occisores, 48

Imò Persas crudelem in filios, & in seruos, habuisse dominationem, narrat Cælius Rod. *lib*. 11. *lect. antiq. c*. 17. *ad medium*, ex Aristot. qui eorum imperium Tyrannidem nominat, *lib*. 8. *Ethicor. c*. 10. Nec non ex aliis sacræ Historiæ argumentis latè contendit probare Petr. Gregor. *supra d. lib*. 11. *c*. 4. *n*. 3. *&* 4. subdens olim in Gallia, teste Iulio Cæsare *de bello*

Gallico lib. 7. vitæ & necis potestatem fuisse parentibus; & Prospero Aquitanico Episcopo, quos referens sequitur, *lib. 2. c. 7. de parricid. fol. 135.* vbi multa hac de re exempla commemorat dictus Solorzanus.

49 Hæc autem potestas occidendi liberos non promanat ex naturali iure, quia pater, qui filios odit sine causa, non censetur pater; ideò Æschines *in Oratione contra Demosthenem* exprobrauit illi, quòd statim post filij obitum candida veste indutus luctum neglexisset.

Iob quoque *cap. 39.* homines, qui filios exosos habent, Struthioni aut comparat, cuius maxima est erga propriam prolem obliuio. *Duratur,* inquit, *ad filios suos quasi non sint sui: priuauit eam Deus sapientia, nec dedit illi intelligentiam:* eò quia amor parentum in filios multis ostenditur.

Hanc etiam naturalem in filios propensionem, & curam, Seneca, *lib. 6. de beneficiis* exprimit, & Menander vocat filios, *Philtrum humanæ mentis.* Quintilian idem declarat *declamatione 6.* dum proclamat: *O quàm graue est mori, quantè grauius, quod ego viuo superstes filij mei.* Quibus significatur, quàm alienum sit a naturali amore filiorum fata properare.

50 Parentum, qui filios occiderunt meminit Solorsan. *supra lib. 2. cap. 11. fol. 159.* inter quos Diotari, de quo Plutarch. relatus à Cælio Rod. *lib. 11. c. 17.* tradit plures habuisse filios, & vno relicto cum impe io cæteros omnes propriis manibus trucidasse. Adde in Galilæa, auctore eodem Cælio, latronem quendam septem filios cum vxore coram Rege Herode occidisse.

51 Meritò ergo hæc potestas occidendi filios parentibus ob eam rationem fuit adempta, in gratiam ipsorum parentum, quia cùm ipsi semper pro salute filiorum consilium capiant optimum, *l. final. C. de curatore furioso dand.* magna debuissent esse vitia, etiamsi iustas irascendi causas parentes habuissent, quibus incensi naturam ipsam vincerent, & amorem in filios natura insitum ex animo euicerent, & se esse patres obliuiscerentur: vnde Seneca, *lib. 1. de Clement.* refert Erixonem Equitem Romanum à populo in foro fuisse occisum, quòd filium flagellis occidisset.

52 Quibus pœnis punirentur, qui filios occidissent, constat ex legibus Platonis *lib. 34. dialog. 9. de legib.* vbi si pater, aut mater iracundia excandescentes, verberibus, vel aliter filium, vel filiam interemissent, reos esse homicidij decisum erat: supplicium tamen quod patiebantur, erat exilium triennale: & eo peracto maritus ab vxore, & vxor à marito separabantur, nec simul amplius habitabant, nec liberis procreandis tempus datum erat.

Ex legibus etiam Ægyptiorum teste Diodoro, *lib. 1.* pater occisor filij cogebatur tribus diebus, & tribus noctibus assidere palam cadauere filij demortui, vt hac pœna affligeretur, quia nullum acerbius supplicium inueniri potest, quàm filium demortuum coram conspicere, Solorsanus, *supra d. lib. 2. de crimine parricidij cap. 10. per totum.*

53 Consequens est dicere quibus pœnis, ac supplicijs digni censerentur parentum occisores: nam Solon, & Romulus nullas contra parentum occisores condiderunt leges; eò quia, vt auctor est Cicero pro Rosc. Amerino, nunquam venerat in mentem futurum aliquem, qui tam graue, & tam inmane facinus patrare auderet: quòd si quando auditum sit, portenti ac prodigij simile numeretur.

Sic ille laudat, qui Atheniensibus, vt Solon; & qui Romanis, vt Romulus leges scripserunt; & nullam in parricidas legem tulerunt, quòd non sperarent aliquem futurum, qui tam impium piaculum patraret: postea verò decursu temporis, sceleris huius singulare exemplatéque supplicium necessarium esse propter eius frequentiam morti Legumlatores cognouerunt.

Atque ita Publicius quidam Malleolus matrem suam interficiens damnatus parricidij, insutúsque corio bouino in mare proiectus est, vt refert Paul. Oros. *lib. 5. histor. c. 16. in fin.* vbi vult primum huius criminis auctorem fuisse Publicium Malleolum; nisi magis Plutarcho *in Romulum*, assentiri velis, qui hunc Lucium Hostium primum parricidam fuisse his verbis tradit, *ibi*: ac multa sæcula visus est rectè eiusmodi iniuriam futuram desperasse: nemo enim sexcentis pòst annis Romæ tale facinus perpetrauit: sed post Hannibalis bellum Lucius Hostius fertur primus patrem occidisse.

54 Crudelissimo igitur Culei ex corio bouino facti supplicio afficiebantur, qui parricidij scelus, vel testibus, vel quauis alia probatione patrasse conuicti fuerant. Sueton. tamen voluit parricidij reos supplicio Culej puniri non posse, nisi proprio ore crimen confiterentur: quia in re tam graui non debet Iudex ad pœnam descendere temerè.

55 Sed melius, qui docent sufficere probatum maleficium. D. Hieronym. *Epistol. ad Heliodorum; Summum,* inquit, *pietatis genus erit, esse crudelem.* Quasi dicat à rerum natura tollatur, qui naturam ipsam tam infami crimine violauerit. Facit sententia Tullij *supra,* his verbis; *Parricidium quominus est credibile, nisi ostenditur; eò magis, si conuincitur, vindicandum est.* Culeum autem, seu saccum è corio fuisse bouino multorum auctoritate comprobatur, præsertim ex Vidoro, *lib. 5. Ethymo. cap. 37.* ibi: *Vtrem ex corio factum in quo parricida cum simia, gallo, & serpente inclusi in mare proiiciebantur*: & quamuis Culeus fuisset ex sparto; vel è lino, vel canabi factus, frequentiùs erat ex corio, Solorsan. *de crimine parricidij, cap. 12. & cap. 14.*

Agnouit quoque parricidarum pœnam Plautus, *in Epidico act. 3. scena 2.* dicens: *Iubo hunc insui culeo, atque in altum deportari, si vis bonam annonam:* quæ pœna apud alias Nationes, sicut apud Romanos in vsu fuit, teste Plutarcho *lib. de claris mulieribus*, vbi Mithridatis tempore tradit Cyrenenses Leandrum quendam fratricidam, & tyrannicidam culeo insutum in mare iactasse. Tomyris quoque Scytharum Regina vlcisci cupiens necem filij, Cyrum occisorem illius interemit, capútque ejus in vtrem, seu culeum repletum sanguine iussit conijci cum hac inscriptione: *Satiare sanguine, quē sitisti, & enim insatiabilis semper fuisti*: ita Herodotus, *lib. 2.*

Recessisse denique hodie ab aula hanc pœnam, sunt qui teneant: inter quos Salic. & Bald. *in l. vnic. C. de his, qui parentes.* Nam Salicet. decapitatos parricidas asserit sepultura carere: Bald. autem proiici canibus comedendos. Consonant Thomas Grammaticus *ad constitutiones Neapolitanas, fol. 121. col. 2. n. 10.* & Iul. Clar. §. *parricidium n. 5.* vbi volunt antiquam pœnam abolitam in parricidas, & ordinariam ipsos subire secundùm delinquentium qualitates: ita vt alij in furcam suspensi agantur, alij iugulo pereant, & alij denique ad equorum caudam colligati pertrahantur: nunquam tamen priuantur Ecclesiastica sepultura.

---

§. III.

Quibus modis soluatur patria potestas.

EPITOME.

56 *De iure Lusitano per matrimonium ritè celebratum constat filios exire à patria potestate.*

57 De

57 *De iure Castella non item, sed post Benedictiones nuptiales.*

58 *Non egrodiuntur per matrimonium à patria potestate, de iure communi.*

59 *Per matrimonium inualidum non exitur à patria potestate.*

60 *Matrimonium celebratum in facie Ecclesiæ quando dicatur.*

61 *Quid dicendum si filia nubat vidua.*

62 *Benedictiones nuptiales iterari non debent.*

63 *Maior libertas conceditur per matrimonium filiis, quam per emancipationem.*

64 *Filij emancipati per patrem possunt incidere in crimen ingratitudinis, secus de emancipatis per matrimonium.*

65 *Filius per matrimonium exiens, an sit liber à patrio iure quoad omnes effectus sibi vtiles, & odiosos.*

66 *Quid in Lusitania Regno coniugatus, si vxor moriatur.*

67 *Filij si nubant inconsultis parentibus, an exeant à patria potestate.*

68 *Filium, aut filiam an possint parentes impedire ne contrahant matrimonium.*

69 *Pater an possint cogere filios, aut filias ad contrahendum matrimonium.*

70 *Excommunicatio lata sententia secundum aliquos fertur contra impedientes iniustè matrimonium.*

71 *Vsusfructus aduentitiorum an finiatur in patribus per matrimonium filiorum.*

72 *Impuberes vel ambo, vel alter, si contrahant matrimonium, an exeant à patria potestate antequam renouent consensum.*

73 *Matrimonium contractum ignorato impedimento an liberet à patria potestate contrahentes, dum sunt in bona fide? & n.74.*

75 *Matrimonium celebratum in facie Ecclesiæ ratificari potest sublato impedimento inter contrahentes & n.76.*

77 *Parochus, & testes quando sunt conscij impedimenti, in repetitione consensuum debent interesse.*

78 *Matrimonium post celebratum nulliter, si parochus, & testes veniant in cognitionem impedimenti ita occulti, vt nequeat probari; quid faciendum.*

79 *A quo puncto in hoc casu exeant coniugati à patria potestate, & pater amittat vsumfructum.*

80 *Impuberes contrahentes in facie Ecclesiæ, facti puberes animo maritali copulam habentes an exeant à patria potestate.*

81 *Defectu ætatis omnino occulto facti puberes possunt contrahere inter se absque parocho, & testibus.*

82 *Per emancipationem eximuntur filij à patria potestate, retinebit tamen pater dimidium vsusfructus in bonis filij, & cur.*

83 *Emancipatio quomodo debeat fieri, & qua auctoritate interueniente, & an scriptura necessaria sit? n. 84. & 85.*

86 *Emãcipatus nõ potest esse filius pro parte, sed in totũ.*

87 *De iure communi non potest cogi regulariter, vt emancipetur; in aliquibus tamen casibus potest.*

88 *Emancipatio de iure nostro coram Iudice ordinario fieri potest, sed debet confirmari a Senatoribus Palatinis.*

89 *In quibus casibus potest pater cogi emancipare filios? & num.90.91.92.93.*

94 *Filius si per multum tempus non habitet cum patre, & negotietur propria pecunia, an censeatur emancipatus.*

95 *Filius libertatem à patre præsente aduersus patrem præscribit per decem annos.*

96 *Filius, qui fuit aliquando sub potestate patris, adhuc præsumitur esse, donec probetur contrariũ.*

97 *Infantes, & absentes quomodo debeant emancipari.*

98 *Filius clericus potest emancipari à patre coram Iudice temporali.*

99 *Filius emancipatus non potest renunciare emancipationi: reuocabitur tamen emancipatio, si filius fuerit ingratus, vel negauerit patri alimenta.*

100 *Patria potestas non soluitur etiam per Ordinem, quamuis aliqui affirment.*

101 *Episcopus eximitur à patria potestate eo ipso, quod sit electus, & electioni consentiat.*

102 *Cardinalatus dignitas eximit à patria potestate.*

103 *Dignitates sæculares per quas soluitur patria potestas sunt numero decem: & quænam sint? num.103.104.105.106.107.108.& 109.*

110 *Filij per quæ delicta patrum eximantur à patria potestate.*

111 *Emancipatio filij post hæresim patris nihil valet.*

112 *Vsusfructus, quem pater habet in bonis filij, an per hæresim patris veniat ad fiscum.*

113 *Pater fidelis an amittat vsumfructum aduentitiorum, si filius fiat hæreticus.*

114 *Filius per professionem in religione militari an exeat à patria potestate.*

115 *Filius exit à patrio iure per incestas nuptias patris.*

116 *Filius exit à patria potestate, si pater fiat seruus pœnæ, & quid si à Principe restituatur.*

117 *Bannitis, Deportati, & Relegati, quando exeant à patria potestate, & quando fiant serui pœnæ? & num.118.& 119.*

DE iure Lusitano per matrimonium validum exit filius à patria potestate, vt dictum est *disp. 3.§.1.num.6.* 56

De iure Hispano non exit per matrimonium, nisi post velationes solemnes, hoc est, post Benedictiones nuptiales, *d.§.1. num.7. &* 8. Idem apud Longobardos obseruatur, & in Regno Franciæ Boerius, *decis.*197. & refert Alexand Trentacinqu. *variar. lib.1. tit. de patria potestate, resolutione 1.* 57

Non tamen hoc reperitur de iure cõmuni, quod filij, seu filiæ per matrimonium liberentur à patria potestate, vt colligitur *ex l.2.§.quod si in patris, ff. solut.matrim. & ex l.si vxorem,* & *ibi* Glos. C. *de condit. insertis*, Tiraquel. *in l.1.connubial. n.1.* Barbos. *d.l.2. §.quod si in patris, ante num.1.ff. solut. matrim.* nam de iure communi liber erat filius à iure patrio, quando defuncto illo sub cuius potestate erat, non extabat alius ascendens per lineam masculinam, comparatione talis filijfamil. sub cuius potestate moraretur; in hoc casu exibat à potestate, & manebat sui iuris, *Instit.quibus modis ius patriæ potestatis soluitur, §.hi vero qui in potestate.* 58

Ex dictis sequitur per matrimonium inualidè contractum in Lusitania non exire contrahentes à patrio iure, neque in Hispania, quinimò etiam si benedictiones in Ecclesia solenniter reciperentur: quia matrimonium inualidum non est matrimonium. 59

Opus enim est, vt duo copulatiuè concurrant, matrimonium scilicet in facie Ecclesiæ celebratum, & velationes, seu benedictiones nuptiales solenniter impetratæ, Molin. *disp.229. ad finem, d.§.quod si in patris num.1.* & Cyfuentes, *d.l.Tauri vers.inolado* 47. & Gutier. *§. fui num.120. Instit. de hæred.qualitat. & different.*

Dicitur autem matrimonium celebratum in facie 60

Ecclesiæ

Ecclesiæ, quando celebratur coram fidelium multitudine. Nam Ecclesia hoc loco dicitur aliqua fidelium congregatio, *cap. relatum, & 2. de testam.* hodie verò satis dicitur contractum si celebretur coram Parocho, & duobus testibus matrimonium, denunciationibus præcedentibus, iuxta Conc. Tridentin. ita Nauar. *in manuali, cap. 22. num. 70.* Martus Anton. *corona confessorum, 4. p. de matrim. c. 8. num. 18. §. his quibus.*

Vnde non requiritur, quòd celebretur matrimonium in templo materiali, seu Ecclesia, vel ad portas, vel ad limina illius: nomine enim Ecclesiæ hoc non intelligitur, sed multitudo fidelium, teste Abbate, *de clandestina desponsatione, in c. fin. n. 9.* & notat Glos. final. *cap. final. ne prelati vices suas.*

61 Sed quid si filia nubat viduo, vel filius cum vidua, nunquid exibunt à potestate patria, quia secundùm veriorem sententiam, secundò nubentibus non impenduntur à Præbytero benedictiones, vt colligunt Couar. *de sponsalibus, p. 2. cap. 8. §. 11. num. 2. in fine*, Nauar. *in manuali, cap. 22. num. 83.* Perez. *l. 1. vers. est alia pœna, tit. 1. lib. 5. Ordinamenti, pag. 52.* Iacob. de Graffis, *in decis. p. 1. lib. 2. cap. 82. num. 2.* Valent. *p. 4. disp. 10. q. 6. puncto 1. vers. deinde etiam*, Henriquez *in sum. lib. 11. cap. 16. num. 2.* Ceuall. *commun. contra commun. q. 604. num 134.* & Sanch. *de matrim. lib 7. disp. 82 num. 15.*

Dicendum tamen est in hoc casu, solui patriam potestatem, quamuis benedictiones nuptiales non recipiantur, quia per eos non stat, imò illis interdicitur, *in cap. vir autem, de secundis nuptiis* per hæc verba: *vir autem*, ait, *vel mulier ad bigamiam* 62 *transiens non debet à presbytero benedici*, quia cum alia vice sint benedicti, eorum benedictio iterari non debet. Cum autem secundò nubentibus id sit prohibitum, non est rationi consonum, si propter id, quod non est in eorum potestate puniantur.

Præterea, quia cùm alter coniux iam fuerit in primis nuptiis benedictus, benedictio illa adhuc durat, & communicatur socio, & virtute huius participationis, seu communicationis egreditur socius à potestate patris, & gaudet priuilegio emancipationis, quam ratione probat Thomas Vaz *allegat. 29. num. 32.*

Illam tamen improbat Sanch. *d. lib. 7. de matrim. disp 82. num. 16. vers. quare*, vbi ponit rationem Germanam esse, ne scilicet iteretur benedictio in persona semel benedicta, quia adhuc illa benedictio permanet, & quia non potest alter sine altero benedici: denique quia coniux secundo nubens per *d. caput, vir autem*, non potest benedici à præsbytero, vt vltra præcitatos volunt plures per Cenedum *ad decretales collect. 49.* quibus adde Gutier. *de matrim. cap. 106. num. 14.* Bonacin. *eodem tit. q. 4. punct. 6. num. 4.* & Rebellum *de Iust. p. 2. lib. 3. q. 20. num. 3.*

Hodie autem ex consuetudine communiter recepta, si mulier solùm nó sit benedicta, potest benedictio nuptialis vtrique impendi, vt tradit Marc. Anton. Genuen. *in praxi Archiepiscopali Neapol. cap. 59.* Aloys. Ricc. *in prax. fori Ecclesiast. decis. 369. n. 2. in 1. edit. & resolut. 313. in fine*, Marius Alter. *de censur. tom. 2. disp. 11. de suspensione cap. 4. vers. tertio dubitatur*, post Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 8. §. 11. num. 2.* quibus accedit Gregor. Lopes. *l. 2. verbo, no deuen ser. tit. 11. partit. 4.*

An autem sacerdos secundis nuptiis benedictionem impendens in casu non permisso incurrat aliquam pœnam? Affirmat. Couar. *supra d. §. 11. n. 2.* Sanch. *de matrim. lib. 7. disp. 82. num. 17.* incurrere suspensionem. Excusatur tamen per ignorantiam etiam crassam, dummodò non sit tam crassa, vt sit ingens temeritas, Sanch. *lib. 3. disp. 48.* Nam tunc manet suspensus, si benedicat secundum matrimonium etiam dissoluto primo, vt volunt Vgolin. *de officio, & potestate Episcopi cap. 15. §. 12. num. 6.* Marius Alter. *de censur. tom. 2. disp. 11. de suspens. cap. 4. vers. sed primo*, & Sanch. *lib. 7. disp. 82. in fin.*

Non tamē hæc suspensio ab officio, & beneficio, incurritur ipso iure per *c. capellanū. de secundis nupt.* quia in illo præcipitur tantùm, vt ipsum suspensum remittat absoluendum ad summum Pontificem: quasi dicat, suspende illum, & vbi suspendens, à solo Pontifice potest absolui: ita Nauar. *in manuali cap. 25. num. 137.* Mar. Alter. *d. cap. 4. vers. secundo*, & Sanch. *d. disp. 82. num. 26.* Quinimò vltra hanc suspensionem ab officio, & beneficio, potest imponi pœna arbitraria, vt tradit Menoch. *de arbitrar. casu 417. num. 8.* Ceuall. *commun. contra commun. q. 604. num. 135*; Aloys. Ricc. *d. resolut. 113. num. 1.* Sanch. tamen *d. disp. 82. num. 28.* & Mar. altet. *d. cap. 4. vers. 5.* docent sublatam fuisse missionem ad Romanam Curiam per *extravag. Ioan. 22.* cuius meminit idem Sanch. & Conar. *d. §. 11. n. 2. vers. est tamen.*

Concil. tamen Trident *sess. 24. de reformat. matrim. cap. 1.* imposuit pœnam suspensionis ipso iure sacerdotibus secundis nuptiis benedictiones impendentibus subditis alterius Parochiæ, sine licentia Parochi, vel Ordinarij, interim dū nó absoluntur ab Ordinario illius Parochi, qui matrimonio debebat adsistere, aut à quo suscipienda erat benedictio; quæ suspensio non solum ad officium, sed etiam ad beneficium extenditur, vt extendi potest: vt notat Francisc Molin. *de ritu nupt. lib. 2. differ. 11. n. 149.* & ab illa per Episcopum, vel eius Vicarium potest absolui, Sanch. *d. lib. 3. disp 52. num. 4.* & Mar. Alter *d. cap. 4. ad fin.*

Illud certum est per matrimonium maiorem libertatem esse quæsitam à contrahentibus filiis, quàm libertas quæsita per emancipationem. Nam filij exeuntes à patria potestate per matrimonium, quamuis incurrant in crimen ingratitudinis, emancipatio propterea non potest ob tale delictum à patre reuocari: ita Gutier *d. §. fui, num. 122. Instit. de hæred. qualit. & different.* Azeued. *d. l 8. num. 53.* cò quia emancipatio facta per matrimonium debetur dispositioni legum sine aliquo concursu ex parte parentum, nec ad illam concurrunt aliquo modo: igitur nihil potest filio præiudicare, si fuerit ingratus, neque propter hoc crimen reincidet in patriam potestatem; vt bene notat Gregor. Lopes. *in l. fin. verbo, voluntariè, tit. 18. part. 4.* Molin *de iust. tract. 2. tom. 1. disp. 228. vers. in sequent. post emancipationem*, sicut non potest pater ob ingratitudinem reuocare, nec reducere ad ius suum patrium, quoties coactus concessit emancipationem, iuxta Glos. *§. vlt. Instit. quibus modis ius patr. potest. soluitur.* 63 64

Contra verò, si filij emancipati beneficio patris, incidant in crimen ingratitudinis, possunt à patre iterum subiici suo iuri patrio: ex eo, quia hæc emancipatio non est inducta à lege, sed est concessio facta filio ab ipso patre: *l. cum oportet, §. cum autem, C. de bon. quæ liber.* Azeued. *l. 8. num. 8. & num. final.* propterea reuocabilis est, si filius aduersus patrem fuerit ingratus, Petr. Gregor. *p. 2. iuris vniuersi de personis lib. 11. c. 6. num. 2.* Ex D. Chrysost. *homil. 1 in psalm. 115.* dicens reduci per ingratitudinem filios in potestatem parentum sicut & libertos in seruitutem, per *l. 47. Tauri*, quæ hodie est eadem *lex 8. tit. 1. lib. 5. ordinamenti.*

Sit ne liber filius per matrimonium à potestate patris quoad omnes effectus tam vtiles, quam odiosos, variant Doctores. Aliqui tradunt filium esse liberum 65

liberum tam in damnosis quàm in fauorabilibus; alij autem negant, quoties ex eo quod sit sui iuris debeat aliquod pati damnum, concedi exemptionem à iure patrio, vel sic, in rebus sibi vtilibus, esse emancipatum, at in damnosis, & nociuis non esse liberum: ita Mieris *in 1. edit. 4. p. q. 2. limitat. 1. num.* 5, & Suar. *l. 1. legum fori tit. 11. lib. 9. num.* 23. *vers. considera vltra*, quæ sententia est valde probabilis; argumento exemptorum ratione dignitatis, cùm non appareat ratio fortior in vno, quàm in alio.

Probabilior tamen est, & sequenda, quæ docet filium esse exemptum per matrimonium, tam quoad vtilia, quàm quoad damnosa, ita Castillus *in l.* 47. *Tauri num. vnico, verbo por emancipados*, Anton. Gomes. *ibi, num.* 3. his verbis: *en todas las cosas para siempre*. Secundùm illa verba, per matrimonium fiunt coniugati ita sui iuris in omnibus, & per omnia, quoad omnes effectus tam vtiles, quàm odiosos: sequitur Matiens. *l. 5. recopil. tit. 1. lib.* 8. *Glos.* 3. *num.* 21. & alij. Accedit Baeça *de non meliorandis dotibus filiarum cap.* 16. *num.* 35. Ratio potissima legis 47. *Tauri* allegata, viget; cùm vtatur verbis vniuersalibus, & omnes effectus tam vtiles, quàm odiosos videtur comprehendere, pro qua Sanch. apertè pugnat *lib. 7. de matrim. disp. 82. n. 7.* cui accedit mordicùs Thomas Vaz allegat. 29. n. 43. Nec obstat mors alterius coniugis.

66 Idem constat ex iure Lusitano lib. 1. tit. 87. §. 6. ibi: *porque segundo stilo de nosso Reino sempre como he casado he auido por emancipado, é fora do poder de seu pay*, ita Barbos. *in d. l. 2. §. quod si in patris, num. 1. ff. solut. matrim.* & Cabed. 1. *p. decis.* 72. *num.* 3.

Nam prædicta verba Ordinationis, *estam fora do poder de seu pay*, proferuntur indefinitè, & æquipollent verbis vniuersalibus: ita Bart. *in l. si pluribus ff. de legat.* 2. & *ibi* Bald. & Barbos. *in l. 1. ff. solut. matrim. 1. p. num.* 4. vbi dicit nullam esse differentiam inter legem latam per verba vniuersalia, & inter legem conditam per verba indefinita, cùm in illis indefinita adæquent vniuersalia: Couar. *lib. 1. variar. cap.* 13. *num.* 8.

67 Nec refragatur, qui dixerit hoc non procedere, quando filij, seu filiæ contraxerunt inscijs, seu inuitis parentibus: quia hoc non obstante per matrimonium eo modo contractum, tam masculi, quàm fœminæ gaudent hoc priuilegio exeundi à potestate patris, etiam de iure Castellano modo supradicto, & Gallico, sequitur Molin. *d. tract. 2. disp.* 229. *vers. vult.* Sic enim contrahere licitum est, ac validum: Concil. Trindent *sess. 24. cap. 1.*

Ex quo minus bene cogitauit Palatius, seu reliquit cogitādum, patrem scilicet non amisisse vsumfructum in bonis filij aduentitijs, quando filius, seu filia contraxit matrimonium patre repugnante, vt videre est *in repetit. Rubrica de donat. inter. vir. & vxor. §. 43. num.* 4. vbi vult in hoc casu contrahentes matrimonium contra voluntatem patrum, quamuis exeant à patrio iure, patres tamen non amittere vsumfructum in bonis filiorum. In quo fallitur; nam & filij liberantur à patria potestate, & patres post matrimoniū non gaudent vsufructu, nam eo ipso, quod filius contraxit validè, eximitur à patria potestate, & vsusfructus transit ad filium: ita Doctores Lusitani, & Castellani relati; cùm emancipatio, quæ fit per matrimonium sit actus legis ab ea institutus sine facto patris, & ab eius voluntate independens: & per matrimonium finitur vsusfructus de iure nostro, ac Castellano *supra* relato.

68 Quinimò nequeunt parentes impedire matrimonium contra eorum voluntatem tentatum, peccantque grauiter, si absque rationabili causa impediant filios, ne contrahant: quia filius ad eligendum statum est liber; Cordub. *in summa q.* 17. & Lopius 1. *p. Instruct. cap. 44. §. si aliquis*: secùs si adsit causa iusta, nempe quando matrimonium est indignum respectu filiæ, seu filij: Cordub. & Lopius *ibidem*: imo fas erit patri obijcere pœnam exhæredationis, si media suauia non sufficiant, vt ait, Salon 2. 2. *tract. de dominio*, quem tractat post *quæst.* 61. *q. 5. art. 5. §.* 23.

Similiter non possunt patres cogere filios, aut filias ad contrahendum, quia hoc Sacramentum exigit omnimodam libertatem: est enim genus seruitutis perpetuæ in hoc Sacramento ad quam mutuò se obligant contrahentes: ideo durum est cogere filios ad rem tam duram: D. Thom. *in 4. dist. 29. q. vnica* bene possunt paternè compellere filium, seu filiam, vt contrahat potiùs cum hoc, vel cum hac, absque metu graui, seu cadente in virum constantem: ita Gregor. Lopes. *l. 10. tit. 1. par. 4. vers. todo.* 69

Contra impedientes iniustè matrimonium vetitus est in Concil. Trident. *sess. 24. cap.* 9. esse excommunicationem latæ sententiæ: ita Cordub. *in summa q.* 171. & Ludouic. Lopes *d. §. si aliquis*, & probatur ex Concil. Trident. ibi: *sub anathematis pœna, quam ipso facto incurrunt*: non tamen in eam incurrent nisi Domini sint temporales, seu Magistratus, & alij, qui in foro fori habeant iurisdictionem. Vnde non protrahitur illud decretum ad alias personas, cum pœnale restringendum sit, iuxta *l. interpretatione ff. de pœnis.* Ita Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 176. fol. 1047. §. ad secundam partem*, & Henriq. *lib. 11. de matrim. cap. 6. num. 5. in commentario litera G.* Vnde sequitur male dixisse Lopium *d. 1. p. Instruct. cap. 44. d. §. si aliquis*, parentes impedientes filios, aut filias iniustè ad contrahendum, incurrere excommunicationem latæ sententiæ, cùm ad illos non extendatur decretum, cùm non habeant iurisdictionem in foro exteriori: imò nec Parochum, si iniustè impediat: Secùs de Episcopo, si cogat, aut impediat iniustè. Ita Enriq. *d. cap. 6. num.* 5. 70

Siue ergo matrimonium fiat inuitis parentibus, siue consentientibus; vbi primùm celebratum fuit validè, gaudent contrahentes priuilegijs, perinde ac si copularentur consultis parentibus: ita Faquin. *lib. 6. controuers. iur. cap. 35. & cap.* 36. Modo tamen contrahant in ætate legitima ad contrahendas nuptias: proinde si ex defectu consensus, vel ex defectu ætatis, vel ex aliquo alio iusto impedimento matrimonium non subsistat, quamuis contrahant coram Parocho, & testibus, non soluitur patria potestas; neque pater priuatur commodo, neque vsufructu: ita Bart. *in l. si ante nuptias*, & *ibi* Iason, *ff. solut. matrim.* Azeued. *in l. 9. tit. 1. lib. 5. num.* 19. Quare non est audiendus aliàs sapientissimus Cyfuent. *in l. 47. Tauri, ante finem*, dum vult per matrimonium etiam nullum contrahentes liberos esse ex patria potestate. 71

Quod verò attinet ad eos, qui Impuberes, vel ambo, vel alter contraxerunt in facie Ecclesiæ, dum non repetunt, ac renouant consensum, etiam in facie Ecclesiæ, seu coram Parocho, & testibus; non finitur patria potestas, quamuis facti puberes perseuerent in eodem consensu, & cohabitent, & consequenter non amittitur vsusfructus à patre: quia illud matrimonium non valet, vt tale; sed obligat tantùm vt sponsalia. *cap. final. de desponsat. impuber. cap. vnico §. idem quoque, eodem tit. in 6.* ffi mac Glos. *cap. final. estaio*, Sanch. *lib. 1. de matrim. disp.* 72

disp. 51. *num.* 1. quæ tamen sponsalia non sunt verè, ac simpliciter talia, sed interpretatione iuris; nam saltem tunc impuberes voluerunt se obligare meliori modo, quo possent: atque ita præsumitur contrahentes voluisse contrahere saltem, vt actus valeret, vt sponsalia, quando non valuisset ad matrimonium: ita Nauar. *in summa cap.* 22. *n.* 57. *& lib.* 4. *consilior. de desponsat. impuberum in* 1. *edit. cons.* 1. *& in* 2. *edit. cons.* 2. Couar. *in* 4. *decretal.* 1. *p. cap.* 3. *num.* 3. eo quia, id quod non valet eo modo, quo fit; valet meliori modo, quo valere potest. Quare cùm actus ille non exeat à terminis sponsalium, vt voluit Frater Emmanuel *in summa tom.* 1. *cap.* 210. *num.* 2. Perez *l.* 1. *vers. dubitatur tit.* 1. *lib.* 5. *Ordinament. pag.* 7. Spino *in speculo Glos.* 15. *Principal. num.* 78. quos referens sequitur Barbos. *in cap. vlt. de desponsat. impuberum num.* 8. consequenter per ea sponsalia non exeunt impuberes à patria potestate, neque pater perdidit vsumfructum.

73 Longe aliter dicendum erit, quando matrimonium fuit nullum ex impedimento occulto, ignorato tamen ab vtroque contrahente, vel saltem ab altero: nam tunc dissoluitur patria potestas, & effectus huius matrimonij permanebunt in suo robore, ac vigore: sicut legitimitas filiorum per tale matrimonium non deperditur, per text. *in cap. penult. qui filij sint legitim.* Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 1. *à num.* 12. & habetur in *cap. peruenit, eodem titulo, qui filij sint legitimi, l.* 2. *desponsat.* 2. *tit.* 5. *part.* 4 quia sufficit bona fides vnius ex contrahentibus, vt filius tanquam verè legitimus succedat patri, vel in Maioratu vtriusque: videtur enim par ratio.

74 Contra verò resoluendum arbitror, quando matrimonium est initum mala fide, & cognito impedimento ab vtroque: tunc enim contrahentes non egredientur à vinculo patriæ potestatis: nec ferendum est, quod pater ex delicto alterius amittat suum vsumfructum; quia quod nullum est nullos producit effectus: *l.* 4. *§ condemnatum ff. de re iudicata l. non putauit §. non quouis ff. de bonor. possess. cap. illud de iure patronatus*, & nullum præstat impedimentum *cap. ad dissoluendum, de desponsat. impuberum*, & paria sunt non esse, vel esse nullum: *l. duo sunt Titij, ff. de testament. tutel.* Cardin. Paris. *cons.* 109. *num.* 5. *vol.* 3, atque ita, vt aliquid operetur, exigitur sublato impedimento nouus consensus coram Parocho, & testibus: ita Spin. *de testam. Glos.* 15 *principali num.* 61. *vers. hodie tamen.*

75 An vero fortassis possit aliquando matrimonium celebratum in facie Ecclesiæ, nulliter tamen propter impedimentum, ratificari inter contrahentes sine Parocho, & testibus? Doctores non subsistunt in vno; nam Gutier. *p.* 1. *cap.* 51. *num.* 55. *de matri. & in quæst. Canonicis lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 7. affirmat matrimonium nullum ex impedimento consanguinitatis, vel affinitatis esse reualidandum coram Parocho & testibus, nec post Concil. Trident. ait procedere doctrinam Caiet. *in summa Verbo Matrimonium*; nisi ex eo scandalum graue, aut infamia oriatur; cum Concil. *d. sess.* 24. *cap.* 1. præcipiat celebrandum esse coram Parocho, & testibus.

Quod autem possit ratificari absque Parocho, & testibus, dato scandalo tradit etiam Cordub. *in summa q.* 51. sublato autem scandalo, seruandam esse formam à Concilio præscriptam in *d. c.* 1. Idem docet Lopius 1. *p. Instructorij c.* 81. *de debito reddendo §. porro, fol.* 394. subdens ob notabilē infamiā vel scandalum post obtentam dispensationē posse reualidari sine Parocho, & testibus dūmodò alter ex contrahētibus nō fuerit impedimenti cōscius, quādo cōtraxit. Cōsentiunt alij, quos sequitur Vera Cruz *in suo speculo coniugali, dubio* 10. *conclus.* 5. additque si vterque mala fide contraxit non esse rationi consentaneum, quod Ecclesia mala fide contrahentibus subueniat: proinde in eo casu oportet, quòd reualidetur matrimonium coram Parocho, & testibus.

76 Dicendum tamen puto, si impedimentum fuit occultum, & matrimonium celebratum in facie Ecclesiæ iuxta formam Concilij Trident. non esse reualidandum coram Parocho, & testibus; sed satis esse, quod renouent contrahentes consensus inter se. Nam ratio Concilij non protrahitur ad hunc casum, quoniam Concilij mens est, vt vitentur peccata ex clandestinis matrimonijs, & propter id præcepit vt matrimonia celebrarentur coram Parocho, & testibus, vt prius matrimonium fuit celebratum coram Parocho, & testibus; & respectu Ecclesiæ, quæ interfuit, nuptiæ erant validæ, & publicæ.

Cùm ergo iam satisfactum sit Ecclesiæ, non opus est, vt rursus celebrentur publicè. Ex vi igitur decreti Conciliarij non sunt contrahentes obligandi ad iterum publicè contrahendum coram Parocho & testibus, cùm impedimentum fuerit occultum & matrimonium ab Ecclesia reputetur validum: atque ita censetur hunc casum non fuisse à Concilio comprehensum, ita Nauar. *lib.* 4. *consilior. tit. de sponsal. in* 1. *edit. cons.* 31. *& in* 2. *edit. cons.* 14. *nec non in summa, cap.* 16 *in noua edit. num.* 37. *& cap.* 22. *num.* 70. & ita refert declaratum fuisse à Pio Quinto. Henriquez idem ait *lib.* 11. *de matrim. cap.* 3. *num.* 6. *& in commento litera L.* Quod procedit etiam quando in dispensatione dicitur: si ita est, dispensa cum illis, vt inter se publicè, & seruata forma Concilij Trident. contrahant. Nam dicta clausula non obstante possunt inter se renouare consensus, postquam fuerit sublatum impedimentum, quamuis ex vi huius clausulæ non possit Commissarius dispensare, vt matrimonium occultè celebrerur; potest tamen dispensare in impedimento, & illo per dispensationem cessante, ipsi inter se solos possunt contrahere, siue mala, siue bona fide fuerit prima vice celebratum.

77 Hinc sequitur, si Parochus, & testes sint conscij impedimenti, quamuis ab alijs sit omninò ignoratum, requiri in renouatione consensuum præsentiam Parochi cum duobus testibus, quoniam ipsi sciebant in foro Ecclesiæ matrimonium esse nullum: atque ita non fuerunt testes de valore, sed de nullitate matrimonij. Secùs quando ignorabant illud, Henriquez *lib.* 11. *de matrim. cap.* 3. *num.* 7. & Petr. de Ledesm. *de matrim. quæst.* 47. *art.* 3. *dubio final.*

Consequenter dicendum est, quando fuit celebratum coram Parocho, & testibus, & vnus ex duobus testibus sciebat impedimentum, vel quando Parochus erat conscius impedimenti, quamuis adesset magna multitudo testium.

Quia in his casibus repetendi sunt consensus coram Parocho, & testibus necessarijs respectiuè sublato impedimento per dispensationem. Quoniam priores testes, & Parochus in his vicibus non fuerunt testes valoris matrimonij, atque ita non constitit in foro Ecclesiæ matrimonium fuisse validè contractum: imò constitit fuisse nulliter celebratum.

Secùs si præsentes essent matrimonio tres testes, & vnus ex illis sciebat impedimentum: tunc enim satisfactum fuit Ecclesiæ, quia interfuit matrimonio Parochus cum duobus testibus, qui sufficiunt, & nesciebant impedimentum: quod sufficit, vt postea obtenta dispensatione, possint contrahentes inter se solos renouare mutuos consensus.

78 Porrò si contingat post celebratū matrimonium venisse Parochum, & testes, in cognitionem impedimenti

dimenti, quod ita est occultum, vt in foro externo nequeat probari, adhuc inter se consensus sunt iterandi, cum iam foro Ecclesiæ satisfactum sit.

Aliter censeo, quando imminet graue periculum, quòd detegatur impedimentum, & quòd probetur iuridicè, ac plenè in foro externo: ita Enriquez *d. cap. 3. num. 6.* Manuël Rodrig. *tom. 1. Summa in 2. edit. cap. 220.* credentes propter hoc periculum renouandum esse consensum in facie Ecclesiæ.

Addi potest etiam cessante hoc periculo, quod detegatur impedimentum, si illud fuerit plenè probabile in foro externo, repetendos esse consensus coram Parocho, & testibus.

Erit verò plenè probabile in foro externo impedimentum ad annullandum matrimonium publicè celebratum, si duo adsint testes omni exceptione maiores; ita habetur *in cap. quoties, de testibus, & attestationibus*; nec sufficit relatio de auditu, neque ex confessione ipsorum coniugum. Ideò si testes de auditu, vel de relatione aut de confessione coniugis adsint, non sunt testes omni exceptione maiores: quia in hoc casu, occultum sumitur, vt distinguitur contra plenè probabile.

In aliis verò decretis, occultum accipitur, vt distinguitur contra publicum, vel vt distinguitur contra id, quod est deductum ad forum contentiosum: ita Henriquez *lib. 14. de irregularitate cap. 20. num. 4.* Nauar. *in summa cap. 27. in noua editione, num. 255.* Lopius *2. part. Instruct. de clauibus cap. 8. de bulla, fol. 815. col. 1. §. igitur antequam bulla.*

79 Ex dictis infertur etiam contrahentes ab initio mala fide, cognito impedimento; ab eo puncto, quo matrimonium fuit ratificatum coram Parocho, & testibus, vel absque illis inter se per repetitionem mutuâ consensuum (quando diximus fieri posse) egressos fuisse à patria potestate, & ex illo tempore patrem vsufructu bonorum aduentitiorum priuari, & ad coniuges transire: per text. *in Ordinat. Regia lib. 4. tit. 97. §. 19. vers. Etanto que for emancipado, ou casado, logo lhe seram entregues pera delles auer ofenhorio comprido*: sequitur Pinell. *in l. 1. C. de bonis maternis 1. p. num. 34.*

Secùs dicendum quando contraxerunt nulliter in facie Ecclesiæ, vt probatur ex matrimonio impuberum nullo, per quod non amissa fuit patria potestas, neque pater amisit vsumfructum, ex Bart. & Alexand. in *d. l. si ante nuptias, ff. solut. matri.* sequitur Baeça *de decima tutorum, cap. 4. num. 20.* Ex quorum doctrina pro regula statuendum est, ab eo puncto, quo contrahentes mala fide renouarunt consensus, sublato per Superiorem impedimento, solutam fuisse patriam potestatem, & vsumfructum transisse ad coniuges.

80 Ad hæc locus est difficultati, an impuberes contrahentes in facie Ecclesiæ, facti puberes per copulam subsequentem animo maritali habitam, matrimonium antea nullum ratificent, & per illum exeant à patria potestate? Negant Spino hodie post Concil. Trident. *Glos. 15. in suo speculo num. 61.* nisi ratificent consensum coram Parocho, & testibus; & Gutier. *in quæstionib. canonicis lib. 1. cap. 18. num. 4. & 6.* Henriquez *lib. 11. de matrim. cap. 3. §. 7.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. num. 51. & 59.* nec non Sanch. *lib. 3. de matrim. disp. 40. num. 9.* vbi negat matrimonium ita contractum transire per copulam in verum matrimonium; sed esse necessarium nouum consensum præstare coram Parocho, & testibus, vt fiat verum matrimonium, & per illud contrahentes exeant à patria potestate.

Vnde minus bene dixit Thomas Vaz *allegat. 19. num. 62. ad finem*, asseruisse Sanctum *lib. 1. disp. 58. num. 15.* Impuberes postquam facti sunt puberes non teneri ratificare consensum: quia *eo loco* Sanch. locutus est de sponsalibus, dicens, non opus esse, vt factus pubes sponsalia ratificet; quia eo ipso, quod non reclamat, manent sponsalia indissolubilia: at verò *eo ipso loco, & num. 15.* fatetur ad matrimonium ante pubertatem contractum requiri nouum consensum, vt ratificetur: quoniam verò illud ita ante pubertatem celebratum resoluitur in vera sponsalia, non opus est ratificare illa, sed reclamare: quòd si non reclament, manent firma, vt constat ex *cap. de illis, et 1. de desponsat. impuberum, ibi: Si inquit, cùm ad annos pubertatis venerint, reclamauerint, separentur.* Quia ex quo confestim non contradixit, visus est statim consentire atque ita vt dissoluantur sponsalia, requiritur reclamatio: vt autem firmentur, non requiritur nouus consensus, cùm fuerint valida; in cuius intellectu Thomas Vaz. caligauit; & notat Barbol. in *d. cap. de illis, num. 3.*

Sed quid dicendum, si defectus ætatis sit omninò occultus, & vulgò impuberes censeantur puberes potuerũt ne facti puberes contrahere inter se absque Parocho, & testibus? Affirmat aliqui hodie post Côcil. transire in verum matrimoniũ, quia iam consensũ præstiterunt semel corã Parocho, & testibus; & sufficere quòd renouentur consensus inter se ipsos solũ.

Neque obstat, quòd Concil. præcipiat in *d. cap. 1. sess. 24.* quia id non intelligitur de his, qui iam contraxerunt præsente Parocho, & testibus: illos enim non reddit inhabiles ad contrahendum; sed eos, qui prima vice non contraxerunt coram Parocho, & testibus: Gutier. *de iuramento confirmatorio 1. p. cap. 51. à num. 18. vsque ad num. 23.* & probatur ex eo quòd matrimonium celebratum in facie Ecclesiæ coram Parocho & testibus, per metum iustum, est nullum. Metus tamen iustus si sit occultus, satis est si contrahentes postea inter se renouent consensus: ita Henriquez *lib. 11. de matrim. cap. 9. ad finem in commento litera O, & cap. 12. n. 12. in commento litera L.* Lopius *2. p. instructory de matrim. cap. 40. fol. 1066. §. porro iam, per totam*, quia iam constat Ecclesiæ de suo valore.

Ergo in nostro casu, quando impedimentum ætatis occultum vitiauit matrimonium, satis erit inter coniuges iterum ratificare; vt testatur Henriquez *d. lib. 11. d. cap. 3. num. 7.* & probat Sanch. *lib. 2. de matrim. disp. 37. num. 4. 5. & 6. & num. 14.* ex eo fundamento, quia Concil. Trident. *d. sess. 24. cap. 1.* non comprehendit hunc casum, quando iam prius matrimonium inualidum, in foro tamen Ecclesiæ validum, & publicum fuerit. Nam nullitas matrimonij, & impedimentum sunt occulta; atque ita si ipsi sublato impedimento vellent publicè celebrare, vel cessante metu, forsan, & meritò impedirentur. Ergo Concilium nunquam comprehendit talem casum, & tanquam omissum relinquitur dispositioni iuris communis.

Contrarium hunc casum sub *dicto cap. 1. Concilij* volunt Matienso *in rubric. tit. 1. lib. 5. recopil. Glos. 1. num. 57.* & Gutier. sibi contrarius *in quæst. Canon. cap. 18. per totam & in alia edit. anni 1586. in tract. de iur. confirmat. ad fin. oper.* dicantes, adueniente ætate opus esse ratificare coram Parocho, & testibus; quod est verum, quando defectus ætatis, non fuit occultus.

Neque obstat dispositio Concilij in *d. cap. 1.* Quia non se extendit ad hunc casum, cùm satisfactum iam sit Ecclesiæ in priori matrimonio coram Parocho, & testibus: ita Henriq. *d. lib. 11. c. 3. n. 6. & c. 9 ad finem in commento litera O.* quia copula sic habita est signum externum cõsensus interni: & quod magis est, cõualescit illud matrimonium cessante impedimento

pediméto per traductionem solemnem ad domú, & diuturnam cohabitationem: ita Lopius *2.p.instruct. de matrim. cap. 37. ad finem, & cap.40. etiam ad finem.* Probatur *ex cap. vlt. de coniugio seruorum,* vbi contrahens ignoranter cum ancilla, renouat voluntatem, seu consensum cognita seruitute, saltem facto; hoc est copula maritali affectu habita: quam doctrinam dicit communem Couar. *in 4. decretal.2.p. cap.4. in principio num.5.* & Sot. *in 4. dist.35. q.vnica art.2. vers.sed est praterea.* & Hcor. *cap.9. ad finem.*

Quaprópter dicendum est, impuberes postquam peruenerint ad pubertatem, si defectus ætatis est occultus, posse illud matrimonium inter se celebrare: ita Sanch. *lib.2.de matrim. disp.37.num.6.* & Henriq. *d.cap 3.n.7.* vel per repetitionem consensum, vel per copulã affecto maritali habitam, quæ est signum consensus de præsenti; idem Sanch. *supra num.14. & d. lib.2. disp.36. num.6. & 9.* Fr. Manuel *tom.1.summa in 2.edit. cap.220. num.2.* & ab illo puncto, quo similia matrimonia aliquo, ex his duobus, modo, ratificantur, soluitur patria potestas, si contrahentes adhuc erant filiifamil.

82 Sub hæc conueniens erit agere de emancipatione, per quam filiusfamil. à patrio iure eximitur, etiam si videatur ire in desuetudinem: nihilominus pater emancipando filium potest de iure communi retinere dimidium vsusfructus in bonis quæsitis filij, non verò in quærendis, vt notat Iason *in l. final. in col.8.C.de pactis,* Petr. Gregor.singular.76. Olim fuit præmium emancipationis tertium bonorum *l.6.§.cum autem C.de bon.quæ liber.* Sed hoc limitatur in quatuor casibus de quibus Vigel *in commento 6. anni in 2.part. cap.9.quæst.3.regula 1. fol. 356.*

Sed probabilius est, quod tradit Iason *in d l.final. C.de pactis*, nempe in remunerationem emancipationis, patrem retinere dimidiam partem vsusfructus, & aliam dimidiam filio acquiri, vt habetur expresse *in l. cum oportet, §. cum autem, C. de bonis quæ liber.* & *ibi* Bartol. Bald. Angel.& Castrens. & est text. *in l.fin.C.de emancip. liber.* & text. *in §.hoc quoque vers. ideoque Institut. per quas personas nobis acquiritur,* quod etiam deciditur *in l.15. tit.18 p.4.* In bonis verò post emancipationem acquisitis, nihil pater obtinet: ita Alexand. *in l.si finita §. si de vectigalib.ff.de damno infecto col.20.n.51.*

83 Quomodo autem debeat fieri emancipatio, traditur norma *in l.fin.C.de emancipation.liberorum,* & *in §. præterea, Institut. quibus modis ius patria potest.* quia est actus voluntarius, illa est propriè emancipatio, quæ fit filii à patre, interueniente auctoritate alicuius Iudicis, coram quo debet pater filium emancipare: *l. 3.C. de emancipationib.liberor.* cuius sunt verba quæ sequuntur: *Non, inquit, vnde conses in patria liberi potestate, sed actu solenni, vel casu liberantur; nec causa, quibus motus pater emancipauit filium, sed actus solennitas quæritur.* Sic lex. Vnde constat actum non fieri solennem, nisi interponatur Iudicis auctoritas; ita consulit Bald. *in d. l.3.* Corneus *cons.238. n.1. vol.3.* & constat ex *Institut.quibus modis ius patr.potest.soluit §.præterea,* Azor.1.*p.Instit.moral.2.lib.c.10. §. nona species*: de iure Castellæ *l.15.tit.18.part.4.* emancipatio fit coram Iudice Ordinario, *l.ab ea parte,* & *ibi* Gloss.*ff. de probat.*Bald *in l. gesta, in principio, C. de re iudicata*: quod probat ibi Gregor.& Gloss.*in l.fin. C.de emancipation. liber.* dicebat etiam posse fieri coram Iudice extraordinario, sed L.Castellæ dicit coram Ordinario.

84 Debet etiam fieri emancipatio per scripturam, Bartol. *in l. emancipatione, C. de fide instrument.* & quamuis loquatur *ibi* solùm de testibus, non negat esse necessariam scripturam. Vnde qui obiicit aduersus scripturam, debet oppositum probare: *l.ab ea parte ff.de probation.* coram notario duntaxat, non potest fieri emancipatio: ita Decius *cons.13. col.1.* Angel.*cons.93 etiam col.1.* sed debet fieri coram Iudice præsente notario scripturam conficiente; nec exigitur causa ad emancipandum, sed sola voluntas, vt colligitur apertè ex *d.l.3.* & *ibi* Salycet.& Angel. Quod si pater sit Iudex poterit emancipare filium: per text.*in l.si consul,ff.de adoptionib.* quia non interdicitur patri ius dicere in causa filij, nisi in iis, quæ pertinent ad iurisdictionem contentiosam, non verò in iis, quæ sunt iurisdictionis voluntariæ: *l.apud filium 18 ff. de manumiss. vindict.* Iason. *in l.qui iurisdictioni,n.8. vers.quarto,ff.de iurisdictione omnium iudicum.*

Marantha tamen *de Ordine iudiciario p.4.dist.18. n.4.* ait emancipationem factam coram notario faciente scripturam publicam sine auctoritate alicuius Iudicis contentiosam iurisdictionem habentis sustineri, eo quod notarius est Iudex Charthularius, qui habet iurisdictionem voluntariam: ita Corneus *cons.238.vol.3.& cons.259.vol.eodem.* 85

Sed apud nostros in nostro Regno non reperiuntur Iudices isti Charthularij, neque Tabelliones ad id habent facultatem: quamobrem conuenit, vt fiat emancipatio coram Iudice Ordinario, & confirmetur à Rege, vel ab alio ad id potestatem habente & ita fieri solet, vel à Senatoribus Regij Palatij: vt disponit Ordinatio Lusitana *lib.1. tit.3 §.7.* ibi *cartas de emancipaçam* Cabed.*2.p. dec.72. n.2.* & eadem Ordinatio *lib.2. tit.45.§.40.*

Emancipatus pro parte non potest esse filiusfamil. sed in totum est emancipandus, vel in totum sub potestate patria retinendus, Alciat.*de præsumpt. regul.2.præsumpt.2.n.4.* & est communis sententia; ita Iason *in l.1. §. hoc autem, ff. ad Trebell.* Ratio, quia patria potestas est indiuisibilis, neque diuidi debet, Alexand. *in d. l.1. §. hoc autem,* & *ibi* Scribentes Barbos.*in l.Titia 35. ff.solut. matrim. n.16. ad finem.* 86

Item de iure communi filius non potest cogi vt emancipetur, *l. nec Auus, C. de emancipation. liberorum,* Gloss. *in l.final.ff de his qui sunt sui vel alieni iuris.* Nihilominus ex quibus causis potest filius exhæredari, *§. aliud quoque capitulum, in Authent. vt cum de appellat.cognos.* Ex eisdem potest cogi ad emancipationem: ita Aretin. *§. final. Institut. quibus modis ius patria potestatis soluitur.* 87

Simili ratione pater nequit compelli emancipare filium, *d l.nec Auus, l. verum turpem ff. de verbor. obligat.* sed fallit in multis casibus, quos tradit Gloss.*in l non potest,ff.de adoption.* & *l.cogi §.si pater ff.ad Trebell.* Pro quo; nota hoc esse verum regulariter quidem, patrem scilicet, cogi non posse ad emancipandum filium etiam adoptiuum; neque filium compellendum, vt patiatur se emancipari: Ratio, quia est actus ex vtraque parte dependens à voluntate vtriusque, & vt fiat emancipatio, tam pater, quàm filius debent comparere coram Iudice Ordinario; aliàs non eximitur filius à patrio iure: & quamuis pater cogatur emancipare filium, quod fieri potest in casibus, de quibus d. Gloss. vlt. *§.vlt. Institut. quibus modis ius patria potestatis soluitur,* & iudicat Ordinatio Lusitana, *lib.3. tit.9. §.4. vers. Ou diz que pordireito deue ser seu pay constrangido a o emancipar.* hoc *ibi,* & habetur etiam, *l.18. tit.18. p.4.* nihilominus adhuc in his euentibus filius repugnans, & inuitus potest emancipari ab ipso patre, sic Gregor. Lopes *ibidem,* & alij communiter.

Dixi

88 Dixi esse faciendam emancipationem coram Iudice Ordinario, & confirmandam à Rege, seu à Senatoribus Palatinis in nostro hoc Regno, vt constat ex *lib. 1. tit. 3. §. 7.* Quòd si ab alio fiat nihil valet omnino, vt ibi habetur; *& lib. 2. tit. 45. §* 40. Proinde dubito valdè, an valeat emancipatio filij à patre facta saltem in hoc Regno coram Iudice delegato, quod fieri posse tradit indistinctè Glos. *in l. emancipari, ff. de adoption.* & Bald. *in l. post mortem, eodem titulo.* Non tamen potest fieri per procuratorem: ita Bald. *in l. excusare ff. de excusat. tut.* Angel. Aretin. *in §. præterea, Instit. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur*, & in expresso habet Glos. singularis, *in l. cum proponas, C. de dolo.* Idem Bald. *in l. neque absens ff. de adoptionib.* quæ Glos. in hoc Regno est amplectenda, secundùm quod disponitur in lege Lusitana, vt dictum est *supra*; Gregor. Lopes *l. 15. tit. 18. par 4. verbo el padre* vbi notat, non posse patrem ad hoc constituere procuratorem: idem tradit Sà *in aphorismis, verb. filius num.* 14.

89 Cæterùm paucis habeto casus, in quibus pater cogi potest emancipare filios. Primò si filius ob patris sæuitiam, & mores impatibiles non potest cohabitare cum patre, petita priùs venia, & impetrata; & emancipato filio pater bona aduentitia restituet, quamuis in illis habuisset vsumfructum. Iason *in l. filium, ad finem, C. de inofficioso testam.* Molin. *tom. 1. disp.* 229.

90 Secundò, si quis adoptet suum priuignum, si ipse peruenien ad pubertatem iudicet eam emancipationem sibi esse inutilem, & cognita causa iudex idem indicauerit, tenebitur adoptans illum emancipare text. *in l. nonnunquam, ff. de adoption.*

91 Tertiò, si pater filias prostituat, vel ad similia vitia prouocet, seu perducat, cogetur eas emancipare, *l. vlt. C. de spectac. lib.* 11. Idem Molin. *d. disp. 229. ad fin.*

92 Quartò, si pater acceperit legatum, vel hæreditatem sub eo pacto relictum: eo ipso, quòd acceptauit, seu adiuit hæreditatem, tenetur satisfacere conditioni, ac emancipare filium; *l. si cui legatum, ff. de condition. & demonstrat.*

93 Quintò, minor arrogatus seu adoptatus, si emancipetur, potest vti beneficio restitutionis, si videat non sibi expedire eam emancipationem, & potest cogi pater ad reducendum filium in pristinam libertatem, *l. 3. § si minor, ff. de minor.*

94 Consequens est dicere, an si filius longo tempore habitauit seorsum à patre & sua pecunia mercaturam exercebat, sibique negotiabatur, censendus sit emancipatus? Affirmat Iason, *in l. si emancipati, in 2. col. C. de collat.* si filius per decem annos non habitet cum patre, sequitur Bald. *in l. 11. C. si aduers. rem iud.* quia cùm per decennium filius sit in quasi possessione sui iuris, hæc quasi possessio præsumit filium esse emancipatum, & eximit filium ab onere probandi, illúdque transmittit in personam patris: *l. 1.* iuncta Glos. 2. & 3. *C. de patria potestate.* Alciat. *de præsumpt. regul. 2. præsumpt. 2. & n. 2.* Quod omnes tradunt teste Menchac. *illustr. quæst. cap. 86. n. 4.* Sà *verb. filius, n. 28.*

Sed alij contra volunt ex illa diuturna possessione libertatis non probari filium esse emancipatum, nisi alia succurrant, *per d. l. 1. C. de patria potest.* dicúntque non probari per hanc diuturnam possessionem factam esse emancipationem, sed neque per illam releuari ab onere probandi, nisi accedant simul ea de quibus meminit *l. 1. C. de patria potest.*

95 Sed his non obstantibus dicendum est, ad præscribendam libertatem sufficere decem annos regulariter, si pater præsens fuit, & tacuit per decennium, filiumque præscripsisse aduersus patrem libertatem: si verò erat absens, per viginti annos. & intra eos audietur, per regulam *l. final. C. de præscription. longi temporis*, ex sola bona fide, absque titulo, Glos. & Bald. *in d. l. 2. C. de præscription. longi temporis*, quòd si adsit titulus. & bona fides sufficit decennium ad assequendam libertatem; quamuis titulus sit causatus ex eo, quòd filio datus est tutor, & administrator.

Sed Bartol. *in d. l. 2. num 2. C. si aduersus rem iudicatam*, videtur stare contra, dicens quando allegatur solùm contra patrē longæua libertatis possessio, necessariam esse ad præscribēdum, possessionem libertatis viginti annorū *d. l. 2. C. de prescript. longi temporis*, quòd si allegetur simul emancipatio filij facta à patre, quamuis inualida fuerit, vt præscriptio compleatur, sufficiunt decem anni. Vtraque opinio est probabilis, sed opinio Bartoli minùs probabilis.

Si filius autem fuit aliquando in potestate patris, 96
præsumitur adhuc esse sub illa, donec contrarium probetur, ex Glossa, *l. sed & si de sua 34. ff. de acquirend. hæred.* Cagnol. *in l. si emancipati, C. de collat.* & licèt pater sit in quasi possessione patriæ potestatis, ad ipsum pertinet id probare, si filius neget, quia pro filio stat præsumptio iuris, scilicet non esse in potestate patris, quandiu non constat esse de legitimo matrimonio: ideò quasi possessio non fauet patri, si filius neget. Nam præsumptio iuris, quòd res sine extra seruitutem, stat contra possidentem, donec constet de seruitute: Glos. *l. secunis §. sed si quæratur, ff. si seruit. vend.*

Secùs dicendum est, quando constat filium esse ex legitimo matrimonio: tunc si neget esse extra ius patrium, debet id probare, vt habetur *in l. si emancipati, C. de collat. & l. si filius, ff. eod.* nam in dubio emancipatus filius non præsumitur; quod affirmat etiam Vasquius, *illustrium controuers. lib. 2. cap. 85.* post Curt.

Infantem non posse emancipari, nisi de licentia 97
Principis, atque illius rescripto, tradit Corneus, *cons. 165. vol. 4.* Absens potest emancipari dummodo postea ratam habeat emācipationem, vt notat Curtius, *cons. 4.* post discussam in vtramque partem quæstionem, *ex l. 16. tit. 18. partita 4.* Gregor. Lopes *ibi.*

Porò filius Clericus potest emancipari à patre 98
coram Iudice Sæculari, & Ecclesiastico: Gregor Lopes *in l. 15. verbo, el fijo, tit. 18. part. 4.* & Philippus *in cap. fin. §. si vero, de Iudicijs in 6.* Posse autem emancipati coram Sæculari, est communis: ita Lælius Zechius *de republica Ecclesiastica, titulo de Clericis, fol. 400. vers. 12.* Curia Philippica 1. *p. §. 5. n. 25.* ex Aufrerio *de potestate Sæculari, regula 2. n. 8. vers. 7.* & ex antiquioribus docent Cynus *in l. si prædium, C. de prædiis, & aliis rebus minor.* Anchar. *regul. ea quæ, n. 22. in q. 18. de regulis iuris, lib. 6.* Decius, *cons. 150. lib. 1. n. 1.* & Rota, *decis. 178. incipit*, Emancipatio facta, *de iudiciis, in nouis.*

An verò Clericus in Sacris exeat à patria po- 96
testate per Ordinem saltem sacerdotalem, contentio est? Bart. *in l. patre furioso, ad finem, ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris*, affirmat: necnon Mieres *de maioratu, 4. p. limitat. 1. q. 1. n. 5.* Spino *in suo speculo de testam. rubrica 4. n. 21.* quam partem vocat communem Guido Pap. *decis.* 382.

Dicendum tamen est, id esse intelligendum, quoad effectus aliquos spirituales, non verò quoad temporales: ita Gutier. *de tutelis, lib. 3. cap. 32. num. 5.* Cald. Pereira *in l. si curatorem, verbo læsis, num. 130. vers. tamen*, Gregor. Lopes.

l.14.tit.18.part.4. atque ita, quoad temporalia filij etiam Sacerdotes non eximuntur à patrio iure, Azor. *p.2.Inst.mor. lib.2.c.20.vers.secundo quaeritur, fol.*286. post plures *ibi* relatos, Valasc.*consult.*108. *n.*30. Couar.*in c.quia nos de testam.n.*5. Molin.*tom.*1. *de Iust.disp.*229.*in fin.* & constat *ex Authent. Presbyteros, C. de Episcopis, & clericis.* Sà *verbo filius, num.* 23.

100 Illud etiam certum est, filium emancipatum, seu liberum à patrio iure, non posse renunciare huic libertati, nec redire ad patriam potestatem: Marant. *de ordine iudiciarie p.4 dist.18.n.vlt.* Corneus *cons.* 228. *n.7. col.2. vol.4.* Nam emancipatio perpetuò durat, *l.qui liberatus, 12.de adoptionibus, ibi: qui liberatus est à patria potestate, is postea in potestatem honestè reuerti non potest.* Castillus *d. l.47. Tauri. verbo para siempre:* pro quo facit, vidua, quæ marito mortuo non reuertitur in patriam potestatem, quia per matrimonium exempta fuit ab illa, & emancipata, quidquid aliud dicant Boerius, *dec.197.n 4.* & Tiraqu. *l. post leges connubiales Glos.3.à n.1.*

101 Pro Episcopis communis opinio est, propter illam sublimem dignitatem eximi à patria potestate: *Authent. sed Episcopalis, C.de Episcopis, & clericis.* Bart. *in l patre furioso, ff de his qui sunt sui vel alieni iuris, & in l. si maritus, C. de patria potestate.* Molin. *d. disp.*229. *§. sextus,* Sà *in summa, verbo filius, n.*23. Azor. *Inst.moral.p.2.lib.2.c.20.§.vlt.ad fin.* Menoc. *de recup.possess.remedio* 15 *.n.*131.ea Gloss. *in §.filiusfamil. Institut. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur.*

Bald. & Angel. *in d. §. sed Episcopalis,* declarant hoc procedere in iis, quæ Episcopo sunt vtilia, non autem in iis quæ sunt damnosa: sequitur Barbar. *cons.20. col.4. lib.*1. Idcircò in his, in quibus libertas est damnosa, & molesta Episcopo, non censetur ille sui iuris, nec liber à patrio iure: ita Bart. *in l.apud hostes, C.de suis & legitimis,* Alexand. *in l.sub conditione, ff.de liber. & posthu.*

Gaudent item hoc priuilegio omnes, qui propter aliquam dignitatem liberantur à patria potestate, esse scilicet exemptos quoad sibi vtilia. Bart. *in d l.apud hostes, & in l item in potestate, ff.qui sunt sui vel alieni iuris.* Greg. Lopes, *l.14 tit.18.Glos.final. part.4.* Guillelmus *in cap. Raynut. verbo, si absque liberis, 2. n. 52. de testam.* & probatur *ex Authent, constitutio quæ, de dignitatibus, collat.6.*

Ad gaudendum hoc priuilegio exeundi à patria potestate, sufficit, quòd sint Episcopi electi, dummodò literas patentes habeant, & consentiant: *d. l.14.tit.18.part.4.* quamuis nondum habeant administrationem, nec fungantur suo officio. Molin. *d.disp.229. §.sextus de Episcopo.*

102 Soluitur etiam patria potestas per dignitatem Cardinalatus, quia sunt à Consilijs summo Pontifici; sicut Patricij sunt à consilijs Imperatori; seu Regi, Molin. *d. §.sextus* Azor. *d. lib.2. cap.20.§.4. species,* Barbar. *de præstant.Cardinal.in* 1.*p.q.*2 *n.*69. Gloss. *in extrauag. execrabilis, de præben. inter communes, vers.sublimitatem,* Couar. *in cap. quia nos, n.5. de testam.* in his duntaxat in quibus iucundum est filio censeri exemptum à patrio nexu: Secùs in his in quibus nociuum sit, & damnosum esse liberum: Alexand. *in d.l.sub conditione, ff.de liber. & posthum.* & probatur *ex 2.tom. communium opinionum, tit.29. vers.item filiusfamil.* creatus Cardinalis Romanæ Ecclesiæ immunis est à patria potestate.

103 Dignitates autem sæculares per quas soluitur patria potestas, sunt numero decem; & habentur *in l.vlt. C.de decurionibus, lib.*10. Prima est dignitas Patriciatus, de qua fit mentio *in l.7. tit.18. p.4.* & *ibi,* Lopes, dicitur autem Patricius, qui eligitur à Principe in suum consiliarium: is ergo est exemptus etiam à tutelis suscipiendis, *l. final.* & *ibi* Ioan. de Platea *C.de silentiar.lib.*12. Patricij item dicuntur patres Conscripti: euecti ad hanc dignitatem, statim exeunt à patria potestate; vt habetur *in l. filiusfamil. Institut. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur.* Nam eo ipso, quod quis eligitur, & certior fit à Rege vel verbo, vel Nuntio, vel Epistola, statim exit a patria potestate: *d. l.7.verbo Ca luego que sul electon es fecha.* Bartol. *in d. §. filiusfamil.* & *ibi* Platea, & Lucas de Penna, Latinè dicitur Patricius, quod vulgo *Consetero del Principe,* quasi Pater Principis.

Secunda dignitas, de qua fit mentio *in l.8.tit.18. p.4.* & *in l.2.C.vbi Senatores, vel Clarissimi,* est dignitas Proconsulis, de qua etiam *in d. Authent. constitutio quæ, de dignitatibus, §.nunc autem,* per quam corrigitur *d.§.filiusfamil.* vbi dicebatur non liberari à patria potestate filium per officium Consulare: Proconsul enim idem est, quod Iudex generalis Imperialis Curiæ, aut Regis; qui est electus, seu missus ad ius dicendum in aliqua prouincia. 104

Tertia est dignitas Præfectus Prætorio, vulgò *Adelantado maior de la Corte,* qui loco Regis ad decidendas in Curia omnes lites, & causas totius Regni constituitur eorum, qui ad Regem prouocant. Item causas Iudicum Curiæ ipsius ad ipsum deuolutas, à quo non est licitum appellare: sicut non licet appellare à sententia definitiua à Rege lata.

Supplicare tamen licitum est, *l.si quis aduersus, & Authent. quæ supplicatio, C.de precibus Imperatori offerendis.* Quia ergo in Regno non est Iudex ad quem ex hoc possit prouocari, aut appellari, in hoc casu quando aliquis fuerit suo iudicio plus iusto grauatus, seu damnatus; poterit ab eo humiliter & submissè postulare vt ipse videat, reuideat, seu corrigat, aut moderetur suam sententiam.

Quarta dignitas per quam soluitur patria potestas, est dignitas Præfecti Vrbis, diciturque Iudex scilicet maior in ea Ciuitate, quæ est caput Regni. Habetur *in l 9.tit 18.part.4.* de qua etiam meminit *l.1 .ff. de Officio Præfect. vrbi. & d. Authent. constitutio, quæ, de dignitatibus, vers. & si quos.* 105

Is autem Præfectus Vrbi iudicat de omnibus causis illius Ciuitatis, & sui termini circumcirca: potestque is tam in ciuilibus, quàm in criminalibus vsque ad suspendium, & mutilationem, Iurisdictionem suam exercere in Reos simili pœna dignos.

Quinta dignitas, quæ soluit ius patrium, obtinetur vbi primum quis eligitur Præfectus Orientis, vulgò *Adelantado de Oriente,* aut Auditor generalis Orientis cum potestate vitæ, ac necis, *d. l.9. tit. 18.part. 4.* 106

Sexta dignitas est Quæstura, quæ liberat à patrio iure, eo ipso quo quis Quæstoris munere fungitur, & reditus Principis recolligit; non vt conductor redituum, sed quia literas secretas, quas Rex mittit, & ad illum mittuntur, tanquam Tribunus, seu Notariorum Primicerius, vulgò *Serinam du puridade,* legit: & leges, nouiter factas pronunciat, Greg. Lopes *l.10.tit.18.part.4.* 107

Septima, per quam soluitur ius patrium, est dignitas militiæ Equestris, seu Magistri Equitum, Lusitanè *Capitam dos ginetes,* seu vt alij volunt vulgò *Alferes mor,* qui dum Rex prælium ingreditur vexillum Regium præfert: habetur *in l. 15. tit. 18. part. 4.*

Is autem Magister Equitum iudicabat inter Equites de omnibus causis ad ipsos pertinentibus, circa contractus celebratos super supellectili Equestri distracta, vel distrahenda, de qua *l.16.tit.9. part.4.*

Octana

Octaua dignitas liberans à patria potestate conceditur Patrono, seu Aduocato fisci Regij, cui incumbit tueri omnia etiam iura in iudicio ad Cameram Regalem pertinentia.

Nona dignitas habetur *in l.12.tit.18 p.4.* quam habet Maiordomus Regius, qui ab aliis rationem expensarum, quæ fiunt in domo Regia, recipit.

Decima dignitas est, quam habet Magister sacri scrinij libellorum, vulgò *Chancerel*, apud quem sigilla regalia custodiũtur, & seruat omnia quæ ex officio Ordinationis Lusitanæ *lib.1.tit.2.* Cancellario competunt, cuius etiam officium est examinare omnes sententias, & Chartas ad Cancellariam venientes, antequam sigillo Regio consignentur, & muniantur, de cuius obligationibus Ordinatio Lusitana *lib.1.tit.2. & l.13 tit.18. part.4.*

Cancellarius ergo dicitur à cancellando: vnde Cancellaria est locus ad quem ducuntur litteræ, sententiæ, seu chartæ sigillandæ, si carent vitio iniustitiæ: quæ verò carent iustitia, cancellandæ sunt, & transuersis lineis, seu cancellis illinendæ. Orosius *in suo Thesauro Idiomatis Hispanici, verbo, Canciller.* In ordine sedendi, est secundus à Rectore Iustitiæ, Gama *decis.1. n.43.* Azor *2.p. lib.5. cap.36. §. meo iudicio*, existimat Cancellarium, & Scriniarium esse eundem officialem, & sicut hodie Cancellarius dicitur Præfectus Cancellariæ, sic etiam olim Scriniarius fuit Præfectus Scriniorum.

108 Secundùm verò *l.14.tit.18.part.4.* Magister Scrinij sacri, & memoriæ Principis est Notarius, cui incumbit facere, vt notentur, & registrentur in aliquo prothocollo litteræ, & Chartæ, quæ ex Curia Regia exeunt. Item literæ, quæ deferuntur ad Regem ex variis partibus, vt earũ conseruetur memoria: nec non omnes lites extraordinariæ, quæ ante Regem in Curia expediuntur, vel ante Præfectum Prætorio per ipsum transcribuntur, ne in posterum abeant ex hominũ memoria: Gregor. Lopes *ibi, & in l.7.tit.9.p.2.ibi*, Glos. vocat eos Notarios, seu Secretarios, quibus Rex sua arcana, seu secreta committit.

109 Ex his tamen Dignitatibus per electionem duntaxat factam, quatuor soluunt patriam potestatem eo ipso, quo fit electio, Patriciatus nimirum, Consulatus, Præfectus Prætorio, & Episcopalis dignitas. Cæteræ autem dignitates non liberant à patrio iure, nisi post inchoatam administrationem, Greg. Lopes *d.l.14.* Platea *in l.fin. n.3. C.de consulibus.* & quamuis Dignitates finiantur, & ipsi Officiales à dignitatibus remoueantur semper gaudebunt priuilegio, & exemptione libertatis, Platea *supra, d. n.3.ad fin.* Matienso *l.9. tit.1.Glos.3.n.2. lib.5.noua collectionis.*

Quinimò priuilegium hoc libertatis est vtile filio in prosperis, neque in aduersis filio præiudicat, Greg. Lopes *in d.l.14. tit.18. p.4. & in l.15. verbo vttener, eodem titulo*: atque ita ex tunc gaudet priuilegio quoad personam, & quoad bona: quoniam ex eo puncto pater non habet vsumfructum, sed filio cum proprietate bonorum pleno iure omnia acquiruntur: Molin. *disp.219. §. octauum*, cõtra Gomes. *in l.48. Tauri*, minus bene resoluentem, *n.6. ad finem*, filium exeuntem à patrio iure per dignitatem Episcopalem, Patriciam, Consularem, & per alias supra memoratas, non propterea sibi acquirere vsumfructum in bonis aduentitiis ante dignitatem quæsitis, sed perseuerare apud patrem: quod non est dicendum, quia per dignitatem in totum filius acquisiuit bona, & vsumfructum eorum, & nihil remãsit penes patrem: ita Gloss. *d. Auth. constitutio, §. penultimo, verbo donans.* Obtenta igitur aliqua dignitate, pater deinceps nec quæsitis nec quærendis gaudet.

Hactenus ex quibus Dignitatibus ius patrium à se filij excutiant; nunc ex diuerso dicamus ob quæ delicta idem ius tollatur. Atque in primis constat per hæresim paternam filios eximi à patrio nexu, & fieri sui iuris, ita expressè *c.2. §. fin. de hæresi, lib.6.* quod procedit etiam antequam damnetur pater per sententiam, à punctu criminis commissi filios esse sui iuris, *d.c.2.§.fin.* vbi filij dicuntur sui iuris. 110

Vnde sequitur, si pater filiũ emancipet postquam prolapsus est in hæresim, non tenere emancipationem, cùm non haberet iam filium in potestate: ita Molin. *tom.1.de Inst. disp.9.col.7. vers. ab hac regula, & disput. 229. in tertio modo liberandi à patrio iure*, Lessius eius sectator *lib.2.de Iust.c.3. dubio 5. n.23. ad finem*, Rebellus *de Iust.1.p.lib.1.q.7.sect.1.n.23.* Azor *tom.2.Instit. moralium, lib.2. c.22. q.6.* Sà in Aphorismis verbo filius *n.23.* & probatur ex Gloss. *in d.§.fin. in verbo desierint*, Idem ait Say. *in claui Regia, lib.3.c.9. n.30. & lib.9.cap.7.n.7.*

Quia vt dictum est ante illam filius erat iam suus, Castro *lib.2.de potest.leg.pœnalis, & lib.9.c.7.vers. ratio est*, idem reperit propter delicti atrocitatem à puncto, quo pater patrauit crimen hæresis, filium egressum fuisse patriã potestatem; & quamuis crimen ignoretur, nullum deinceps vsumfructum quæri patri in bonis aduentitiis filij, sed redire vsumfructum cum proprietate ad filium, non verò ad fiscum, tradit Molin. *d.disp.9.* Simanch. *de Instit.Cath. tit.9.n.81.* Soar. *disp.22. de fide, sect.5. n.9. vers. in bonis autem aduentitiis*, quia pater per hæresim amisit ius patriæ potestatis, ratione cuius fruebatur vsufructu in bonis filij. 111

Quocirca cùm ius illud non fertur in fiscum, non confiscabitur vsusfructus, sed consolidabitur cum dominio filij: si verò filius fiat hæreticus, & pater sit fidelis, publicabuntur bona filij quoad proprietatẽ, & dominiũ, quod est delinquentis: quin etiam vsusfructus publicabitur ab articulo commissæ à filio hæresis: quia filius per hæresim etiam egressus est à iure patrio, vt constat *ex §. cùm autem, Instit. quibus modis ius patria potestatis soluitur*, Soar. *suprà.* Quod si hæreticus habebat Emphyteusim, non publicabuntur ea bona, quoad proprietatem, sed quoad dominium vtile, quamdiu delinquens vixerit. Suar. *d.sect.5. n.11.* 112

Bona autem castrensia, aut quasi filij innocentis non publicabuntur propter hæresim patris, sed propter hæresim propriam. Suar. *d.sect.5.n.9.* neque incurrit cẽsuras, in quas incurrũt patres. Item si filius infidelium baptizetur eo ipso liberatur à patria potestate patris infidelis; eo quòd per baptismum pertinet ad ius Ecclesiæ, *cap. Maiores, de baptismo*, Suar. *de fide disp.18. sect.5. n.15.*

Cæterùm si filius incidat in hæresim, vel in crimẽ læsæ Maiestatis, publicatis eius bonis, publicabitur peculium castrense, & quasi. Quæ opinio est receptior; sic Simanc. *de Cathol. tit.9.n.15.* Azor *1.p. Instit.moral.lib.5.c.7.q.8. & part.2.lib.2.c.22.q.8.* quamuis Angel. *in l.si finita §. si de vectigali, ff. de damno infecto*, sentiat non publicari, sed fallitur, vt constat ex praxi.

De bonis autem aduentitiis filij hæretici, in quibus pater fidelis habet vsumfructum, quæstio est, an quando ob hæresim, vel aliud crimen læsæ Maiestatis publicantur bona filij, veniat ad fiscum vsusfructus, quem pater innocens habet in ipsius bonis? Affirmat Suar. *d.disp.12.sect.5.n.9.* quia ex eo sunt tam bona, quàm vsusfructus delinquentis, cùm patria potestas sit soluta, dicens *ibi* in hoc omnes conuenire: sed Suar. loquitur de hæretico. 113

Azor. tamen *1.p. Instit. moral.lib.5.cap.7. q.8. & lib.8. cap.12. q.15. & in 2.p.lib.2.cap.22.q.7.* ais

penes patrem manere vsumfructum dum viuit, & eo defuncto deuolui ad fiscum, argumento filij professi, cuius vsusfructus manet apud patrem, dum est superstes, & eo defuncto fertur ad religionem bonorum capacem; & tamen filius per professionem liber est à patria potestate: quam sententiam vocat satis dubiam.

Probabilis autem est opinio Suarij, quam tenet etiam Simanc. *de Instit. Cathol. tit. 9. num.* 18. dicentis ad fiscum pertinere: eo quia cùm sit liber omnino à patrio iure, bona & vsusfructus à die commissi delicti pertinent ad fiscum, quoad proprietatem; ac proinde non debet manere vsusfructus penes patrem. Sed Azoris opinio est probabilior & tenenda.

114 Sequitur dubitatio, an filius miles professus in ordine militiæ Christi Domini, aut Sancti Iacobi, aut S. Benedicti de Auis, exeat per professionem à patrio iure? Dico in primis militiam non liberare à patria potestate, *l. si maritus, C. de patria potestate.* Dico secundò huiusmodi milites etiam professos perseuerare sub patria potestate, non obstante ea professione, ex Glossa *in l. si ex causa, §. Pomponius, ff. de minoribus*, cùm ea non loquatur de professionibus emissis in his Ordinibus militaribus, quia non viuunt intra septa Monasterij, sed extra, more laicorum vxores ducentium: neque de hac professione fit mentio, *in Institut. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur*, quod requiritur ad obtinendam exemptionem à iure patrio.

Nec refert dicere illos fecisse tria vota, paupertatis scilicet, castitatis, & obedientiæ: quoniam accedente pontificia relaxatione, statim relaxantur: Valasc. *consult.* 108. *n.* 26. Et quamuis habeant Præceptorias, seu Cômendas, non propterea egrediuntur patriam potestatem, cùm hoc iure cautum non sit: ac proinde non possunt testari, cùm sint filijfamil. nec de bonis in quibus pater non habet vsumfructum, quæque ad ipsum pertinent, tam ad proprietatem, quàm ad vsumfructum: ita Bartol. & Scribentes, *in l. qui in potestate, ff. de testam.* Gloss. *in principio, in Auth. vt liceat matri & Auiæ, collat.* 8.

Hæc autem non procedunt in militibus Sancti Ioannis Baptistæ, quia isti facta professione exeunt à patrio iure, cùm sint veri religiosi, & per professionem illorum dissoluitur matrimonium ratum: Nauar. *cons. 2. de conuers. coniugat. n. 1. lib. 3. & de regularibus cons. 12. n. 1. eodem lib pag.* 725. post Sotum, *de Iust. lib. 7. q. 5. art. 3. col. penult. vers. ex his.*

115 Offert se difficultas an filius exeat à patrio iure per incestas nuptias à patre contractas? Responsio est affirmatiua, si pater contraxit cum cõsanguinea sua, vel vxoris demortuæ, scienter intra gradum prohibitum, habetur *in Authent. incestus C. de incestis nuptiis*, de quo etiam dicitur, *in l. 6. tit. 18. part. 4.* & ibi Gregor. *verbo, de peccata*, quod extendit, si sciens contrahat cum moniali, & ad hanc pœnam incurrendam tradit Conar. 2. *p. Epitome c. 6. §. 8. n.* 20. requiri, quòd copula intercedat, Gutier. *de matr. cap. 87. n.* 11. Sanch. *de matrim. lib. 7. disp. 15. n. 9. &* 11. *& lib. 9. disp. 32. n. 42. &* 47.

In hoc casu filij prioris matrimonij sunt eo ipso exempti à patris potestate, non tamen liberantur filij per sponsalia de futuro contracta à patre, sed de præsenti: Bart. & Iason *in l. final. de condict. sine causa*, accedente copula, per text. *in cap. & si necesse, de donat. inter virum, & vxorem*, secundùm Bald. Nouellum, *in tract. de dote p. 11. col.* 11. quia incestus non committitur sine copula.

116 His adde finiri patriam potestatem, si pater fit seruus pœnæ propter delictum aliquod atrox, siue seruitus ista sit mors naturalis, siue mors ciuilis: illi autem vocantur serui pœnæ, qui vltimo supplicio afficiuntur; quo & ciuitatem, & libertatem deperdunt: *l. qui vltimo, ff. de pœnis.* Item damnati ad metalla, vel in perpetuum relegati; item si quis damnetur in perpetuum ad opus aliquod publicum, eius filius egreditur à patria potestate, secùs si damnetur ad tempus, sed non liberi sunt ab infamia, *l. sunt quidam ff. de pœnis.*

Nota tamen, quòd si pater, aut filius damnentur ad metalla in perpetuum, vel deportentur etiam in perpetuum, & postea ex beneficio Principis restituantur in suam pristinam libertatem, recuperare patrem ius suum patrium, & filium redire ad patriã potestatem eodem prorsus modo, quo antea erat.

Quod si contingat, vel filiũ, vel patrẽ in aliquam insulam, vel locum remotũ relegari, non tamen cum amissione omnium bonorum suorum; non ob id censetur deperdere pater suum ius patrium, nec filius exire de patria potestate: ita Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 9. col. 2. & 3. & disp. 229. §. secundus* & habetur *Institut. quibus modis ius patriæ pot. soluitur. §. cum autem*, Azor *Instit. moral. p. 2. lib. 2. cap. 2.* vbi notat discrimen pœnæ: quia per deportationem Deportati amittebant ciuitatem, familiam, connubium, & patriam potestatem; nec poterant facere testamentum, & priuabantur omnibus commodis à iure Ciuili introductis. Cùm ergo ius patriæ potestatis à iure ciuili sit inuentum, spoliabatur eo pater deportatus. Contra verò, cùm relegatio in insulam non esset perpetua, sicut deportatio erat, sed erat relegatio ad tempus certum, vel absque conditione, relegatus non amittebat iura Ciuitatis.

De Bannitis, vulgò *encartados*, licet aliqua attingere. In primis commune est non amittere patriam potestatem ex hoc delicto, vt refert & sequitur Alexand. *in l. cum dotem, §. si patri, n. 4. ff. solut. matrim.* & Bald. & Angel. ibi. Ripa *in l. ex facto § ex facto, n. 19. ff. ad Trebell.* Bossius *tit. de bonor. publicat. n. 68. in fin. & 69. in princ.*

Contrarium scilicet, quòd amittat Bannitus patriam potestatem, & ab ea liberetur, voluit Bart. *in l. si adulterium § liberto, ff. de adulteriis*, per text. *in l. postliminium, §. filius, ff. de captiuis & postlimin. reuers.* quæ sententia est verior, quia Bannitus impunè offendi potest, & tanquam hostis Ciuitatis pro mortuo habetur, præsertim per vigorem Constitutionum Pij IV. & V. contra Bannitos: quod est verum ex Castrensi, Romano, Alciato, & alijs relatis à Petro Surdo, *in tract. de alimentis, tit. 4. q. 16. n.* 60.

Hæc autem opinio procedit absque dubio in Bannito à Summo Pontifice, aut ab Imperatore, vt obseruat Martin. Lauden. *in tractatu de crimine læsæ Maiestatis q.* 54. & Boss. *in titulo de bonor. publicat. n. 69. in fine, & n. 70. vers. tamen in hoc.*

Quare prima opinio, quòd non amittat Bannitus patriam potestatem, procedit quando est Bannitus pro alio crimine, quod non sit læsæ Maiestatis, nec sit rebellis, ac transfuga ad hostes, quamuis sit crimen capitale aliàs, & etiam, quamuis impunè offendi possit. Secunda autem opinio soluens bannitum patria potestate, intelligitur in Bannito pro crimine læsæ maiestatis, & in Bannito rebelli, ac transfuga: qua distinctione vtitur Ripa, *in l. final. q. 23. C. de reuocand. donat.* Socin. iun. *cons. 54. in tertio volumine*, & alij, quos referens sequitur Peregrinus, *in tract. de iur. fisci lib. 3. tit. 7. n. 23. in fine, vers. Tu dic.*

Nec dicitur Bannitus seruus pœnæ antequam damnetur, vt est communis; Corn. *cons. 55. lit. 2. lib. 2.* Boss. *titulo de Bann. quid amitt. n.* 12. & condemnatio debet esse pure lata, & absque vlla conditione, sic Boet. *decis.* 278.

Nec

Nec posse testari etiam de iure communi, quando statutum expressè statuit Bannitos censeri priuatos iis, quæ iuris communis sunt: ita Gozadin. *cons.* 96. *num.* 8. *ad medium*, *vers. secundo respondeo*, & Brunor. à Sole, *in suis quæst. legal. q.* 16. *num.* 24. Item nec potest testari secundùm statutum Ciuitatis à qua exulat: Ratio, quia ex Banno priuatus est beneficio Ciuitatis.

117 An vero Banniti aliquando æquiparentur Deportatis, quæstio est anceps. Nam deportati amittunt actiuam, & passiuam testamenti factionem: atque ita non possunt testari per *l. eius qui*, §. 1. *ff. de testam.* Imol. *in cap. quia ingredientibus, post num.* 30. *de testam.* & Matant. *in l. is potest, num.* 17. *ff. de acquirend. hæred.* Carent enim deportati libertate. Neque possunt acquirere ex testamento cùm sint incapaces omnis successionis, Alexand. *in l.* 1. *num.* 2. *C. de hæred. instituend.* Farinac. *in praxi, q.* 102. *num.* 150. habentur enim pro mortuis Ciuiliter, ideò amittunt quæ iuris Ciuilis sunt, & ex consequenti amittunt patriam potestatem actiuè, & passiuè. Peregrin. *in tract. de iure fisci, lib.* 3. *tit.* 5. *sub num.* 2. & *num.* 6. Farinac. *d. num.* 152.

118 Dicendum est igitur Bannitos censeri deportatos, quando illis imponitur pœna Banni, interdicta scilicet Ciuitate, cum confiscatione bonorum: ex Glos. *in* §. *relegati, verbo, retinent, Instit. quibus modis ius patr. pot. soluitur.* Sed Curtius Senior *cons.* 59. *post num.* 18. docet hanc Glossam esse communiter reprobatam. Propter quod decidit melius Alexand. *cons.* 116. *num.* 7. *lib.* 2. Bannitum cum publicatione bonorum partim conuenire cum relegato, ac partim cum deportato.

Quòd si eò perueniat Bannitus, vt possit impunè occidi, tunc erit deportatus: quam opinionem testatur communem Corneus *cons.* 55. *in littera L. lib.* 2. Quando autem pœna Banni est sine confiscatione bonorum, æquiparatur Bannitus Relegato ex d. Glos. *in* §. *relegati, verbo, retinent*, quod esse cōmune tradit Marant. *in suo speculo, fol.* 29. *n.* 7.

Intra hanc varietatem, magis placet asserere Bannitum, siue perpetuò, siue ad tempus, siue cum confiscatione bonorum, siue absque illa, siue possit impunè offendi, siue non, partim esse deportatum, & partim relegatum: ideò ne erretur in iudicando, standum est legibus, & consuetudini locorum vbi res est expedienda: Farin. *in praxi, p.* 1. *lib.* 1. *tit.* 3. *q.* 19. *num.* 16. *per laamen* 4. *tit.* 18. *part.* 4.

Interdum etiam Banniti numerantur cum Deportatis, quando videlicet amandantur in exilium perpetuum cum publicatione bonorum. Interdum verò numerantur inter Relegatos, nimirum quando mittuntur in exilium ad tempus absque confiscatione bonorum, vt ostenditur ex *eadem l.* 4. *tit.* 18. *part.* 4. per hæc verba: *E si son hechados a tiempo y no para siempre*, sequitur Gregor. Lopes. dicens propter contumaciam Bannitos si perpetuò Bannientur, bonis publicatis, comparari Deportatis.

Contra verò, si ad tempus, vel perpetuò relegentur absque publicatione bonorum, computari inter Relegatos: atque ita secundùm memoratam *legem quartam*, Deportati amittunt patriam potestatem, quam in filios habent: secùs si duntaxat sint relegati.

Banniti namque perpetuò cum publicatione bonorum deperdunt iura, & priuilegia Ciuitatis, & censentur deportati, vt etiam volunt Speculator *titulo de instrument. edit.* §. *compendiosè*, *vers. quid de Bannito*, & Alexand. *d. cons.* 116. vbi plures refert, *col.* 2. *vol.* 2. & hoc est tenendum, considerata *d. l.* 4. *tit.* 18. *parte.* 4.

Nihilominùs de iure communi contrarium est verius vniuersim, Bannitos scilicet æquiparari Relegatis; & ratò, aut nunquam Deportatis ita Angel *in* §. *cum autem, Instit. quibus modis ius patria potest. soluitur.* Hodie enim regulariter Banniti non amittunt iura, & priuilegia communia; sed solùm iura municipalia suæ Ciuitatis: etiamsi bănniantur cum publicatione bonorum: vt tenet Angel. *in l. ita facto, ff. ad Trebel.* de quo per Bald. *in l.* 1. *C. de hæred. instituend.*

Ex quibus planum est, per deportationem deperdi patriam potestatem, siue deportetur pater, siue filius: recuperabitur tamen per restitutionem Principis: at vero per relegationem non tollitur patria potestas, vt habetur *in d.* §. *cum autem, Instit. quibus modis ius patria potestatis soluitur*, & ibi Angel. Aretin. *n.* 1. & 2. Azor. 1. *p. Instit. moral. lib.* 2. *cap.* 20. *vers. causa deportationis.*

De iure Lusitano *lib.* 5. *Ordinat. Regia, tit.* 126. *n.* 8. *vers. E auemos por bem*, habentur Banniti damnatos ad mortem naturalem, posse occidi à quolibet de populo, *ibi: que qualquer do pouo os possa matar sem pena.* Hi autem ad mortem ita damnati efficiuntur serui pœnæ, nec possunt gaudere aliquo Ciuili actu, qui vt sustineatur, egeat auctoritate iuris Ciuilis, vt etiam loquitur Ordinatio nostra *lib.* 4. *tit.* 81. §. 6. *ibi: porque a condenaçam o faz seruo da pena*, in qua est condemnatus, & consequenter priuatur omnibus actibus ciuilibus, qui requirunt auctoritatem iuris ciuilis. 119

Quare talis Bannitus, & ad mortem damnatus æquiparatur damnato ad metallum, ac Deportato, Cabed. Lusit. 2. *p. decis.* 57. *à n.* 3. *vsque ad* 8. sed Deportatus, & damnatus ad metallum, & damnatus bestiis fiunt serui pœnæ, & seruitus pœnæ aufert omne patrium ius, vt est communis; & docet Angel. Aretin. *in d.* § *cum autem.* Ergo apud Lusitanos, cum Bannitus fit seruus pœnæ, & priuetur omni Ciuili actu, & patria potestas sit actus iuris Ciuilis, teste eodem Angel. *n.* 2. & constat *ex l. nam & ciuium ff. de his qui sunt sui vel alieni*, sequitur Bannitos, de quibus loquitur Ordinatio Lusitana *d. tit.* 81. §. 6. *lib.* 4. & *tit.* 126. *n.* 8. *lib.* 5. amisisse omne ius patrium in filios, & ex eorum delictis etiam solùm patriam potestatem, quando facti sunt serui pœnæ.

Illud adde, quamuis Bănniti possint occidi à quolibet de populo, & id procedat in foro etiam conscientiæ, vt Iul. Clar. *in praxi, verbo, homicidium, n.* 58. Bona Coz. *tom.* 2. *commun. opinion lib.* 9. *tit* 13. *n.* 79. *pag.* 500. & alij, limitari primò in Bannitis condemnatis, qui ducuntur ad supplicium. Hi enim cùm habeant fiduciam in potestate Iudicis, non possunt occidi ab aliquo impunè, Perez *l.* 5. *vers. quod autem in Bannito, tit.* 12. *lib.* 8. *Ordinam. pag.* 251.

Similiter Banniti extra Regnum nequeunt occidi impunè, cùm occisor non adiuuetur ibi tali statuto, Ant. Gomes. *in l.* 76. *Tauri n.* 17. *col.* 3. Idem Clar. §. *homicidium, n.* 65. *vers. vlterius.*

Limitatur secundò in Bannito, qui est pater occisoris; quia filio non est integrum patrem bannitum occidere: Azot. *Instit. Moral. p.* 2. *lib.* 2. *cap.* 2. *q.* 14. *pag.* 129.

§. IV.

Quid dicendum de vsufructu, quem pater habet in bonis filij, ratione patrij iuris.

EPITOME.

120 *Pater dissipans bona filij, in quibus habet vsumfructum, tenetur restituere.*

Fragosi Regim. Christ. Reipub. P. III. I 3 121 Pater

121 *Pater non debet satisdare pro bonis filij in quibus habet vsumfructum.*

122 *Pater non potest alienare bona filij, nisi ex vrgenti necessitate.*

123 *Pater ad alienandum bona filij non eget decreto Iudicis, & quando poterit alienare.*

124 *Pater tenetur conficere inuentarium in bonis filij, aliter non habet vsumfructum.*

125 *Pater potest cogi à Iudice ad instantiam filiorum vt fiat descriptio bonorum ad filios spectantium, non tamen debet fieri descriptio præstito iuramento.*

126 *Pater secundas nuptias contrahens, an teneatur restituere filiis prioris matrimonij nubentibus vsumfructum, quem habet in bonis, quæ propter secundas nuptias reseruari debent.*

127 *Pater transiens ad secundas nuptias non amittit vsumfructum in bonis aduentitiis filiorum.*

128 *Pater verum, quando priuatur administratione bonorum filij, priuetur vsufructu.*

129 *Pater vsufructuarius bonorum aduentitiorum filij, an habeat maiorem facultatem ad præcidendas arbores, quam cæteri vsufructuarij.*

130 *Pater ex dispositione Ordinationis Lusitanæ lib. 4. tit. 97. quos habeat vsusfructus, vel non habeat in bonis filij.*

131 *Pater, & filius sub potestate illius si fiunt hæredes ab extraneo æqualiter, pater in dimidio filij habebit vsumfructum, nisi filio reseruetur.*

132 *Prohibitio tacita requiritur, ne patri veniat vsusfructus in bonis filij.*

133 *Vsusfructus ne patri veniat ex testatoris voluntate ostenditur ab Ordinatione Lusitana, lib. 4. tit. 98. §. 1.*

134 *Vsusfructus si detur filio pleno iure, quid intelligatur sub illo dari.*

135 *Pater an habeat vsumfructum in bonis Emphyteuticis filij famil.*

136 *Vsufructuarius an possit imponere seruitutem in re, in qua habet vsumfructum.*

137 *Patre repugnante ne quod relinquatur filio, vsusfructus non ad patrem, sed ad filium pertinet.*

138 *Patre remittente vsumfructum, filius sibi retinebit, quamuis alij filij extent.*

139 *Remissio vsusfructus non est propriè donatio, & valet absque alia traditione, & cur.*

140 *Quid de fructibus collectis quorum pater iam est dominus, si pater eos remittat, nunquid debent conferri à filio.*

141 *Pater an debeat assumere in suo tertio remissionem vsusfructus factam filio, aut reuocare illam, vt inofficiosam, si multum excedat.*

142 *Remissio an sit irreuocabilis dum pater viuit.*

143 *Filio quando relinquitur simpliciter vsusfructus competiens patri, an filio: Et an extinguatur vsusfructus morte filij 2 num. eodem.*

144 *vsusfructus relictus filio præsumitur relictus contemplatione filij non autem intuitu patris.*

145 *Quamuis fiat mentio patris: Nisi id exprimatur ibidem.*

146 *Vsusfructus an possit alienari, & in alium transferri ostenditur. & num. 147.*

148 *Pater an possit habere vsumfructum in bonis filij famil. donatis filio à Principe etiam propter patrem.*

149 *Pater non habet vsumfructum in bonis filij Clerici aliquibus, & in aliquibus aliquando habet, rati ne patria potestatis: & num. 150.*

151 *An vero teneatur filius Clericus computare in legitimam data sibi à parentibus, supra disp. 3. §. 1. n. 22. vbi obuer. n. 151. 152. 153. & 154.*

155 *Canonico relicta hæreditas ab alio Canonico, an pater in illa habeat vsumfructum.*

CErti iuris est patrē dissipantem bona filij, quorum est administrator, teneri filio restituere 120
dānum datum *l. final.* vbi Bart. *C. de sentent. pass. & in l. constante, n. 63. ff. solut. matrim.* & *ibi* Iason. *n. 196.* Probatur *ex l. imperator, ff. ad Trebel.* vbi Segura *col. 17.* Neque vt bona auferantur patri dissipanti, requiritur dissipatio dolosa, aut fraudulenta, vt credit Angel. *in d. l. Imperator*, & Ioan. de Imol. *col. 1.* per verba legis, ibi: *multa in fraudem fideicommissi fieri probarentur.* Sed satis est, vt fiat dilapidatio bonorum ex culpa, aut negligentia patris: vt vult Bart. *in d. l. Imperator n. 1.* Segura *supra col. 40.* Boer. *decis 61. num. 14.* Bald. *in d. l. vlt. num. 18. C. de sentent. pass.* vbi ait, patri esse auferendam administrationem, ex eo, quòd sit tenax: ita vt nolit expendere necessaria ad conseruanda bona: sequitur Pinel. *in l. 1. C. de bonis maternis, 2. p. n. 34.* Molin. *de primog. lib. 1. cap. 16. à num. 1. ad num. 13.* vbi tradit cessante dolo, si pater culpabiliter, vel negligenter dissipet bona filij, vtendum esse remedio remouendi illum ex dicta administratione.

Cæterùm pater non tenetur satisdare pro bonis 121
filij, quando est vsufructuarius in bonis aduentitiis filij, Molin. *de iust. tract. 2. tom. 1. disp. 8. §. illud animaduertendum, fol. 81.* consonat Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 91. num. 4.* ibi: *o pay nam seru obrigado a dar fiança.* Confirmatur ex nimia confidentia ipsius legis erga patrem, quem releuat ab onere cauendi, quamuis bona filiorum sint mobilia, seu vsu consumptibilia.

Nihilominus si pater habens bona propria, & filiorum bona malè administret, & dilapidet, eo ipso censebitur hypothecare bona propria pro restitutione bonorum filiorum, quæ dilapidat, vt habetur in *l. cum oportet, §. vlt. C. de bonis quæ liberis*, & tenetur rationem reddere, Bald. *ibi, §. non autem*, & Glos. etiam *in eodem §. non autem*, Valasc. *de partit. cap. 18. num. 15. fol. 108. col. vlt.* Surd. *de aliment. tit. 8 priuilegio 88 num.* dicens patrem filiis debita bona dilapidantem non esse cogendum ea statim reddere filiis, sed prouidendum remedio cautionis, pro qua decisione allegat *l. iubemus, §. in supradictis, C. ad Trebell.* Sequitur Imol. *in l. Imperator ff. ad Trebell.* dicens, hanc legem hodie non habere locum, nec secundum illam bona malè administrata à patre esse statim auferenda, cum prouideri possit per remedium cautionis aduersus patrem malè dissipantem, cui adhæret Iason *in l. si constante, num. 197. ff. solut. matrim.*

Attamen pater, qui habet vsumfructum in bo- 122
nis filij, & est legitimus administrator, non potest alienare illa bona: ita Alcan. Clemens *in tract. de patria potestate, in 2. effectu, n. 48* post Bald. *in l. feminæ §. in computatione, num. 7. C. de iure delib. randi*, Natta *cons. 160. n. 2.* & probatur, quod filius non potest in præiudicium patris vendere proprietatem, in qua pater habet vsumfructum, *l. 3.* vbi Glos. *C. de patria potestate* Afflict. *decis. 241. num. 2.* Ergo, nec pater potest alienare bona filij quamuis habeat vsumfructum, *l. quæcunque, C. de bon. quæ liber. l. vlt. §. ipsum autem, C. eodem titulo.*

Vrgente tamen necessitate, si pater aliunde non habeat vnde sibi prouideat, fas illi erit bona filij aduentitia alienare irreuocabiliter, Cordub. *in l. si quis à liberis, in principio, ff. de liber. agnoscend.* Mantica *de tacitis, & ambig. lib. 4. tit. 6. n. 66 & 67.* post plures, quos *ibi* refert ac sequitur; & Couar. *lib. 2. var. r. cap. 8. n. 6. cum seqq.* vbi loquuntur de alienatione necessaria. Quòd si alienatio fiat sine necessitate, alienatio est ipso iure nulla, *per l. 1. C. de bonis maternis*, Molin. *tom. 1. de iust. disp. 216. fol. 1516. ad finem:* imo pater alienans ea bona, amit-

tit

tit vsumfructum, & filio restituetur, *l. si vsusfruct. m*, vbi Gloss. & Salicet. *ff. de iure dot.* Couar. *d. num.* 6. *vers. quod si pater*, vbi ait hoc procedere, quando ipsius vsusfructus formalis alienatio fit, nam pater non potest ius vsusfructus alienare: attamen commoditas vsusfructus bene potest vendi a patre: *l. necessario, §. vlt. ff. de periculo, & commodo rei venditae, & in l. arboribus, § 1. ff. de vsufructu.*

Vt autem vsusfructus in filium transferatur, requiritur quòd fiat à patre ipsius vsusfructus formalis venditio: ita Bald. *in l. 1. C. si pignus pignori det.* Imol. *in l. si vsusfructum, col. 1. ff. solut. matrim.* Quòd si pater alienet vtilitatem vsusfructus, hoc est commoditatem ipsius rei quoad vixerit, non ius vsusfructus, non ex hoc amittet vsumfructum: nec consequenter filio acquiretur: ita Alberic. *in d. l. 1. C. de bonis maternis n. 4. vers. quid si pater*: quare non placet, quod ait Couar. *ibi* ipsum vsufructuarium rem ipsam vendentem non amittere ex hoc vsumfructum, neque hunc praeterea extingui: cùm contrarium priùs dixerit per text. singularem, vbi Glos. & Salicet. *in l. si vsusfructus, ff. de iure dot.* & text. *in §. finitur, Instit. de vsufruct. vers. nam cedendo*, nisi dicas Couar. id retulisse ex opinione Baldi *in l. res quarum, C. de iure dotium.* hoc ipsum *ibi* docentis, nempe alienantem rem ipsam non ob id amisisse vsumfructum. Amitti etiam vsumfructum post plures tradit etiam Gomes. *tom. 2. variar. cap. 15. n. 15.* vbi de hoc latissimè agit, quod limitat & sublimitat iuxta id, quod resolutum communiter tradunt Doctores.

Poterit nihilominus in casu necessitatis pater, si filij sint maiores, alienare eorum bona aduentitia, vt satisfaciat creditoribus, & vtaes alienum exoluat: Azo *in summa, C. de bonis quae liber. num.* 1 a. Natta *cons.* 179. *n.* 6. Crauet. *cons.* 74. *num.* 1. Bald. Salicet. & Alex. *in l. Praeses C. de transact.* per text. *in l. fin. §. sin autem as alienum, C. de bonis quae liber.* siue necessitas vrgeat patrem, aut filios, quia necessitas eorum semper vna, atque eadem causa censetur, propter coniunctionem, quae inter patrem & filium reperitur; adeo vt pater & filius reputentur vnica persona: *l. final. C. de impuber.* vbi scribentes tradunt patrem possidere, quod filius possidet; & regestrum patris prodesse filio, & multa posse expedire pro filio, ita Angel. *in d. l. final.* Tiraquel. *in praefatione l. si vnquam, n.* 15 *C. de reuocand. donat.* & filius patri inopi tenetur alimenta largiri. Poterit ergo pater egenus alienare filij bona aduentitia, & filij p. onidere, sicut potest pro exoluendo debito filij vendere eadem bona, & hoc sine decreto Iudicis, quando filius est maior viginti quinque annorum.

123 Difficultas est an requiratur decretum Iudicis, quando filij sunt minores, & pater alienat ex necessitate bona aduentitia eorum? Affirmat Curt. sen. *in d. l praeses, n.* 12. *C. de transact.* & Iason, *ibi n.* 5. Sed contrarium est verius per text. *in l. vlt. §. sin autem as alienum. C. de bon. quae liber.* vbi conceditur patri potestas alienandi bona filij, vt satisfaciat creditoribus, nec fit ibi mentio de decreto, quod etiam tradit Baldus *in d. l. vlt. in fine* non egere scilicet patrem decreto Iudicis. quando ex causa necessitatis alienat bona filij: sequitur Afflict. *dec.* 393. *n.* 1. *&* 2. Decius *cons.* 209 *num.* 3. Ruin. *cons.* 101. *n.* 2. *lib.* 5. Tiraquel. *in d. l. si vnquam, in principio n.* 28. *& infra* · hanc partem in puncto iuris defendit tanquam veram.

Ratio potissima, quia cùm pater in his bonis habeat vsumfructum, non debemus iudicare temerè alienaturum illa bona, ita vt suum quoque vsumfructum prodigere videatur: accedit ad allegatos, Couar. *d. cap.* 8. *n.* 6. post alios, quos etiam sequitur Mant. *de tacitis & ambig. lib.* 4. *tit.* 6. *n.* 66. *&* 67. Gomez. *l.* 48. *Tauri n.* 18. *in fine*, idem docet Cald. Pereira, *in l. si curatorem, in verbo lasis, n.* 139. dicens non egere decreto Iudicis, quando est legitimus administrator: secus quando tanquam extraneus administrat: tunc enim non potest bona alienare sine decreto Iudicis.

Seu quid si pater alienet bona filij in quibus habet vsumfructum, poteritne filius illa a quolibet possessore petere, vel bonis non repetitis petere à patre, aut ab haeredibus aestimationem eorum? Affirmat Gomes. *in l.* 48. *Tauri n.* 15. Ratio, quia pro administratione dolosa, qualis est scienter alienatio facta à patre de bonis filij, habet pater tacitè hypothecata bona propria per text. *in l. cum oportet, §. final. C. de bonis quae liber.* quod de iure communi verum videtur.

De iure tamen Castellano non potest filius bona alienata à patre apud tertium reperta ab illo tertio vindicare, sed potest agere contra patrem, vel eius successores, quoad eorum aestimationem. Quod si dicatur patria ius haeres pro ea parte, qua est heres non potest agere: vt constat *ex l.* 24 *tit.* 13 *part.* 5.

Nihilominus dicendum puto filium viuente patre dum est sub potestate illius, non posse reducere alienationem factam à patre de bonis aduentitiis, nec esse admittendum durante patria potestate: ita Nicolaus Bellon. *cons.* 24. *n.* 5. post Bart. *in l. si constante. n.* 63 *ff. solut. matri.* & Neguzan. *de pignor. §. p. membro* 4. *n.* 18. Ratio, quia vsusfructus dum patria stat potestas, spectat ad patrem; & per id tempus, nihil aut parum filio praeiudicatur: atque ita tenet Valasc. *tom.* 1 *consult. cons.* 69. *n.* 16. tanquam in praxi receptum.

Dubium tamen assurgit, an pater habens bona filiorum in quibus habet vsumfructum, teneatur conficere inuentarium de praedictis bonis? Pars affirmans est vera, vt constat ex Ordinatione Regia Lusitana *lib.* 4. *tit.* 87 *n.* 6 *§. E se a may, & lib.* 4. *tit.* 98. *n. etiam* 6. *§ nem anera outrosi o vsufruitu dos bens dos filhos, no cazo emque nam fizer por morte da may delles inuentario dentro de dous meses.* Idem repetit *d. lib.* 1. *Ordina. tit.* 86 *n.* 8. *§. E mand. v. os*, sub eisdem, & sub aliis multo grauioribus poenis: sed in his locis loquitur duntaxat de patre viduo habente filios minores. 124

De iure autem communi, quando pater non est legitimus administrator bonorum filiorum, nec vsusfructus pertinet ad patrem, sed tanquam tutor, seu curator extat filiorum, tenetur facere inuentarium, & reddere rationem sicut quiuis alius extraneus tutor, seu curator; vt habetur *in l. licet, C. ad legem falcid.* & *ibi* Bald. & *in l. Orphanotrophos, C. de Episcopis & clericis*, Iason *in l. Praeses C. de transact.* & alij plures quos sequitur Cald. Pereira *in l. si curatorem, in verbo lasis, n.* 138. *& seqq.*

Secus si est administrator illorum bonorum, & gaudet vsufructu illorum: tunc secundùm communem sententiam non tenetur facere inuentarium ex eo, quod filius non potest à patre exigere rationem administrationis illorum bonorum, dum pater viuit: & deducitur *ex l. cum oportet, §. non autem. ibi: neque ratiocinia ci super administratione inferre, C. de bon. quae liber.* Ex quo constat non teneri patrem conficere inuentarium, siquidem non tenetur reddere rationem.

Contrarium videlicet (secluso Iure Lusitano excusante patrem à confectione inuentarij) tradit Pinel. 2. *part. legis* 1. *C. de bonis maternis*, teneri conficere inuentarium, quando est legitimus administrator de bonis filij, idque expressè ait *num.* 23.

post Menchac. *de successionum creatione, lib.1.§ 6. num.46.* Mendes à Castr. *in d. l.cum oportet, 2. p. num.122.* Garcia *de expensis cap. 11. num.65.* & ad id compelli posse per Iudicem: sequitur Spino *Gloss.35.de confectione Inuentarij, num.13.* Caualcan. *de vsufructu mulieri relicto, num.155.fol. mihi, 351.* vbi postquam meminit opinionis Pinelli, sic ait ibi: *Quod mihi placet maximè officio Iudicis, si Iudici videbitur vtile esse, & redundare in fauorem & vtilitatem filij:* quod procedit, si Iudici constet timorem aliquem alienandi subesse, aut suspicionem dissipandi.

125 Molina tamen *de primog. lib.1. cap.15. num.33.* alia via media incedens credit, patrem, quamuis Inuentarium de bonis filiorum facere non teneatur, teneri tamen facere descriptionem bonorum, quæ descriptio est quid diuersum ab inuentario, neque fit cum solennitate illius. Quæ petitio potest fieri à filiis, vt describantur illa bona sibi post mortem patrum tradenda; satisdationem autem non possunt exigere: sequitur Chassaneus *in consuetudines Burgundiæ in rubrica 6.§.6.n.27.* Pinel. *in l.1. C.de bonis maternis, 2.p. n.23.* quamuis vtatur verbo *Inuentarij* pro descriptione, quod est diuersum quid ab illo.

Vnde qui exempti fuerint à confectione Inuentarij, descriptionem bonorum non poterunt recusare, & ad illam faciendam filiis petentibus possunt compelli, vt Cumanus *cons.88.col.final.*

Quæ sententia non est aliena à recta ratione, si aliunde non constet, quæ bona aduentitia filiorum pater susceperit ad fruendum. In hoc euentu pater in foro conscientiæ tenetur facere descriptionem eorum bonorum, vt quilibet filiorum sciat, quæ bona ad singulos quosque pertineant, & illis tradantur, ne suis bonis spolientur: ita Molin. *de Iust. tom.1. tract.2. disp.219. ad finem*, quia quamuis pater de bonis aduentitiis in quibus habet vsumfructum non teneatur reddere rationem, aut cauere de bene vtendo, ac fruendo, vt probat text. *in d l. cùm oportet, §.non autem, C.de bon.quæ lib.* & ad hæc teneatur, quisquis non est legitimus administrator ex regula *l.pro officio, & l.aduersus, C.de administratione tutor.* non tenetur pater facere Inuentarium, quia illius confectio ad illum pertinet, qui rationem reddere tenetur: vt ostenditur *in l.tutor qui repertorium, & ibi* Bart. *ff. de administ tutor. & l. cum tale §.1. & ibi* Paul. *ff.de condit. & demonstr.* tamen ratio petit, vt fiat descriptio & ad esse, & ad bene esse.

Atque ita secundùm Molin *d.disp.219.* tanquam verius dicendum est, posse patrem compelli à Iudice ad instantiam filiorum, vt fiat descriptio bonorum, & per illam non præiudicatur vsufructui bonorum, quem habet pater, nec ius illius periclitatur; sed consulitur filiorum bonis sine præiudicio patris, ne occultari possint mortuo patre: probatur ex illa regula: Quod tibi non nocet, & mihi prodest, teneris facere: ita Bart. *in l. 2. ff. solut. matrim.* text. *in l.fundo, ff.de rei vendicat.* ne detur fraudandi ansa.

Item quia pater filio emancipato tenetur tradere sua bona: ergo tenetur pati fieri descriptionem bonorum; non debet tamen fieri hæc descriptio præstito nec præmisso iuramento, vt fit, quando solenniter efficitur Inuentarium, seruata iuris Lusitani forma descripta *in lib.1.Ordinationis, tit.87.num.8. vers. E mandamos*: nam illa forma seruanda est in Lusitania: alibi verò vbi res relinquitur dispositioni iuris communis, satis est, ne bona pereant, vt fiat simplex descriptio bonorum, quæ sufficiat ad veritatis probationem, & ad hanc pater tenetur, vt latè probat Cald. *in d.l.si curatorem, in verbo definitionis Latus n.133.& 134.cum seqq.*

Quæri tamen potest quomodò sit intelligenda Ordinatio nostra Lusitana *lib.4.tit.98.n.6.* vbi deciditur patrem non sibi acquirere vsumfructum in bonis filij, si Inuentarium non fecerit intra duos menses numerandos à die obitus vxoris: quod etiam iam decreuerat, *lib.1.tit.87.§.8.ad finem*, quæ pœna ibi imponitur patri, si filij impuberes, vel minores vigintiquinque annis superstint, ibi: *E mais se ser seu pay sera priuado do vsufructo de seus bens.*

Dico igitur non priuari patrem ipso iure vsufructu bonorum, si Inuentarium non fecerit intra illud tempus, sed debere prius accusari, & per sententiam priuari, ex Bald. *in l.iubemus, num.2.C.de sacros. Eccles.* & Tiraquel. *in l.si vnquam, in verbo reuertatur, n.39.C de reuocand.donat.*

Nec obstat, quod dicitur *ibi, d. tit.98.lib.4.§.6. nam auera outrosi o vsufructo dos bens dos filhos*, in eo casu, quòd non fecerit Inuentarium post obitum matris intra duos menses à morte illius, quia verbum *nam auera outrosi o vsufructo*, valet idem, quòd priuabitur, seu priuetur vsufructu, & est verbum temporis futuri. Quocirca necessaria est sententia super ea priuatione; sicut requiritur sententia, quando dicitur suspendatur, arceatur, mulctetur; necessariò exigitur sententia ad incurrendam pœnam legalem, Valasc. *in allegat. 29. num.71.* Barbos. *in suis Remissionib.ad leges Regias, lib.1. tit. 87. §.8. in verbo, sera priuado de vsufructo de seus bens*, hoc est per sententiam: atque ita in animæ iudicio non est priuatus pater, etiamsi dicatur eo ipso priuatus.

Quinimo etiam postquam sententia priuationis lata fuit, adhuc non obligat in foro animæ, si is in cuius fauorem pronunciata fuit, certò teneat patrem circa debitam sibi legitimam à veritate non recessisse; tunc non potest pater tuta conscientia pœnam legis *d.titulo 87.§.8.ad finem, lib.1.* sibi applicare, nec applicatam retinere: ita Ægidius Lusit. *lib.1.C. de Sacros. Eccles.p.5. num. 16* quoniam Lex nostra *d.§.E mandamos*, præsumit ex non confecto Inuentario potuisse patrem præiudicare filio in legitima: at quando constat de veritate, nihil mali euenisse ex Inuentario non confecto, nihil filiis debetur, etiam post latam sententiam: eo quòd Lex non procedit in animæ iudicio fundans se super delicto præsumpto: sed quando veritas aliter se se habuit, præsumptio euanuit, & veritatis conscius lucrum pœnæ tenetur reddere: sic Ægidius, *supra, d.n.16. & sequent.*

Vtrùm pater secundas nuptias contrahens teneatur restituere filiis prioris matrimonij, dum duxerint vxores, vsumfructum, quem habet in bonis, quæ reseruari debent propter secundas nuptias; an verò vsque ad mortem vsufructu debeat frui? Azened. *in l.4.tit. 1.num. 34. lib. 5. noua recopilationis*, hinc inde rem expediens, dubiam tamen quæstionem relinquit indecisam. 126

Dicendum tamen est patrem, seu matrem secundò nubentes posse frui vsufructu, nec teneri restituere filiis coniugatis & velatis. Ratio, quia decisio *legis 48.Tauri*, quæ est *l.9. lib.5. noua recopilat. tit.1.de los cazamientos*, disponit duntaxat in vsufructu aduentitiorum, qui patri competit, nec mens illius Legis est decidere aliquid circa vsumfructum parentibus competentem in memoratis bonis, quæ propter transitum ad secundas nuptias debent reseruari.

Item quia vsusfructus aduentitiorum competit patri per legem in præmium patriæ potestatis: is autem vsusfructus, de quo loquimur, est omnino diuersus, & datur in pœnam secundo coniugi propter secundas nuptias, ob quas coniux venit priuandus.

nandus. Ex quo apparet discrimen inter vnum, & alterum vsumfructum: & ideo, *d. l.48. Tauri*, non habet locum in præsenti casu: probatur *ex l. fœmina, C. de secundis nuptiis*, vbi loquitur de parentibus, ibi: *Atque habeant potestatem possidendi tantùm; atque fruendi in diem vitæ*: quod clariùs ostenditur *in l.26. tit.31. part.5.* ibi: *En salvo fincan a sus hijos del primer marido, E deuenlas cobrar, E auer despues de la muerte de su madre.*

Denique confirmatur; quia decisio prædictæ *legis 47. & 48. Tauri*, est correctoria iuris communis; quoniam cùm de iure communi filij non egrediantur patriam potestatem per nuptias, nec vsusfructus non deberet illis restitui: igitur cùm sit dispositio noua, & correctoria, quæ continetur *in d. l.48.* & *ibi* solùm fiat mentio de vsufructu aduentitiorum, qui patri competit, non debet extendi ad alia bona, quàm ad ea de quibus *ibi* in specie sermo est: *l. si vero, §. de viro, ff. solut. matrim.* Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo libertis, C. de reuocand. donat.* & Barbos. *in l. si constante, in principio, num.101. ff. solut. matrim. fol.561.* dicens, quando Lex refert casum aliquem specificum, non esse integrum ad alios casus illum pertrahere, sed manere sub dispositione iuris communis: vt notat post alios Thom. Gram. post Bald. *consilio Ciuili, 76. num. 1.* eò quia legum correctio fugienda est; & Lex quæ recedit à iure communi, quantùm fieri potest restringitur, nec debet extendi ad alios casus, nec ad alia bona, nisi ad ea de quibus fit mentio *ibi* nominatim: *l. in singulare, l. quod vero contra, ff. de legibus.*

Quæ autem sint, quæ parentes transeuntes ad secunda vota tenentur reseruare filiis prioris matrimonij, habentur, *in l. fœmina, C. de secundis nuptiis, in §. illud, l. generaliter, l. hac edictali, Authent. in donatione, C. eodem titulo*, vbi mulier secundò nubens tenetur reseruare filiis prioris mariti non solùm bona, quæ habuit à priori viro quocunque titulo lucratiuo; sed etiam quæcunque bona, quæ per successionem ab intestato filiorum primi matrimonij comparauit, solo vsufructu istorum bonorum sibi ipsi reseruato: text. etiam *in §. si verò, in Authent. de nuptiis*, & *in §. prospeximus, in Authent. de non eligend. secund. nuben. mulier.* Consonat *l.1. tit.6. lib.3. fori l.26. tit.13. part.5.* Roland. *cons.95. num.8. vol.1.* & *in cons.81. num.2. & 5. vol.3.* Afflict. *decis.75.* Gomes. *in l.15. Tauri in principio*, Gutier. *practic. lib.2. q.95. n.2. & lib.3. q.43. n.23.*

Quare mulier secundò nubens amittit proprietatem, tenetúrque reseruare illam filiis prioris matrimonij extantibus, nec potest illam alienare, nec disponere de bonis ex paterna substantia prouenientibus, per *d. l. fœmina, C. de secundis nuptiis*, Pinel. *2. p. legis primæ, C. de bonis maternis*, Boër. *decis. 185. in principio, 1. p.*

Porrò mulier secundò nubens si careat filiis prioris matrimonij, non amittit bona, quæ titulo lucratiuo consequuta est à priori marito, vel ex successione filiorum ex substantia illius, *per d. legem fœmina, in fin. C. de secundis nuptiis*, & *in Authent. de nuptiis, §. si verò expectet.*

Quinimò in vsufructu & proprietate succedet; Cenall. *commun. contra commun. q.671.* Tellus Fernand. *in l.6. Tauri num.19.* vbi addit, si nepotes ex filiis habuerit, perdere illa bona; quia coniugi, seu parenti ad secunda vota transeunti imposita fuit pœna in fauorem filiorum, & transit ad nepotes, sicut Statutum in parentibus in hac materia etiam habet locum in ascendentibus, hoc est, in Auis, & Auiis, & Proauis *d. l. fœmina, §. illud, in vers. nullam*, & *ibi* Ripa *n.10.* Menoch. *cons.155. n.33.* Greg. Lop. *in l.26. tit.13. part.5.* Azeu. *in l.4. tit.1. lib.5. nouæ recop.*

Eodem modo, quæ dicta sunt de vxore secundas nuptias contrahente, dicenda sunt de marito transeunte ad secundum matrimonium, tenetur scilicet reseruare proprietatem bonorum filiis prioris matrimonij ex identitate rationis, text. *in §. si vero expectet, in Authent. de nuptiis*, quia hæc pœna imposita est vtrique parenti, ibi: *& hæc communis mulierum, & viri mulcta sit posita*, Glos. *in d. l. fœmina, §. illud, verbo possessio*, & *ibi* Bald. & Bartol. solumque habebit vsumfructum.

Sed quid si pater moriatur ante perceptos fructus bonorum filij demortui, cuius proprietatem tenebatur restituere filiis prioris matrimonij, vtrùm fructus pendentes, & nondum à solo separati pertineant tantùm ad filios prioris matrimonij, quibus proprietas reseruabatur; an etiam ad alios filios, seu nepotes alterius matrimonij? Respondeo huiusmodi fructus non perceptos pertinere duntaxat ad filios prioris matrimonij, quibus proprietas per Legem reseruabatur, patre ad secundas nuptias transeunte: ita Guid. Pap. *in cons.170. 3. p.* Auendan. *respons.5. num.5. vers. ex ista conclusione*: ex ea ratione, quia fructus pendentes sunt pars proprietatis, cuius sunt fructus: *l. fructus pendentes, ff. de rei vendicat. l. vltim. § fructus, ff. quæ in fraudem creditorum*, Couar. *variar. lib.1. cap.3. num.1. & 2. & cap.15.* Gomes. *variar. cap.2. num.11.* Molin. *de primog. lib.3. cap.11.* Barbos. *in l. diuortio, 2. p. n.81. & sequentib. fol.972. ff. solut. matrim.*

Item quia certum est, parentes secundò nubentes frui duntaxat vsufructu bonorum, qui prouenit ex substantia, seu bonis coniugis defuncti, proprietatem autem reseruandam esse intactam filiis: idcircò dicendum est per mortem ipsorum parentum fructus eo tempore pendentes competere filiis, quibus proprietas competit, & non aliis: item quia proprietas est quid principale, & fructus est quid consequens: text. *in l. defuncta, ff. de vsufructu*, & *l. si vsufructuarius messem, ff. quibus modis vsusfructus amittatur*, *l.3. tit.8. part.5.*

Cæterùm pater transiens ad secundas nuptias 127 non perdit vsumfructum in bonis aduentitiis filiorum, nec legitimam administrationem, quam habet à lege in prædictis bonis: per text. *in d. l. fœmina, §. illud, C. de secundis nuptiis*, & *in l. vltima, C. de bonis maternis*, Gomes. *in l.15. Tauri, num.15.* Baeça *de decima tutori præstanda, cap.4. n.51.* Menchac. *de successionum creatione, lib.2. §.12. n.36.* Gutier. *practicar. lib.2. q.95. n.12.*

Nihilominus pater debet priuari vsufructu, 128 quando remouetur ab administratione bonorum, secundùm Castrum, *in l. Imperator, num.4. ff. ad Trebel.* & *ibi* Alexand. *num.6.* Molin. *de Iust. tract.2. disp.228.* Mendes à Castro *in d. l. cum oportet, p.1. num.131. vers. cui addatis casum alium*: & est communis sententia, quòd vsufructuario, si non vtatur, & fruatur arbitrio boni viri, vel si dilapidet bona in quibus habet vsumfructum, aufertur illi ius vsusfructus, & expellitur à proprietario, Chasaneus *in consuetud. Burgundiæ, rubrica 4. §.6. Glos. vlt. à n.6.* Baeça *de inope debitore, cap.15. à num.26.* & *de decima tutori præstanda, cap.13. à num. 1.* Roland. *cons.49. n.19. & n.21. lib.2.* & Menoch. *de arbitrar. lib.2. centuria 1. casu 78. per totum.*

Quæstio tamen est, an pater vsufructuarius bo- 129 norum aduentitiorum filij habeat maiorem potestatem ad præcidendas arbores, quàm cæteri fructuarij? Hac de re Pinel. *2. p. legis primæ, C. de bonis maternis, num.60.* non probat communem opinionem, quæ nullum discrimen ponit inter patrem, & alium vsufructuarium, & indistinctè concedit patri legitimo administratori, quæ aliis vsufructuariis concedi

concedi solent, vt notat Angel. *in l. vlt. §. sin autem æs alienum, in fine, C. de bonis quæ liber.* & Tiraquel. *de retract. conuentionali*, §. 3. *Glos.* 1. *num.* 22. post alios.

Attamen, quamuis communis sententia mihi non displiceat omnino, videtur dicendum, aliquid magis esse dandum patri, quàm alijs fructuarijs: ergo non valet regulariter argumentum de alio fructuario ad patrem, cui maior potestas deferenda est: dummodò in arboribus cædendis cesset fraus: nam ea intercedente cum damno, & detrimento proprietatis, vel modum excedente, non potest pater in bonis aduentitijs filij notabiliter deteriorare proprietatem: imò quæcunque deterioratio, quæ proprietati multum nocere potest, patri est prohibita; præsertim circa arbores frugiferas, quas non potest pater præcidere, nisi vt meliores fiant: in quo pater alijs fructuarijs æquiparatur. Facit text. *in l. vltim. §. sin autem, C. de bon. quæ liber.* per hæc verba: *Et omnia circa vsumfructum facere, quæ nullo modo proprietatem possint deteriorem facere.*

Quò loci per dictionem illam *nullo modo*, aliqui indistinctè æquiparant patrem cum quocunque alio vsufructuario: ita vt neuter possit cædere ligna, & arbores frugiferas, & infrugiferas: sed falluntur: quia non prohibetur quæcunque cæsio lignorum, seu arborum; sed illa tantum quæ proprietatem deteriorem faciat. Ratio, quoniam Lex multùm confidit de patre, & præsumit patrem semper bonum consilium capere pro filio: idcircò facit in bonis aduentitijs Lex patrem legitimum administratorem, innuens non posse arbores nec vites auellere; sicut nec alius vsufructuarius simplex potest, per quæ proprietas fiat deterior.

Illud aduerte patrem teneri de quacunque deterioratione sua culpa illata cum obligatione soluendi interesse filio, cùm nullo modo possit proprietatem facere deteriorem, sicut in alijs vsufructuarijs dici solet.

Vt tamen pater possit remoueri ab administratione, necesse est, quòd deterioratio fiat notabilis. Item quòd fiat in proprietate, & in substantia illius, & non in fructibus. Denique, quòd fiat per culpam: Barbos. *in d. l. diuortio, §. si fundum, num.* 20. *vers. & tenebis mentis, fol.* 1044. Bertazolus *in consil.* 423. *lib.* 2. Corbulus *tract. de causis ex quibus Emphyteuta iure suo priuatur, causa* 13. *num.* 24. *fol.* 71. atque ita secundùm text. *in d. l. vltim. §. sin autem, C. de bonis quæ liber.* ab aliquibus explicatum, patribus est interdicta omnis deterioratio, ita nocens proprietati, vt illam reddat deteriorem.

Patres autem, esto non possint remoueri ab administratione, nisi propter notabilem iacturam, non excusabuntur à damno illato, ob paruam deteriorationem, sicut Emphyteuta expelli non potest, Corbulus, *vbi supra n.* 26. & Vincent. Carocius *de locato, & conducto, gradu* 4. *q.* 7. *n.* 42. *in fine fol.* 192.

130 Pater quos vsusfructus habeat, & in quibus casibus illos non habeat in bonis filiorum, constat ex *dispositione Ordinationis Lusitanæ lib.* 4. *tit.* 98. *per totum, num.* 7. *vers. E em todos os outros casos*, vbi loquitur de filio, qui stat sub eius potestate. Ex quo etiam ostenditur regulariter, & generaliter habere vsumfructum in bonis aduentitijs, exceptis casibus *ibi* expressis, qui referuntur *ibi à num.* 1. *illius tituli* 98. *vsque ad num.* 6. nimirum, quando filiis relinquitur vsusfructus ea lege, & conditione ne patri quæratur: nam tunc seruanda est conditio; & dispositio hominis præfertur dispositioni legis: *l. maritus, C. de procurator.* text. *in Authent. excipitur, C. de bon. quæ liber.* vbi excipitur illud, quod relinquitur patri sub conditione, ne pater gaudeat vsufructu. Confirmatur per text. *in Authent. vt liceat matri & Auiæ, vers.* 1. *collat.* 8. & Scribentes *ibi*.

Hoc autem non habet locum, quando mater relinquit legitimam filiis sub illa conditione: filius namque in legitima sibi debita grauari non potest: *per l. quoniam in prioribus, C. de inofficios. testam.* legitima enim non patitur onus cùm debeatur filiis.

Cæterùm si relinquatur extraneis legitima patitur onus: per text. *in d. Authent. vt liceat matri:* Filiis tamen reddenda est libera, Bart. *in tract. de duobus fratribus, col.* 7. *q. principalis*, Molin. *tom.* 1. *disp.* 8. *vers. præterquam in bonis*, Rebell. *de obligat. Iustitiæ p.* 1. *lib.* 1. *q.* 7. *sect.* 2. *num.* 15. *ad finem.* Item in bonis in quibus filij ex necessitate succedere debent, non potest patri vsusfructus auferri illorum bonorum per eam conditionem: idem Rebellus *vbi supra ad finem*, & Anton. Gomes. *ad d. l.* 48. *Tauri num.* 11.

Item si fortè contingat patrem, & filium sub potestate patris adhuc existentem constitui hæredes ab extraneo æqualiter, pater in dimidia filij parte acquiret vsumfructum, nisi apponatur conditio, *reseruans filio vsumfructum*: ita Iacob. de Aret. *in Authent. ita hæreditas, C. de bon. quæ liber.* & *ibi* Alberic. & Corneus: ergo filius dum subest patriæ iuri non gaudebit vsufructu, sed pater in dimidia filij. 131

Requiritur enim, quòd reseruetur filio ne pater gaudeat vsufructu. Hæc autem reseruatio; seu prohibitio debet esse vel tacita, vel expressa, vel saltem satis est vt colligatur ex coniecturata voluntate testatoris, dummodo ea voluntas ex verbis disponentis efficaciter præsumatur; nec satis est, quod leuis adsit coniectura seu præsumptio, Menchac. *de successionum progressu lib.* 3. §. 26. *n.* 32.

Et quamuis de mente Alexandri, *in l. cum filiofamil. ff. de legat.* 1. requiratur expressa vsusfructus abstractio, dum ait satis esse prohibitionem, quæ sufficit in Falcidia prohibenda, quæ est expressa: non tamen placet, neque est sententia communis.

Sufficit ergo, quòd constet tacitè de voluntate disponentis, vt vult Paul. de Castro *in d. l. cum filio*, & satis est, quòd deducatur ex coniecturata voluntate testatoris, per text. & Glos. *in l. si vsumfructum, §. si ita quis, ff. quando dies legat. cedat.* Vnde constat quòd si disponens leget filio sub patria potestate posito, & illi imponat onus soluendi legatum; ex hoc videtur mens disponentis esse, quòd patri nihil quæratur, perinde ac si nominatim id declarasset, & probat *ibi* Glos. subdens nec vsumfructum in eo casu patri quæri, quod *ibi* confirmat Bartol.

Quapropter simpliciter dicendum est sufficere tacitam prohibitionem, ne patri veniat vsusfructus, vt contra Alexand. resoluit Ripa *in d. l. cum filio, num.* 69. & *ibi* Scribentes, *per Authent. excipitur*, ibi: *sufficiebat tacita voluntas* de qua *supra*. Per quæ verba adiiciebatur conditio, si filius esset iam suus, ne scilicet patri vsusfructus quæreretur. 132

Dabitur tamen filiofamil. in casu, quo non quæritur patri vsusfructus, curator ad huiusmodi bona, nec fiet pater administrator, ex quo per prohibitionem disponentis vsusfructus patri non venit: ita Crotus *in l. frater à fratre num.* 48. *ff. de condict. indebiti.* Glos. notabilis, quam probant Castrens. & Salycet. *in d. Authent. excipitur.*

Item quoad hæc bona, in quibus pater nihil habet, filiusfamil. est, vt ita dicam, quasi suus factus, quoad dispositionem talium bonorum, ex quo pater non habet eorum administrationem, sicut in bonis Castrensibus, *l.* 2. *ff. ad Macedon.*

Supposita igitur interdictione, ne patri ex testatoris voluntate, quæratur vsusfructus, ab illo excluditur pater, & ab aliquo alio emolumento inde proueniente: 133

uenientes quod verba legis nostræ *d. lib. 4. Ordinationum tit. 98. §. 1.* apertè declarant, *ibi: Nem outro algum proueito.* Hoc est nec aliquod aliud emolumentum excepta causa alendi patrem, si fortè egeat. Nam non obstante ea interdictione ne pater acquirat vsumfructum, si pater aliunde non habuerit, vnde viuat, tenebitur filius patrem alere *d. l. si curatorem, verbo legis, num. 144. de restitutione in integrum,* & Cevallos *q. 780. n. 287.* quos refert, & sequitur Barbos. Pater *in remiss. ad Ordinationem Regiam, d. tit. 98. §. 1. n. 3.*

134 De iure etiam Lusitano *d. lib. 4. tit. 98. §. 4.* si filio detur, vel relinquatur vsusfructus alicuius rei pleno iure, quæretur filio tam quoad ius vtendi fruendi, quàm quoad commoditatem. Ratio, quia de iure ex vno vsufructu, alter vsusfructus acquiri non potest.

Item quia vsusfructus est quædam seruitus, & seruitutis non est seruitus: per text. *in l. 1. ff. de vsufructu legat.* Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 8. §. quartus,* & P. Rebellius *p. 1. q. 7. sect. 2. vers. secundus n. 15.* vbi id restringit, quando filio adhuc posito sub patris potestate relinquitur solus vsusfructus, non tamen ipsa res: sequitur Molin. *lib. 1. de primog. cap. 19. n. 18. vers. non enim vsusfructus.*

135 Non tamen hinc inferas patrem non habere vsumfructum in bonis Emphyteuticis filiifamilias; quia Emphyteuta non est nudus vsufructuarius, sed est Dominus vtilis, habétque dominium, & potest constituere in re Emphyteutica verum vsufructuarium, quamuis vsusfructus per mortem Emphyteutæ extinguatur, vt notat Iason *in l. fin. C. de iure Emphyteutico, n. 118. & in l. 3. §. ex contrario, ff. de acquirenda possessione,* Bartol. *in l. 3. & ibi* Glos. *ff. de seruitutibus, n. 12.* Castrens. *num. 2.* Molin. *d. lib. 1. cap. 19. n. 23. & cap. 20. n. 6.* vbi addit Emphyteutam posse constituere vsumfructum in Emphyteusi per totum tempus, quo Emphyteusis debet durare.

Item potest seruitutem imponere in fundo Emphyteutico in sui, non verò in sequentium, nec in Domini directi præiudicium. Bald. *in l. 3. n. 3. C. de seruitut. & aqua,* & *ibi* Castrens. *n. 2.* quam opinionem tanquam communem probat Pinell. plures allegans *in l. 1. C. de bonis maternis, part. 3. n. 70.* Padilla *in d. l. 3. de seruit. à num. 6. vsque ad num. 11.* & Clarus, *§. Emphyteusis quæst. 21.*

136 At verò vsufructuarius seruitutem imponere non potest in re, in qua vsumfructum habet, cùm Dominus non sit *l. 1. ff. communia prædior. l. 2. ff. de seruit.* text. *in §. ideo autem, Inst. eodem*: item non potest fructuarius in re, in qua vsumfructum habet, facere alium fructuarium, cùm seruitus seruitutis esse non possit: *l. 1.* cum similibus. *ff. de vsufructu legato.* Molin. *d. cap. 20. n. 4. ad finem.*

Nec refert si dicas Emphyteutam esse vsufructuarium: ergo quod vni conceditur, alteri est concedendum? Respondetur namque esse verum, si sumatur vsufructuarius in sua rigorosa verbi significatione, tunc enim nihil differt ab Emphyteuta, vt deducitur *ex §. adeò, Instit. de locatione*: ibi enim Emphyteuta vsufructuarius est, & probat Conrad. *de contractibus, q. 12. argument. 2. post secundum conclusionem*: at si fiat comparatio Emphyteutæ cum vsufructuario communi, de quo loquimur, differunt valdè: quia communis, vendere non potest ius suum, neque illud in alium transmittere, prout vsusfructus consistit in illo iure primæuo, legatario relicto: eò quia, quæ iuris sunt perpetuò adhærent illi, cui iura relictum est. Spin. *Glos. 13. n. 60. & 61.*

Secùs de Emphyteuta, quia potest, seruatis seruandis, vendere, ac transferre in alium etiam per donationem, nec morte Emphyteutæ. (vt morte vsufructuarij expirat vsusfructus) Emphyteusis cessat. Subdit Molin. *tom. 1. disp. 10. fol. 94.* communem vsumfructum in re mobili posse constitui, quod non competit bonis Emphyteuticis, quæ semper bona stabilia esse debent. Ideircò non est mirum si pater in bonis Emphyteuticis filiifamil. habet vsumfructum, sicut solet habere in bonis Maioratus sui etiam filij, quandiu residet sub eius potestate, nisi ex institutione Maioratus patri prohibitum sit, Molin. *de primog. lib. 1. cap. 19. vers. quod ampliatur, & n. 30. cum seqq. vers. tunc namque,* & Molin. *de Iust. tom. 2. tract. 2. disp. 470. fol. 1400. §. subiungit, & §. ibidem,* quoniam in hoc euentu, nec ius vtendi fruendi, nec commoditatem vsusfructus pater habebit.

Similiter si aliquis aliquid donet, vel relinquat filiofamil. & patre repugnante filius accipiat, vsusfructus non ad patrem, sed ad filium pertinebit tam quoad ius, quam quoad commoditatem, Molin. *tom. 1. disp. 8. §. tertius,* Rebellus *supra vers. etiam tertius,* Valasc. *de partitionib. c. 13. n. 146. §. tertius casus est,* Mastrillo *Sicilia decis. 59. n. 1.* quoniam eo ipso, quòd repugnat filio, ne acquirat, fatetur se nolle acquirere talem vsumfructum, per text. *in l. final. §. sin autem, el 1. vers. sin autem patre recusante, C. de bonis, quæ liber.* 137

Item filius retinebit vsumfructum, si pater illum remiserit, siue eater siue non, siue ex illo fiat ditior, siue non; valida est remissio facta filio: per text. *in d. l. cùm oportet, §. non autem, vers. sin autem, C. de bonis quæ liber.* vbi legis verba sic habent. *Sin autem rer sibi memorato modo acquisitas parens noluerit retinere, sed apud filium, aut filiam, vel deinceps personas relinquerit; nullam post obitum eius licentiam habeant hæredes alij patris, vel Aui, vel proaui eundem vsumfructum, vel quod ex hoc ad filios famil. peruenit, (vtpote patri debitum) sibi vendicare: sed quasi diuturna donatione in filium celebranda qui vsumfructum detinuit, quem patrem [eius] habere oportuerat in causa intelligatur, vt eundem vsumfructum post obitum patris ipse lucretur: parente ius exactionis, quasi sibi debita à filio, qui vsumfructum consensu eius possidebat, sua posteritati, vel successioni minimè transmittente: quatenus in omni pace inter se successio eius permaneat, nec altercationis cuiusdam (maximè inter fratres) oriatur occasio.* ita Lex *ibi.* 138

Ex quibus constat posse patrem renunciare vsuifructui in fauorem filij, quæ renunciatio, siue abdicatio, vel remissio iuris competentis patri non est propria donatio, sed pura quædam remissio; & statim valet absque alia traditione, etiam antequam morte patris confirmetur. Ratio, quia hæc remissio fructuum non est ea substantia patris, sed ex re filij propria, cùm proprietas aduentitia competat filio, neque pater acquisiuit vsumfructum plenè: quoniam semper quæritur conditionaliter, nempe nisi pater remittat illum: atque ita nihil de suo donat filio pater: neque est hoc propriè donare, sed est non vsurpare id de bonis filij, Molin. *de Iust. tom. 1. disp. 8. §. secundus est,* Valasc. *de partitionib. cap. 13. num. 144.* 139

Quare nihil de suo donat, qui remittit: Rebellus *de obligat. 1. p. lib. 1. q. 7. sect. 2. num. 15. vers. quartus.* Anton. Gomez. *l. 29. Tauri num. 29. & l. 48. num. 9.* dicens, *vers. sed in nostro casu,* patrem in ea remissione vsusfructus nihil minuere de suo patrimonio, sed tantùm renunciare lucro legali, & desinere acquirere: quæ est ratio potissima, qua sustinetur text. *in d. §. sin autem res,* & probat *l. si sponsus. §. si maritus, ff. de donat. inter virum, & vxorem,* vbi quamuis non sustineatur donatio vxori facta à viro, nec versa vice facta ab vxore marito; bene tamè potest maritus renunciare hæreditati, vt sic perueniat ad vxorem: eò quia talis renunciatio, seu remissio, magis est refutatio

seu

seu recusatio, quàm donatio: Valasc. *supra ex Bald.* quem sequitur *d. cap.* 13. *num.* 144. atque ita talis vsusfructus renunciatus à patre, & filio quæsitus post obitum patris, non est conferendus: vt docent Gomez. Molin. & Valasc. *locis citatis*, siue pater illum vsumfructum remiserit ante acquisitionem, siue post illam, & post perceptionem fructuum passus fuerit eos permanere apud filium, nec contradixerit sed dissimulauit.

140 Quod si fructus iam collectos, quorum pater iam est Dominus, filio expresse remittat, cùm iam prouenient ex re, ac ex substantia patris, sine dubio debent conferri; sicut fructus, quos ex re sua pater aut mater filio remiserit, sunt etiam adducendi ad partitionem: quia proueniunt ex re patris, aut matris. In his enim fructibus iam pater habet, & mater quæsitum ius: Gama, *decis.* 118. *vers. nec enim hic agimus*, hoc est de fructibus donatis, seu remissis quos filius percipit ex re propria matris, aut patris, in qua pater, seu mater habet ius in re, non autem ad rem: & ideo filius percipiens tenetur communicare cæteris cohæredibus.

Contra verò dicitur quando fructus ex præcepto legis pertinent ad patrem, non tamen ex substantia patris, sed si filiifamil. proficiscuntur: hi autem, si permittente patre, & dissimulante, seu tacente recipiantur à filio, & expendantur per totam vitam, non sunt conferendi per *d. §. sin autem res*, quod intellige, si per totam vitam filius patiente patre & permittente vsumfructum percepit: atque ita pro eo tempore, quo vidit, ac permisit, non tenebitur communicare cum fratribus illum, quia forte pœnitebit, & mutata voluntate decursu temporis volet illum percipere, vt apertè Bartol. sentit, *in d. §. sin autem res.*

An verò pater debeat sumere in suo tertio illam remissionem vsusfructus factam filio, aut reuoca-
141 re illam tanquam inofficiosam, si multum excedat? Ad primum negandum est, quia talis remissio vsusfructus non censetur de patrimonio patris: quinimo poterit pater adhuc eidem filio relinquere suum tertium, seu quintum integrum.

Ad secundum respondent aliqui eam remissionem de se esse reuocabilem, dum pater viuit, & solum morte illius confirmari, quod probant per *d. §. sin autem res*, dum interdicit post obitum patris hæredibus actionem vendicandi: ex quo astruũt viuente patre posse reuocari: Ita Bart. & Fulgos. *ibi*, *in d. l. cum oportet*, *§. sin autem res*, *C. de bonis, quæ liber.*

142 Dicendum tamen est secundùm alios, quibus accedo, hanc remissionem in vita patris esse irreuocabilem, per *d. §. sin autem res*, quam partem tradit Acursius, *in l.* 2. *C. de inofficiose testam.* Bald. *in d. l. cum oportet. §. non autem*, Crotus *in l. frater à fratre, num.* 43 *ff. de condict. indebiti*, cùm ea remissio sit potius dimissio, quàm donatio. Neque filij remittentes eam dimissionem possunt reuocare vti inofficiosam, etiam quoad excessum, eo quòd nihil alienatum fuit de suo patrimonio, sed repudiatio iuris legalis.

Quare nec parentes computabunt in tertio, vel quinto vsumfructum remissum, neque filiusfamil. acquirens tenebitur conferre, nec cohæredes reuocare eam tanquam sibi perniciosam: ita Gutier. *de pactis, in principio, num.* 31. Gomez *l.* 48. *Tauri, num.* 10. Molin *tom.* 2. *d. disp.* 8. quos sequitur Sanch. *de matrim. lib.* 6. *disp.* 4. *num.* 18. *ad finem.*

Consequens est dicere, quando filio relinquitur
143 simpliciter vsusfructus, pertineatne filio an patri?

Dico primo si relinquatur filio contemplatione patris, tunc quæri vsumfructum patri pleno iure, & morte patris extingui, quia est peculium profectitium intuitu patris filio legatum, seu relictum: secus si datus sit contemplatione ipsius filij, tunc enim ius vsusfructus quæritur filio: emolumentum verò, seu commoditas pertinet ad patrem: proprietas enim, si qua est, vt distinguitur à commoditate, est filij: commoditas vero est ipsius patris. text. *in l. Maxim*, *§. penult. ff. de legat.* 2. Glos. *in l. naturaliter, §. nihil commune. ff. de acquirenda possessione*, Bart. & Alber. *in l. in venditione, ff. de bon. auctor. iud. possid.* Idem Bart. *in l. qui vsumfructum. ff. de verbor. obligat.* & in hoc casu extinguitur vsusfructus morte filij secundum text. *in l. si filio famil. la* 2. *ff. de donat. causa mortis.*

Quòd si dicas de vsufructu non dari vsumfructum? Respondeo verum esse, sed hoc non obstante. Dico secundo benè posse ius vsusfructus esse apud vnum, & emolumentum ipsius apud alterum, vt habetur *in l. necessarij, §. final. ff. de periculo, & commodo rei vendita*: neque ex hoc sequitur inconueniens, vt notat Oldrad. *cons.* [illegible] *ad finem*, Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 11. Petr. Barbos. *in l. vsufructu*, 58. *ff. solut. matrim. num.* 14. quia commoditas prædicti iuris potest in alium transferri, nec nouum est penes aliquem esse ius vsusfructus, & apud alium facultatem percipiendi fructum, *l. si vsumfructum, ff. de iure dot.* & post mortem patris remanet commoditas etiam penes filium, text. *in l. final. C. de vsufructu*, Paul. de Castro. Bald. & Angel. *ibi.*

In dubio autem, quando ignoratur cuius contẽplatione, filij ne an patris relictus sit vsusfructus? Dico tertio vsusfructus ius, & dominium saltem impropriè illius, quæsitum esse filio; emolumentum tamen, patri: & per mortem vtriusque finiri. Quòd si contingat patrem præmori, remanet apud ipsum filium: si verò filius præmoriatur, penes patrem perseuerat: colligitur *ex l. final. C. de vsufructu.*

Probabilius tamen est in hoc dubio relictum filio præsumi relictum propria filij contemplatione, 144
non verò patris intuitu. text. *in l. vlt. in fine*, *in verbo plerunque, C. de vsufructu*, & Glos. *ibi*, quia dictio (plerunque) facit regulam, eamque demonstrat, *l. si seruo §. nunc videndum, ff. commodati*, *l. non dubitamus, ff. de condit. & demonst.* Quod etiam obseruat Bald. generaliter, quando legatur quidquam Titio, præsumi legatum propria contemplatione Titij, & non alterius, text. *in l. vlt. num.* 6. *C. quibus ad liberta.* quam regulam etiam in *l. si filio famil. la* 2. *num.* 2. *de donat. causa mortis.* tradit Bart. per text. *ibi*, & *in l. si cum aliquis, num.* 3. & *ibi* Alexand. *num.* 6. *C. de iure deliberandi.*

Neque obstat si quando relinquitur filio, fiat 145
etiam mentio patris; quia hoc non impedit, quin præsumatur fuisse relictum contemplatione filij: nam mentio patris præsumitur addita ad demonstrationem, *l. hæc verba, in fine, ff. de hæred. instit.* Quia si disponens voluisset id relinquere patri, vel expressisset, vel eo modo legasset, vt ex verbis id coniiceretur.

Hoc tamen non verificatur quando propter merita patris duntaxat, quæ præcesserunt, relictum fuit filio; tunc enim in totum quæritur vsusfructus patri: Bald. *in d. l. cum oportet, in principio, num.* 4. *C. de bon. quæ liber.* per text. *in l. nec adiectis, ff. pro socio.*

Eodem modo vsusfructus totus pertinebit ad patrem, si relictus sit filio famil. facta mentione

patris,& patriæ potestatis, Bart. *in l. cum aliquis, C. de iure deliber. n. 3.* dummodo fructus relictus conferatur in tempus, quo iam filius sit extra potestatem patris, pertinebit ad filium, quia demonstratur fuisse relictus contemplatione filij, & tunc mētio patris est demōstratio, quæ nō præsumitur causa dispositionis, *l. demonstratio, ff. de condit. & demon.* Bart. *in l. vlt. C. de vsufructu, & in tract. de duobus fratribus, n* 8.

Quare absque dubio cùm conferatur vsusfructus ad tempus, quo filius sit iam sui iuris, præsumitur vsusfructus relictus contemplatione, atque intuitu ipsius filij, & morte filij finietur. Idem Bart. *in d. tract. de duobus fratribus, n. 8. vers.* aut fit mentio patris, aut patriæ potestatis: & habetur *in l. vbi purè, in principio, ff. ad Trebel.*

146 Dictum est, *supra n. 122.* non posse alienari à patre bona filij in quibus habet vsumfructum. Ex aduerso probari potest, vēdi scilicet posse, ea *l. cui vsusfructus, de vsufructu, ibi:* cui vsusfructus inquit legatus est, etiam inuito hærede cum extraneo vendere potest. Facit *d. lex* in venditione *ff. de bonis auctoritate iudicis possidendis, l. necessario, §. vlt. de periculo, & cōmodo rei vendita.* text. *in c. nuper, de donat. inter vir. & vxor.* vbi conceditur marito, cui ab Ecclesia vsusfructus terræ datus est, posse transmittere illū vsumfructum pro vxoris, & mariti vita, & valuit trāslatio.

147 Inter hæc contraria iura dicendum videtur, si loquamur de iure, quod filio concessum est à testatore, sine quo vtifrui non poterat illo vsufructu, non posse vendi, nec transferri in alium, eo quod ab illo nulla forma pro tempore sibi relicto amoueri potest: nam ea, quæ iuris sunt, nequeunt separari ab illo, cui ius relictum est, sed perpetua sunt, & perpetuo adhærent; argumento hæredis, qui quamuis hæreditatē sibi cōpetentem vendat, & res ipsas emptori tradat, non propterea desinit esse hæres, *l. etsi fine, §. sed quod Papinianus ff. de minoribus*: atque ita nec vēdi, nec alienari vsusfructus potest, quatenus consistit in illo iure primæuo, filio legatario relicto.

Secùs de iure, quod habet ipse fructuarius ad cōmoditatem rei fruendam, & percipiendi fructus suo tempore: hæc autem commoditas, seu ius ad illam percipiendam potest licitè transferri, & locari, seu vendi pro tempore quo ipse vsufructuarius gaudet illo iure primæuo, quod à testatore ei fuerit relictū; & hoc modo accipienda sunt iura, quæ affirmant vsufructuarium posse vendere, & non posse vendere; sicut Ecclesiarum Rectores vendunt, & locant ius percipiendi decimas: non tamen possunt vendere, nec locare ius primæuum, quo decimæ ad ipsos pertinent. Spino *de testam. Glos. 13. ex n. 60. ad n. 63.* Gomes. *tom. 2. variarum cap. 15. num. 17.*

148 Sequitur etiam ex nostris Ordinationibus *lib. 4. tit. 88. §. 3.* patrem non habere vsumfructum in bonis filiifamil. quæ filio fuerunt donata à Rege, seu Principe contemplatione etiam ipsius patris, nam hæc quæruntur filio pleno iure, & quoad proprietatem, & vsumfructum: ita expressè Aretin. *in l. sed si plures, § in arrogato, col 2 ff. de vulgari, & pupillari.*

Nec refert, quòd data contemplatione patris filio quærantur patri, vt in *d l. cum oportet,* quia hoc excipitur in illis bonis, bona scilicet data à Rege, vel Principe, vt probat text. *ibi,* dum ait: nemo eas acquirat, neque earum vsumfructum pater, vel Auus, vel proauus sibi vendicet. Confirmatur per eundem text. in quo fit mentio absque vlla distinctione de filio, vel filia: atque ita non præsumitur Princeps, aut Rex donasse contemplatione filij, aut filiæ, sed tantum respectu patris.

Ergo hoc non obstante pater non habet vsumfructum in bonis à Rege, vel à Principe datis, Gomes. *in l. 48. Tauri n. 4.* Surdus *de aliment. tit. 9. q. 28. n. 13.* Molin. *de iust. tract. 2. d. disp. 8. vers. Quoniam, &* *Frasosi Regim. Christ. Retrub. P. 111.*

disp. 231. vers. deinde, & Rebellus *de oblig. iust. Iustitia p. 1. lib. 1. q. 7. n. 15. vers. primo.*

149 Filius item Clericus in sacris habet in suo patrimonio, ratione cuius promotus fuit, proprietatem simul, & vsumfructum, non autem pater. His verò exceptis, & alijs, quæ ad ipsum intuitu clericatus pertinent, in alijs cæteris bonis, siue ante, siue post clericatum quæsitis, quæ neque contemplatione militiæ cælestis, neque sui status intuitu aduenerunt, pater habet vsumfructum, quia iuxta communem, adhuc post clericatu patria potestas perseuerat.

Et sicut peculium Castrense ratione militiæ terrestris est exemptum ab omni onere, & toto illo gaudet miles terrestris, sic etiā peculio clericali fruitur Clericus, & fructibus illius. Cætera verò bona ante, vel post clericatū aliunde obueniētia non sunt exēpta à potestate paterna quoad vsumfructū: Bart. *in l. Sacrosanctæ, C. de Episcopis, & Clericis,* ideo de illis vndecunque quæsitis aliūde nō potest Clericus pro arbitratu disponere: sequitur Gom. *in d. l. 48. Tauri, n. 7. vers. sed his non obstantib.* multis *ibi* pro hac parte relatis.

150 Quinimò donatū Clerico patrimoniū ad Ordines sacros, siue à patre, siue ab extraneo, est exēptum ac liberū ab omnibus collectis, seu tributis, alijsq; oneribus, prout Dec. notat in *c. Episcopus, de præbendis,* quia est assignatū ad suā decentē Clerici sustentationē, nec vēdi, nec renūciari, seu alienari potest, nisi de licentia Episcopi, vt disponit Conc. Trid. *sess. 21. c. 1.* donec beneficiū Ecclesiasticū Clericus obtineat, vel aliūde habeat vnde viuere possit. Ergo si datū est Clerico ad vitæ subsidium, non cōpetit patri vsusfructus in patrimonio filij Clerici, Glos. *in c. si Episcopus, de præb. in 6.* & Cald. *in l. si curatorem, verbo læsis, n. 132.*

151 Non esse huc patrimoniū computandū in legitimā Clerici, nec cōferendū mortuis parētibus, quādo ab illis filio Clerico datū fuit, tradit Fab. *§. final. Inst. de inoffic. testam.* nec communicandum cū fratribus, *l. si emancipati, C. de collat.* Gomes. *l. 29. Tauri, n. 21. vers. vt possit ordinari* Ratio, quia censetur quasi Castrēse, sequitur Rebuff. *in praxi, 1. p. de rescriptis in forma pauperum, n. 24. fol. 122.* post Chassaneum *in consuet. Burgundiæ, in rubrica, Des successions, §. 5. Glos. Meilleur n. 51 vers. tertio quæritur, folio mihi 974. ad finem.*

Vnde si pater, aut mater dent filio bona stabilia, vt promoueatur ad Ordines sacros, nō tenebitur filius imputare in legitimā, nec conferre; argumēto dignitatis, quæ nō cōfertur, sic nec res data contēplatione illius: ita Ioan. Igneus *in l. 3. §. subuenitur, n. 177. ff. ad Senatusc. Sillan.* Aymon. Crau. *cons. 136. n. 2. & 3.* quib⁹ accedunt Tellus Fern. *ad l. 29. Tauri n. 26.* Matienś. *in l. 3. tit. 8. Glos. 2. n. 14. lib. 5. noua recop.* asserētes non esse conferendum: quod tanquā verius tradit Iuan. Garcias *in regula 195. n. 6.* Duennas *regula 222. limit. 3.* Calcan. *cons. 74. ad medium.* Morcheq. *de diuisione bonorū, lib. 4. c. 13. n. 9.* Cald. Pereira *supra n. 132. verbo læsis,* quod videtur etiam probare Spin. *in suo speculo Glos. 11. tit. de meliorat. n. 66. iuncto n. 70.*

152 Porro hæc opinio de iure communi censetur vera, & in praxi admitti potest, cùm videatur niti eodē fundamento, quo nitimur, dum dicimus donata propter militiam non conferri, nec venire in iudicio familiæ erciscundæ: ergo pari ratione Clericus suscipiens hoc patrimonium, illud præcipuum habebit, nec conferet, cùm illud acceperit ad militiam cælestem: & sicut donatio illa facta intuitu Castrorum reputatur peculium Castrense *l. final. C. de collat.* & eximitur ab onere conferendi: similiter patrimoniū hoc, cum datu sit filio militiæ clericalis intuitu, eo animo, vt filius admittatur in Ordinem cælestis militiæ, non cōferetur, nec imputabitur in legitimam.

Nihilominus si rem pensemus ad normam nostræ Ordinationis *tit. 97. in principio lib. 4.* verius est, quòd filius Clericus teneatur patrimonium suum

computare in legitimam, & patre mortuo conferre saltem æstimationem illius; nisi pater, & mater voluerint meliorare filium in suo tertio: ita Doctores non spernendæ auctoritatis tradunt bonis fundamentis, de quibus Gutier. *lib. 2. pract. q. 65. n. 4. fol.* 147. vbi pro hac parte pugnat etiam Couar. *in cap. Raynal. de testam. §. 2. num. 7.* Andreas Angul. *in l. 9. Tauri, de meliorationibus, Glos. 4. num. 5. inicio num. 17.* Ayro *de partitionib. 2. p. q. 13.* facit text. *in l. omnimodo, §. imputari, C. de inofficios. testam.* Ex quo colligitur hoc patrimonium esse assumendum in legitimam, & conferendum, quod à patre fuit expensum pro emenda militia, vel officio, si ita empta possunt transmitti ad hæredes, vel alienari inter viuos: sed patrimonium hoc de se est vendibile, & transmissibile ad hæredes, etiam extraneos seruatis seruandis: ergo debet imputari in suam legitimam. Menchaca *de successionum creatione, §. 22. num. 44.* Auendan. *respons.* 17. idem Couar. *lib. 1. variar. cap. 4. n. 4.*

Accedit *Authent. ex testamento, C. de collat.* ex qua donatio ob causam matrimonij carnalis computatur in legitimam, igitur donatio patrimonij ad Ordines sacros, cùm induat rationem matrimonij spiritualis necessariò imputabitur, nec potest reuocari à patre. Auendan. *d. respons.* 17. Tellus Fernand. *d. l. Tauri 3 col. 2. & n. 82.* cùm donatio fiat filio irreuocabiliter, ne postea cum dedecore egens stipem cogat ostiatim.

Item quia si non conferatur post mortem patris dos data filiæ non seruabitur æqualitas inter filios, & legitima vnius augebitur cum diminutione & iactura cæterorum; quam ob causam donata ad matrimonium solent conferri: & ob eandem etiam, patrimonium Clerici erit conferendum: constat ex Ordinatione Lusitana *d. lib. 4. tit. 97. in principio*, ibi: *se o pay, ou may, ou ambos iuntamente*, id est, si pater, aut mater, aut vterque parens donauerit aliquid mobile, vel immobile alicui ex filiis, vel in matrimonio, vel aliquo alio modo tenebitur conferre post mortem suorum parentum, quidquid ex contractu, matrimonio, vel ex aliquo alio modo, à parentibus fuerit donatum filiis, exceptis Castrensibus, vel quasi Castrensibus, per *d. legem nostram, d. tit. 97.* & aliis, *ex n. 7. vsque ad n. 10.* comprehensis, inter quæ Lex non meminit patrimonij ad Ordines sacros suscipiendos concessi: ergo debet conferri.

154 Ad hæc confert, quòd hæc donatio ad suscipiendos Ordines est donatio ob causam non omninò necessariam, vt est causa dotis, quæ cogit donatarium imputare ita donata in legitimam: sufficit tamen; quod sit ob causam necessariam ex necessitate causatiua, vt deducitur *ex l. omnino. §. imputari. C. de inofficios. testam.* Nam *ex eo §.* apparet esse imputandum in legitimam, quod pater expendit pro emèdo officio in gratiam filij. At constat hoc non fuisse expensum propter causam præcisè necessariam, & tamen præcipitur, quòd filius ita insumptum in sui fauorem imputet in legitimam: ergo patrimonium concessum ad Ordines suscipiendos, quamuis non sit datum propter causam necessariam, satis est, vt imputetur, quòd sit datum à patre impellente cum necessitate causatiua, vt ita filius ad statum Sacerdotalem eueheretur: sicut filius empto officio, ac militiæ honorifice prouectus fuit: ita Menchaca *de successionū creatione §. 22. n. 45.* & Angul. *in l. 9. in inscriptione tituli de las meiorias, Glos. 4. n. 57. vers. nec obstat*, respondent ad hoc sufficere causam necessariam non ad esse omninò, sed ad bene esse, more philosophico.

155 Sed quid si Canonicus filiusfamil. huius Cathedralis relinquatur hæreditas ab alio Canonico eiusdem Ecclesiæ ob præcisam amicitiam ortam ex bono seruitio præstito eidem Ecclesiæ, in qua ambo sunt Canonici, aut contemplatione eiusdem status Clericalis, habebitne pater donatarij vsumfructum in his bonis? Respondetur negatiuè; ex Molin. *tom. 1. de Iustitia, tract. 2. disp. 230. vers. item bona Castrensia*: dicente illa bona esse castrensia, quæ acquiruntur in castris ratione alicuius societatis, seu communicationis in bello initæ, seu cōtemplatione alicuius rei præclarè gestæ: ergo pari ratione erit quasi castrense quicquid Canonico relinquetur ratione huius societatis, seu amicitiæ mutuæ ex commilitio: text. notabilis *in l. hæreditate, ff. de peculio castrensi*, cuius hæc sunt verba: *Hæreditate ab agnato commilitone data, Scæuola noster dubitabat, quia potuit, & ante notus & amicus dare, potuit & nō dare, nisi commilitium charitatē auxisset. Nobis itaq; videtur, si ante cōmilitium factum sit testamentū, non esse peculij castrensis eam hæreditatem: si postea, contra.* Hæc ibi.

Ex quibus verbis deducitur commilitium esse militarem societatem, & contubernalem familiaritatem vulgo, *meu companheiro*, quæ potens est vt faciat hæreditatem relictam computari inter castrēsia.

Idem esto in casu proposito, quando relinquitur ab aliquo Canonico, seu Clerico alteri in eadem Ecclesia seu Collegio vitam clericalem agēti simul, illius relicti vsusfructus filio cum proprietate, non verò patri quæritur: ex traditis à Molin. *d. disp. 230. §. item bona castrensia sunt per l. 1. & 4. C. de castrensi peculio*: secùs si relinquatur, aut donetur non intuitu, aut ratione societatis, aut familiaritatis in choro, aut in Ecclesia, in qua sunt Canonici.

---

§. V.

Quas donationes possit pater filiis facere, & ex quibus coniecturis constet patrem habuisse animum donandi.

E P I T O M E.

156 *Pater potest licitè donare filio ea, quæ largiri potest extraneis.*
157 *Pater non potest donare vni filio cum præiuditio legitimæ alterius.*
158 *Donationes, quæ dicantur inofficiosæ.*
159 *Donationes factæ filiis in potestate patria existentibus non valent; nisi fiat traditio; ea tamen accedente, adhuc viuente patre possunt reuocari.*
160 *Donationes factæ filio in quibus casibus valent.*
161 *Donationes de iure Castellæ factæ filiis etiam valeat reuocabiliter.*
162 *De iure communi valent donationes factæ filiis emancipatis absque traditione.*
163 *Donationes simplices nō conferūtur nisi ex illis inter filios detur inæqualitas: oppositū tamē est verius, licèt de iure cōmuni nō conferātur: & n. 164.*
165 *Donationes ex causa studij, quando valent.*
166 *Et an sint conferendæ?*
167 *Donatio ex causa studij inclinat ad donationem ob causam.*
168 *Pater an teneatur dare omnia necessaria filio ad studium, & an sint conferenda?*
169 *Donatio facta filio propter merita, præsertim si pater est liberalis, valet.*
170 *Tradita filio bona quando censeantur tradita à patre in peculium.*
171 *Concurrentibus meritis, & affectione sanguinis præsumitur donatio facta respectu sanguinis.*
172 *In foro conscientiæ non est opus probari merita, sed satis est constare de hoc donatario.*
173 *Si donatio est exigua, & merita excessiua non dicitur donatio remuneratoria.*
174 *Non tamen merita semper debent esse paria, vt donatio censeatur remuneratoria.*

175 *An*

175 *An pater censeatur donare, quando vtitur verbo, dono,* & *n.*176.
177 *Mater si donet filio aliqua bona aduentitia censetur donare proprietatem tantum.*
178 *Et an patri tunc quaratur vsusfructus?*
179 *Opinio auctoris.*
180 *Donatio facta filio à matre, quoad alimenta, an censeatur proprietas donata.*
181 *Donatio præsumitur, si pater donet filio pecuniã ad emendum libros, nisi apud se retineat bona filij.*
182 *Pater emendo libros non tamen nomine filij, an sit donatio, si eos filio tradat?*
183 *An præsumatur donatio ex emptione fundi, & traditione facta filio?*
184 *Si pater suo nomine rem emptam tradat filio, & nihil dicat, non præsumitur donatio: secus si addat, Concedo, aut dono,* & *n.*185.186. & 187.

156 PAter potest licitè, & iustè donare filiis ea, quæ largiri solet extraneis, moderatè tamen, atque ex iusta causa, imò sine illa, quæ potest donare bono sine extraneis, potest donare non solùm filiis, sed etiam famulis: neque fraus, nec dissipatio bonorum ex hoc præsumitur: argumento tutoris, & administratoris patrimonij alieni, qui ex bonis illis potest largiri ea, quæ Domini secundùm personarum qualitatem largiri solent ex causa, *l. filiusfamil. ff. de donat. l. cum plures, §. fin. cum simil. ff. de administ. tutor.*

Ergo, quod tutoribus & administratoribus licitum est, non est negandum patrifamil. Molin. *de primog. lib.* 2. *c.* 10. *n.* 66. & alter Molin. *tom.* 2. *disp.* 282. *§. dubium est quanta,* & *disp.* 283. *§. habent præterea.* Fauet Lex Lusit. *lib.* 4. *tit.* 97. *n.* 3. ibi: *Saluo se ado açam for tam grande,* Barbos. *in l.* 1. *ff. solut. matrim. p.* 4. *n.* 162. & Gutier. *practicar. lib.* 2. *q.* 68. vbi volunt donationes moderatè factas, non teneri patres in tertium computare, nisi ex his particularibus donationibus simul sumptis fiat notabilis aceruus, notabiliter nocens filiis in legitima: idem Molin. *d. c.* 10. *n.* 66. *vers. qua ratione,* sequitur Roderic. Soar. *in repetitione l. quoniam in prioribus, ad finem, C. de inofficioso testamento.* Angel. *in l. Titius, ad finem principij, ff. de liber. & posthu.* non enim opinantur reuocari donationes modicas, Bald. *in d. l. si vnquam, C. de reuocand. donationib. in* 2. *lectura post principium,* sed habere locum in donatione immensa, quod esse verum dicit Baëça in nostro casu *c.* 27. *tit. de non melior. dotibus filiarum,* dicens modicas donationes non per modum quotæ factas, sed minutatim non esse in consideratione. Aliter namque esset coarctare manus patris, quod non debet fieri nisi quando excessus esset notabilis, & filiis valde noceret, Gregor. Lopez *l.* 8. *tit.* 4. *part.* 5. *in Glos. en vida.*

157 Ex quo venit non posse patrem donando præiudicare filiis in legitimis, donationésque ita factas esse reuocandas, quatenus legitimas minuunt: ita de iure Lusit. *lib.* 4. *tit.* 97. *in principio,* & §. 2. Nec nõ de iure Castellano *lib.* 8. *tit.* 4. *part.* 5. & *l.* 5. *tit.* 8. *lib.* 5. *noua collectionis,* & de iure Communi idem habetur *l. si totas C. de inofficios. donat.* Quod procedit, vel quando pater donauit habens iam aliquos filios, illique alij posteà nati fuerunt, vel quando nulli posteà nati sunt & donationes antea iam vni eorum factæ, aliis in legitimis portionibus nocent quatenus inofficiosæ, ita habetur in *l. vlt. C. de inofficios. donat.* & *l. si mater, C. eodem,* & constat de iure nostro, & Castellano *supra.*

158 Dicuntur autem inofficiosæ donationes de iure nostro, quando excedunt legitimam filij, & tertium defuncti. De iure tamen Castellæ, quando excedunt legitimam, & tertium, & quintum patris, vel matris, in quo euentu, velit, nolit, filius non potest se abstinere, nec renunciare successioni parentum: sed tenetur restituere excessum tangentem legitimas cæterorum cohæredum, per text. *in Authent. vnde si parens, C. de inofficioso testam.* Bart. in *l. Titia §. Imperator ff. de legat.* 2. Gomes. in *l.* 29. *Tauri, num.* 33. Paul. *l. vnica n.* 5. *C. de inofficios. dotibus.* Afflict. *decis.* 86. Iuuat eadem Ordinatio nostra *d. tit.* 97. *§.* 5. *vers. E quando os filhos dotados,* & prius *eodem lib.* 4. *tit.* 65. *n.* 2. & 3. vbi agitur *n.* 2. & 3. quibus in casibus donationes inter virum, & vxorem validè fieri possint.

Frequens tamen difficultas est, an de iure communi donatio fieri possit à patre filiis, vel à filiis patri? Responde factam filiis à patre non sustineri, si filius est in sacris paternis, hoc est sub patria potestate, nisi post donationem accedat traditio: & quamuis fiat traditio, in manu patris est, dum viuit, posse illam reuocare: quòd si vita comite, non reuocet, obitu illius confirmari: constat ex *l.* 1. *C. de impuber. & aliis substitut.* 159

Quòd verò sit patri interdictum donare filio sub eius potestate degenti, habetur in *l.* 2. *C. de inofficios. donat.* & ibi Glos. *text. in l. cum res, C. de donat.* & habetur *in l.* 4. & 5. *tit.* 11. *part.* 4. & *in l.* 4. *tit.* 15. *part.* 6. Couar. in *c. Raynald. de testam. §.* 2. *n.* 6. Ratio, quia si talis donatio subsisteret, cùm filiusfamil. ob patrium ius patri acquireret, non filio pater, sed sibi ipsi donare videretur: ita Gloss. *in d. l.* 2. *C. de inofficios. donat.* quam etiam rationem reddit Bart. *in l. frater a fratre, ff. de condict. indebiti col. penult.* Gomes. *in l.* 17. *Tauri num.* 4.

Ego tamen puto non valere etiam accedente traditione donationem factam à patre filio, nisi reuocabiliter, quod simpliciter est non valere, siquidem reuocari potest vsque ad obitum patris, & confirmatur morte, traditione præcedente: proinde si non præcedat traditio non confirmatur. 160

Item iuramento etiam confirmatur: non tamen de Iure Lusitano, nisi iuramentum apponatur de expressa licentia Regis, *lib.* 4 *Ordinationum nostrarum tit.* 73. Quod est intelligendum quoad forum sæcularem, vt exprimitur in *l.* 11. *tit.* 11. *lib* 4. *Ordinamenti,* Barbos. *in d. l.* 1. *p.* 1. *n.* 75. & 76. *ff. solut. matrim.*

Excipiuntur nonnulli casus in quibus donatio facta filio subsistit. Primò, si filius sit emancipatus, quia iam extincta est patria potestas. Secundò, cùm filius non sit in potestate matris, sed patris, donatio facta à matre filio valet. Tertiò, si aliquid datur in dotem, vel ad matrimonium, etiã sustinetur. Quartò, si pater donet vsumfructum filio, quem habebat in bonis illius, etiam statim valet. Sicut sustinetur donatio filij in patrem de Castrensibus, aut quasi Castrensibus. Quintò, valet eodem modo donatio patris in filium illegitimum, quia non est in potestate patris: ita Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 4. *§.* 24. *vers. item etiam prohibetur,* & in *l.* 17. *Tauri n.* 8. & *in l.* 29. *n.* 26. Less. *lib.* 2. *de Iust. c.* 18. *dubio* 12. *n.* 90. Molin. *eodem tit. tom.* 1. *disp.* 243. & *tom.* 2. *disp.* 291. Azor 2. *p. Instit. moral. lib.* 2. *cap.* 24. *q.* 1.

De iure verò Castellæ certum est secundùm *l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *noua collectionis,* & *l.* 10. *eodem tit.* omnes simplices donationes, quæ à parentibus fiunt filiis, siue sint sui iuris, siue non; siue ab ascendentibus tam maternis, quàm paternis; etiam nulla præcedente traditione subsistere, reuocabiliter tamen, vsque ad obitum parentis donatoris. Accedente verò traditione vera, vel ficta per clausulam scilicet Constituti, tales donationes esse irreuocabiles. 161

Vnde inferes hinc per dictas leges corrigi ius cõmune: cùm de iure isto validæ sint donationes simplices, nulla præcedente traditione, factæ filiis à patre: confirmariq; per obitum donãtis. At de iure communi contrarium decretum est, neq; cum traditione 162

sunt irreuocabiles: semper enim vsque ad obitum licebat patri reuocare: tamen de iure Castellæ, secùs dicitur; cùm fiant irreuocabiles. Gregor. Lopez in *l.3.tit.4.part.5.verbo, no Valdria.*

163 De iure item communi donationes simplices factæ filiis emancipatis, seu coniugatis, siue à patre, siue ab Auo paterno statim valent absque vlla traditione: quod etiam procedit in donationibus simplicibus factis à matre, aut à maternis Auis filio sui vel alieni iuris: statim enim firmiter sustinentur, etiã ante traditionem: vt notat Gomes. *tom.2.var.c.4.ad finem, & in l.29.Tauri n.26.* per text. *in l.donationes quas parentes C.de donat.inter virum & uxorem.*

Idem erit in Lusitania, si donatio fiat à patre filio emancipato, seu coniugato, vel ab Auo paterno, *l.cum bonis, l.cum res, C.de donat. l. siue emancipatis, eodem titulo*: secùs si donet filio existenti in potestate: nam quamuis de præsenti non valeat, obitu patris confirmatur interueniente traditione, per *d.l. donationes quas parentes, C. de donationib. inter virum, & vxorem,* Valasc. *in praxi cap. 21.n.14. & cap.25.n.23.*

164 Non est omittendum has donationes simplices non conferri, nisi ex eo, quod non conferantur, sequatur inæqualitas inter filios, vt aliqui colligunt ex *l.penult.ad finem, in verf.si quid huiusmodi, C. de collat.* Quòd si donator præcipiat donationes simplices conferri, sunt conferendæ per *d.l.penult.*

Ego autem resolutiuè tenendum puto illas esse conferendas: vt ait Cuiacius *lib. 3. obseruatione 30. & lib.9.c.17.* vt seruetur æqualitas; siue fiant filiis emancipatis, siue non: siue factæ sint à patre, siue à matre; vt colligitur apertè ex *l.Lusitan. lib.4.tit.97. in principio, verf. per qualquer maneira*, quamuis de iure communi verius sit non conferri: vt probatur ex *Authent. ex testam. C.de collat.* post Glos. 2. *ibidem*, quod testatur esse commune Menchac. *de successionum creatione §.18.n.48.* Couar. *in cap.Raynald. §.2.n.7.de testam.* & Corrasius *in l.filium, quem habentem, n.129.C.famil.erciscund.* Nec de iure nostro ambigi potest, quod non conferantur, cùm verba, ibi: *quer em outra qualquer maneira*; quasi dicat, sunt omninò conferendæ, quomodocunque fiant, quod verificatur in donationibus simplicibus; aliter enim frustra apponerentur illa verba: & confirmatur *ex ipso titulo 97.eiusdem lib.4.§.2.& §.7.* vbi excipit ab onere conferendi quasdam donationes simplices, *& §.8.* etiam alias excipit: ergo reliquæ, quæ non excipiuntur, sunt conferendæ, cùm exceptio firmet regulam in non exceptis, *l. nam quod. §.final. ff. de penu legata.*

165 An verò donationes ex causa studij factæ valeant, & an sint conferendæ, dictum est *supra disp.1.de onere erudiendi filios §.7.n.96.97.& 98.*

166 Et quamuis aliqui censeant huiusmodi donationes non venire sub alimentis, nec valere: verius est contineri sub alimentis, & ex consequenti esse validas, Duennas *regula 87.* Gomes. Arias *l. Tauri 17. n.34.* & constat ex *l.3.tit.4.partita 5.* vbi dicitur data filio ad discendas litteras non esse conferenda, ibi: *Ca el donadio que se fisiesse pera aprender alguna sciencia valdria, E no seria tenudo de adducirla en particion entre los hermanos.*

167 Accedit, quia donatio ex causa studij magis inclinat ad donationem ob causam quàm ad donationem simplicem, vt insinuat Molina *de Iust.tom.2. disp.291.§ tertius tametsi,* & Sued. *de alimentis tit.6. q.8.n.101.*

168 Verum autem pater teneatur dare omnia necessaria filio in studio, qui eo consentiente incœpit studere, dictum est *supra disp.1.§.7.n.96. verf. porrò si pater.* An verò sint hæc libera ab onere conferendi, non sequitur defuncto patre, quia illa donatio ad prosequendum studium non videtur merè voluntaria, sed necessaria: vnde sicut pater tenetur dotare filiam, non tamen dotando, præsumitur donare sine onere conferendi, vt Ruynus *cons. 101.n.11. lib.1.* Ripa *in l.in quartam n. 173. ff. ad l.falcid.* ergo data in hoc casu debent conferri, cum non sint merè voluntaria, nec mera voluntate data; argumento patris concedentis filio, vt ad Sacros Ordines ascendat, qui non potest ordinari sine patrimonio, quod pater tenetur subministrare. Nihilominus hæc subministratio patrimonij non censetur simpliciter voluntaria, sed necessaria: ergo sicut filius tenetur conferre non patrimonium, sed eius æstimationem; vt notat Ripa *in d.l.in quartam, num.176. ff. ad l.falcid.* sic etiam tenebitur conferre filius expensas acceptas ad absoluendum suum studium.

Nihilominus hæc procedunt in dubio, in quo expensæ factæ in studio non conferuntur, nisi in patre appareat animus credendi potius, quàm donandi, videlicet si pater apud se retineat bona filij, vel si adsint aliquæ aliæ coniecturæ, ex quibus ostendatur non animo donandi, sed credendi expensas patrem fecisse.

Hæc autem argumenta, & rationes de iure communi valent; non autem de iure Lusitano *lib.4.Ordinationum titulo 97.§.7.* Quare absolutè sumptus factos cum filiis in studio non esse conferendos, docent Valasc. *de partitionib.c.13.à n.159 vsque ad n.154.* Mendes à Castro *in praxi lib.4. cap.3. n.8.§. Sed hæc omnia.* Nec de iure Hispano.

Circa donationes factas filio à patre propter merita, dicendum est, esse validas statim, quamuis filius sit adhuc in potestate patris, sicut valent factæ extraneo, dummodo sint merita æqualia: ita Bart. & Bald. in *l.si donatione, C. de collat.* & Glos. *ibi*, quæ sententia est communis. Et an possint reuocari, *infra, verf. quæritur an donatio,* 169

Merita tamen non sufficient esse obsequialia, quæ filius præstitit, & præstare debet; sed oportet quòd sint merita necessaria: vt notat Corneus *cons.144. num.10.& 11.lib.2.*

Dices autem quando merita censebuntur æqualia, vt donatio censeatur valida? Respondetur, si merita valeant quadraginta, & donatio æstimetur sexaginta, non propterea vitiabitur donatio, si pater censeat valere sexaginta: ita Bald. *in Authent.ex testam.n.1.in fine col.2.verf. Sed contra hoc facit, C.de collat.* vbi resoluit meritis æqualiter donationem correspondere debere, vel saltem debere merita excedere dimidium iustæ æstimationis: sequitur Corneus *d.cons.144.n.11.*

A fortiori censebitur pater donare, quamuis excessus sit notabilis, si fuerit natura sua munificus in retribuendo, etiam pro meritis exiguis, aut mediocribus, subsistet donatio in totum; licèt pater in aliquo non bene æstimationem præponderet: sic verò bona acquisita etiam à patre donata computabuntur in peculium filij aduentitium, cùm propter merita sint collata, censentur ob laborem, & industriam propriam quasi ab extraneo accepta, vt Rom. in *l.si donatione, n.6.& n.36, verf.hoc autẽ fallit, C.de collat.*

Contra hanc resolutionem obstat *l. cum pater, §. pater pluribus,* post Glos. *ibi* & Bart. etiam *ibi ff.de legat.2.& l.vlt. de peculio legat.* vbi dicitur tradente patre bona sua filio in potestate absque vllo signo donandi, præsumi potiùs tradere ea bona in peculium profectitium, quàm in donationẽ: quod etiam sentit Bald. *in Authent.ex testam.num 4.C.de collat.* Crauet. *cons.955. n.2.* Alex. *cons. 149. in fine lib.7.* ex illa regula; quia cùm datur coniectura probabilis, quòd ea bona conferantur in peculium, præsumptio donandi?

donandi excluditur, *l. cum de indebito, ff. de probationib. & l. si cum aurum, ff. de solut.* quia respondet Bart. *in l. 1. §. nec Castrense, n. 11. ff. de collat. bonor.* & Paul. de Castro *in l. qua dotis n. 11. vers. si vero sis de descendentibus, ff. solut. matrim.* id esse verum in dubio, nisi adsint indicia ex quibus assequamur, quòd pater donare voluerit; videlicet si pater filio proficiscenti ad bellum tradiderit arma, & equum præsumitur donare: *l. si filium, ff. famil. erciscundæ*, Salycet. *in l. si donatione, n. 5.* & Rom. *ibi. n. 25. vers. vel nisi filio, C. de collat.*

Quæritur, an donatio facta filio famil. in potestate patris existenti, propter merita, à patre, statim valeat irreuocabiliter. Resolutio est affirmatiua, si merita procedant ex obsequiis à filio præstitis ex liberalitate: secùs, quando obsequia erant debita patri à filio omninò. Item si merita sint æqualia. Tertiò si specialiter filio donet propter ea merita, & de hoc constet, ac de meritis fiat mentio: aliàs censebitur pater donare ex affectione potius, quàm ex meritis ductus, ita Rom. *in d. l. si donatione, n. 7. & n. 25. in fine, C. de collat.* Bart. *in l. 1. §. nec Castrense, n. 11. ff. de collat. bonor.*

170 Nam vbi datur coniunctio sanguinis, ex qua promanat affectio naturalis tunc donatio præsumitur magis facta propter illam naturalem affectionem, quàm propter merita, si de illis nullum fit verbum: *arg. l. tutor. §. quæ tutoribus, ff. de excusat. tutor.* quam commendat Roman. *in singulari 646. aliàs 648.* Corneus *in Authent. ex testam. n. 12. de collat.* & Tiraquel *in l. si vnquam, verbo donatione largitus, n. 61. de renocand. donationib.* & Paul. de Castro *cons. 345. n. 3. & cons. 432. n. 1.* maximè cùm donat propinquo, *lib. 1.* Nam quamuis probetur merita præcessisse, si non fiat mentio de meritis in donatione, præsumitur donatio simplex: ita Barbos *in l. quæ dotis, n. 56. & 57. ff. solut. matrim.* & Anton. de Canario *tract. de insinuatione, 2. p. n. 15.*

171 Sed melius dicunt, qui docent, quando constat merita præcessisse, etiamsi tunc non fiat in scriptura mentio de meritis præcedentibus, præsumi tunc factam fuisse donationem respectu meritorum, atque ita donationem esse remuneratoriam: In foro tamen conscientiæ non est opus ea merita probari; sed sufficit id constare donatario.

Probatio autem necessaria est pro foro externo, vt patescat veritas. Molin. *de Iust. tract. 2. disp. 244. §. quando constat*, & Gutier. *de iuramento confirmat. 1. p. cap. 5. n. 18.* In foro tamen externo satis est, quod merita præcedant à parte rei, vel ex probatione ostendatur; quia vix reperitur, qui donet, nisi bene meritis: Gutier. *2. practicar. q. 120.* Ioan. Garc. *de donat. remuneratoria n. 49.* & Nauar. *in summa cap. 17. num. 145. & 146.*

Quin etiam assertio meritorum facta per patrem & confirmata iuramento ipsius absque probatione, sunt qui putent, quòd non noceat cæteris filiis in legitima, quia cùm sit donatio inter personas prohibitas, assertio non firmatur iuramento, nisi merita & seruitia probentur: Roland. *cons. 98. ad num. vsque 44. lib. 1.* Tiraquel *in l. si vnquam C. de renocand. donat. verbo, donatione largitus, n. 87. & 88.* eò quia, quoties subest suspicio fraudis, provt est in hoc casu, non sufficit assertio; sed requiritur actualis probatio: quæ sententia est communis. Tiraquel. *in tract. de vtroque retractu, tit. 1. § 1. Glos. 18. n. 80.* Gomes. *in l. 9. Tauri n. 36.* Matienso *l. 15. Glos. 12. n. 7. tit. 10. lib. 5. noua collect.* vbi limitat respectu tertij, & quinti, inter filios, & Ascendentes, & inter extraneos respectu quinti in Regno Castellæ, quoniam respectu horum assertio patris in testamento facta habet rationem legati gratuiti. Quare donatio inter patrem, & filium propter bene merita & seruitia, quamuis firmetur iuramento, corruet, nisi accedat vera & actualis probatio circa bene merita, & seruitia, cùm sit in præiudicium aliorum filiorum.

Dicendum tamen est donationem hanc propter merita, & seruitia esse validam sine iuramento, teneri tamen filios probare merita, & seruitia: idque de iure communi: de iure tamen Castellano donationem simplicem esse validam respectu tertij inter filios, & respectu Quinti inter eosdem: necnon respectu Quinti inter extraneos: Gutier. *de iuram. confir. p. 2. cap. 4. num. 30.* Quod si accedat iuramentum, erit seruandum, respectu scilicet Tertij, & Quinti inter Descendentes; & Quinti duntaxat inter extraneos, & nihil amplius in præiudicium legitimarum filiorum.

Rursus rogabitur, an sit dicenda donatio remuneratoria, quando merita sunt maxima, & excessiua, & donatio est exigua? Responsio est negatiua simpliciter, & secundum se videtur potiùs donatio simplex; sed secundùm quid remuneratoria: quia quamuis concedatur sub specie meritorum, cùm sint exigua merita, quoad excessum est donatio simplex: *cap. relatum, el 2. de testam.* ibi: *iuxta seruitij meritum*: Tiraquel. *d. verbo, donatione largitus, n. 79.* & Azeued. *l. 4. n. 1. lib. 1. noua recopil. & l. 12. n. 20. lib. 6.* Igitur quoties donatum est exiguum, & non æquiparatur meritis, neque quoad partem notabilem non potest dici, nisi simplex donatio. 172

Secundùm quam non sunt audiendi Bald. *in Authent. ex testamento, n. 1. C. de collat.* & alij dicentes, donationem remuneratoriam censeri etiam, si quod donatur, non æquipolleat dimidio seruitij donatori collati: quos reiicit Tiraquel. *supra n. 82.* & Decius *in l. petens, C. de pactis.* Item non placent qui volunt vt donatio sit remuneratoria, necessarium esse merita esse paria: quia animi grati instar campi fertilissimi sunt, & ideò plus reddunt, quàm acciperint: ita *in l. quæ dotis, ff. solut. matrim.* Quocirca Iul. Clar. *§. donatio q. 3. in fine, & q. 8. §. sed pone.* relinquit arbitrio Iudicis, quando donatio dicenda sit remuneratoria, ex paritaténe meritorum, an ex excessu, aut defectu illorum, cùm huc non sit à iure taxatum.

Nihilominus vt dictum est, merita non semper debent esse paria, sed considerata qualitate patris donantis diuitis, aut pauperis, semper donatio censetur æquiparari meritis, & merita donationi: si excessus quoad donationem non sit valde notabilis, & meritorum defectus valde exiguus. 173

Sufficiunt ergo merita, quæ iudicio boni viri censeantur vltra mediocritatem, vt donatio respectu meritorum sustineatur: quòd si donatio excedat merita valde: quoad excessum erit donatio simplex, seu liberalis; non enim dicitur valde gratus, qui tãtum refundit, quantum accipit: ita D. Thom. *2. 2. q. 106. n. 6.* imo vt dicatur æquipollere donatio meritis, sufficit, vt æquipolleat liberalitati donatoris: vt defendit Barbat. *in c. Sedes, col. 2. de rescriptis,* quē sequitur Tiraquel. *d. verbo, donat. largitus, n. 84. & 85.* & Menoch. *de arbitrar. casu 132. n. 9.* 174

Sequitur dubitatio an sit donatio, quando pater filio in potestate tradit bona sua, & tradendo vtitur verbo *Dono*? Responsio est negatiua, quia præsumitur traditio facta quoad administrationem peculij, non verò quoad dominium: hoc enim nõ præsumitur voluisse trãsferri in filiũ: ita Ruin. *cons. 130. n. 9. lib. 3.* idem dico, si pater aliquid pro filio emit, nõ tamẽ secuta est traditio; quia nõ præsumitur animus donãdi ideo defuncto patre nõ excusabitur filius res ita emptas cõferre: *l. 1. in princip. C. de castrẽsi peculio, lib. 12.* Iason. *in l. quæ dotis, n. 50. ff. solut. matr.* 175

Gotnaus *d. cons.* 144. *num.* 15. *lib.* 2. nisi ex aliqua coniectura præsumatur animus donandi, Bart. *in l. si quis §. si initium num.* 19. *in fine, ff. de edendo,* veluti si post emptionem rem filio tradidit, præsumitur donare: idem Bart. *in l. si donatione, num.* 4. *vers. aut emit,* & *ibi* Fulgos. *C. de collat.* Crauet. *cons.* 915. *num.* 3. requiritur enim traditio, vt præsumatur animus donandi, quamuis emptio facta sit nomine filij, quæ per se non sufficit ad donationem inducendam. Bart. *in l. si filij, in summa, C. de donat. inter virum & vxorem.*

176 Secùs dicendum, quando pater tradidit filio emancipato, in quo euentu etsi non vtatur verbo, Dono, censetur donasse, quia non præsumitur tradidisse tanquam peculium: quoniam peculium proprie competit filio, qui est in potestate patria: vt patet ex *l. quæ puer, ff. famil. Ercis. l.* 2. *C. de inofficios. donat. l. vlt. §. Auia ff. de donat.* Alexand. *in l. si donatione, vers. quod autem dictum est, C. de collat.* & Roman. *in l. qua dotis, num.* 11. *ad finem, ff. solut. matrim.*

Eodem modo ob eandem rationem si mater filio tradat rem simpliciter, nulla facta mentione donandi, censetur tamen ea traditio facta titulo donationis, cùm non habeat filium in potestate, *§. fœmina, Instit. de adoptionibus.*

Nam illa traditio non potest fieri, vt filius rem habeat in peculio, vt Ruyn. *cons.* 162. *num.* 13. *lib.* 5. quamuis mater adiciat in peculium se donare; hoc non obstat donationi: quia semper præsumitur donatio simplex: ita Bald. *in l. cum virum, num.* 14. *de fideicommissis,* per text. *in l. donationes in concubinam, §. species, ff. de donat.* quia illa adiectio *in peculium,* nihil operatur: vt bene notat Angel. *in l. si donatione, num.* 4. *C. de collat.*

177 Ex dictis colligitur, si mater patre superstite donet filio aliquid aduentitium, ea bona filio acquiri quoad proprietatem, & valere quoad illam, non autem quoad vsumfructum; nisi fiat expressa declaratio, quòd acquiratur filio vsusfructus, eo quòd vsusfructus patri acquiritur: *l.* 3. *§. qui in eiusdem potestate, in principio, & vers. secundum hæc si mater, & l. vitricus, ff. de donat. inter virum, & vxorem,* & respectu vsusfructus donatio est nullius momenti, cùm prohibitum sit vxori donare marito.

Oportet ergo, vt donatio valeat, quòd exprimatur ne vsusfructus ad patrem veniat: Bald. *in l. si constante, C. de donat. inter virum & vxorem,* & constat ex *l. Sulpitius ff. eodem,* vbi si vxor tradat prædium marito, vt restituat filio; si vxor hoc fecit, vt maritus interim ex prædio aliquod emolumentum capiat, traditio est omnino nulla. Longè aliter, si illud tradidit, vt haberet nudam administrationem illius: quia maritus ex illa lege non potest aliquod commodum percipere, ex eo, quia vxor donauit filio sub potestate patris posito. Item quoniam olim non subsistebat donatio, quam mater faciebat filio, eo quòd patri quæreretur, vt patet *ex d. l.* 3. *§. qui in eiusdem potestate, in principio, & vers. secundum hæc si mater, & d. l. vitricus ff. de donat. inter virum & vxorem.*

178 Ergo si detur casus, in quo per donationem matris factam filio, pater non acquirat, certè valeret illa donatio, cùm igitur hodie in donationibus filio factis pater acquirat vsumfructum: quoad hunc non sustinebitur donatio à matre filio in potestate patris facta; sed duntaxat quoad proprietatem: ita Mantic. *de tacitis & ambiguis, tom.* 2. *lib.* 21. *tit.* 3. post plures.

Nihilominus Azo, *in summa, C. de donat. inter virum, & vxorem, col.* 2. *vers. item, & quæ contingunt,* & Iacob Aret. *in l. si constante, C. eodem titulo,* docent, cum mater donat filio, donationem subsistere omnino in totum, neque ex ea patri quicquam quæri, nequidem vsumfructum: ita Bald. *in cap.* 1. *§. hoc quoque col.* 3. *vers. accedit, tit. de successione feudi,* dicens, si pater alienet feudum, & ex ea alienatione à patre vasallo facta deueniat feudum filio, non propterea quæri patri per filium: sequitur Francis. Aret. *cons.* 14. *incipit, Viso & diligente, col.* [illegible] *vers. venio ad septimum,* Paris. *cons.* 73. *num.* 1. *lib.* 1. & Ripa *respons. lib.* 1. *cap.* 10.

Non tamen censetur pars hæc tuta, nisi quando donatio ea lege fit filio in potestate, vt patri non quæratur vsusfructus; quia cùm prohibitum sit vxori donare marito, *l.* 1. *de donat. inter virum & vxorem:* similiter prohibita est donatio facta filio à matre viuente marito: quoniam quod vno modo prohibitum est, non debet alio modo concedi: *l. oratio oportet, §.* 1. *ff. de tutor & curat. dat. ab his: cap. cum quid. de regul. iuris, lib.* 6.

Cùm ergo de iure nouo ex bonis aduentitiis patri vsusfructus quæratur, & filio adueniat proprietas, vt est in *§.* 1. *Instit. per quas personas nobis acquir.* & *in l. cum oportet, in principio, C. de bonis, quæ liberis,* nisi fiat expressa mentio quod vsusfructus non quæratur patri, donatio facta filio à matre quoad vsumfructum vitiatur: valet tamen quoad proprietatem de iure nouo: Bald. *in l.* 1. *§. quin in eiusdem, ff. de donat. inter virum & vxorem.* 179

Dubitatur item, quando mater donat aliquid filio ad alimenta, vel ad vsum, an præsumatur donare etiam ad proprietatem? Resolutio est affirmatiua ex *l. donationes, §. species, ff. de donationib.* in qua proprietas rei donatæ à matre filiæ, etiam venit: nec potest mater eam donationem reuocare: per text. *in l. si non mortis, ff. de inofficioso testam.* & *in l. si constante, C. de donat. inter virum & vxorem.* 180

Secùs dicendum, quando donatio fit à patre ad vsum, vel alimenta: tunc enim non venit proprietas, cùm pater nequeat filio in potestate donare; *l. donationes quas parentes, C. de donation. inter virum, & vxorem,* sequitur Paris. *cons.* 17. *num.* 19. *vers.* 2. possit tamen donare alimenta, & vsumfructum, vel quid simile præsertim ad vsum: vt ait Glos. *in l.* 2. *C. de inofficios. donation.*

Vt autem sustineatur donatio facta à patre filio in potestate, præsumitur noluisse donare proprietatem filio, in quem rei dominium transire nequit, ne statim redeat ad patrem; cùm id quod filius acquirit continuò patri quæratur.

Contrarium reperitur in donatione facta à matre, eo quòd venit proprietas, nec mater potest resilire à facto, cùm non habeat filios in potestate: Surd. *de alimentis tit.* 2. *q.* 1. *ad finem*: neque dubium est valere donationem factam filio à matre, vt habetur *in l. velles, & l. his solis, & Authent. quod mater, C. de reuocand. donat.* Paris. *cons.* 73. *num.* 1. *lib.* 1. & Decian. *cons.* 16. *num.* 77. *lib.* 1.

His adde si pater pecuniam det filio ad emendum ædes, censeri donationem: ita Butrius *cons.* 38. *num.* 5. & Decius in *d. l. si donatione, num.* 41. *vers. secus qui, C. de collat.* nisi apud patrem sint bona aduentitia, vel bona castrensia filij, aut quasi castrensia: in quo euentu non præsumitur donasse pater, sed expendisse de bonis filij: Bart. *in l.* 1. *§. nec castrense, n.* 8. *de collat. bonor.* subdens idem esse dicendum, si pater sit administrator, Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *casu* 88. *num.* 23. multis *ibi* relatis dicens, matrem, quæ incumbit administrationi bonorum filij, præsumi de bonis filij expendisse, non autem de bonis propriis ex illa regula, quia quando 181

pater

pater aliquid filio tradit, videtur potiùs illud filio ad vtendum concedere, quàm donare: Bald. *in l. executorem, C. de executione rei iudicatæ*, Menoch. *d. casu* 88. *num.* 5.

Confert, quia nemo præsumitur donare, si aliqua alia causa etiam colorata possit inueniri: imo quæcunque alia coniectura est accipienda magis, quàm donationis: *l. cum de indebito, ff. de probat.* Afflict. *decis.* 44. *num.* 24. Sed quando pater habet bona filij, vel ea administrat, sumi potest coniectura quòd expendat de bonis filij: ergo non præsumitur donare; quia donatio idem est, quod perditio: *l. filiusfamil. in principio, ff. de donat.* & donans vocatur dilapidans, Paul. de Castro, *cons.* 352. *n.* 5. *vol.* 1. Item donatio dicitur quædam furoris species, vt notat Socin. *cons.* 73. *num.* 18. *vol.* 1.

Neque sola sanguinis coniunctio, quamuis sit magna, satis est ad generandam præsumptionem donandi, per *l. idémque, §. si cui mandauero, ff. mandati*, & Glos. & Bart. *in l. libertus quos, §.* 1. *ff. de aliment. & cibar. legat.* quam doctrinam vocat communem Alciat. *de præsumpt. regul.* 1. *præsumpt.* 32. *num.* 5. Menoch. *d. casu* 88. *num.* 9. quare potest statui in hoc casu pro regula, quod pater pro filio expendens, censetur expendere de bonis filij, si peculium filij apud se retineat; & consequenter, si de propriis soluit, potest repetere: Bart. *in l. Nesennius, n.* 5. *in fine*, & *ibi* Bald. *n.* 3. *ff. de negotiis gestis.* Conducit *l. stichum*, & quod *ibi* Iacob. de Aret. *ff. de peculio legato*, vbi dicitur Dominum non videri donare, quando seruus, vel Vasallus habent peculium: sequitur Mendes à Castro *in praxi, lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 8. *§. sed hæc omnia.*

182 Iam verò si pater emat ædes, nec significet se emisse illas nomine filij, illas tamen tradat filio, Ripa *in l. in quartam, n.* 173. *vers. aut non emerat ff. ad l. falcid.* præsumit non donasse filio, sed illas tradidisse in peculium: sequitur Decius in *l. si donatione, n.* 41. *C. de collat.* post Bart. idem sentientem in *l. si filij, C. de donationib. inter virum & vxorem*; nisi ex conditione patris aliud arguatur, per *l. quod seruus, ff de acquirenda possessione.*

Idcirco in hoc euentu conceditur patri repetitio, teste Surdo *supra de alimen.* eo modo, quo matri integrum est repetere alimenta filio præstita, quando non tenebatur præstare. Idem esto iudicium, quando pater emit vestes nomine filij, & equum, sed illa illi non tradidit; etiam in hoc casu non censetur donatio: Bart. in *d. l. donationes, §. pater, ff. de donat.* Bald. in *Authent. ex testam. n.* 5. *vers. sed quid si pater, C. de collat.* argumento fundi nomine meo empti, qui mihi non acquiritur, nisi tradatur mihi ab emptore: *l. res ex mandato, ff. de acquirendo rerum dominio*, quæ duo necessaria sunt, vt censeatur donatio: nimirum, quòd id, quod emitur, sit nomine meo emptum, & quòd mihi tradatur, Ripa in *d. l. in quartam, n.* 173. *vers.* 2. *casu*, Gratus *cons.* 7. *n.* 19. *vol.* 2. & apertiùs Decius *in l. si donatione, n.* 37. *vers. secundus casus, C. de collat.* Subdens hæc duo simul debere concurrere, Barbos. *in l. qua dotis, n.* 40. & 41. *ff. solut. matrim.*

Vnde ex defectu vnius ex his duobus requisitis, censetur simulata, & non vera donatio, quando pater emit fundum, seu ædes nomine filij absentis, & filius nec possessionem acquisiuit, neque illi pater tradidit sic empta; præsumitur enim simulata donatio: Ita Gabriel. *cons.* 52. *n.* 1. & 2. *lib.* 1. Secùs si pro filio in potestate emat, & tradat: tunc præsumitur donatio: *l. filia*, & *ibi* Bart. *in summa, C. famil. erciscund.* Angel. *in l. si donatione*, & *ibi* Fulgos. *C. de collat.*

183 Obiicitur contra, censeri donationem, quando pater emit domos, seu fundum, & tradit filio, quamuis non dicat se emisse nomine filij; quia per illam traditionem completur donatio. Respondetur Patrem teneri ministrare omnia necessaria filio, & ex consequenti cætera, quæ veniunt nomine alimentorum: attamen ex hac obligatione non sequitur, quòd ea traditio ædium, seu fundi, sit donatio exempta ab onere conferendi, defuncto patre; cùm illa traditio non sit merè voluntaria sed necessaria sicut pater tenetur dotare filiam; non tamen dotando censetur donare absque illo onere conferendi.

184 Rursus obiicies secundùm communem sententiam, non præsumi donationem factam filio in potestate constituto à patre, ex eo quod pater emat fundum, & tradat illum filio; sed præsumi concessionem filio in peculium factam, vt videtur sentire Bald. *in Authent. ex testamento C. de collat. n.* 4. & *in l. cum virum n.* 13. *C. de fideicommiss.* accedit Alexand. *in l. si donatione, n.* 15. & *ibi* Decius *n.* 38. *vers. tres casus C. de collat.*

Fundamentum huius doctrinæ esse potest, quòd donatio non præsumitur inter patrem, & filium sub potestate existentem: *l. cum de indebito, in principio, ff. de proba.* Menoch. *de arbitrar. d. casu* 88. quia hoc est prohibitum inter patrem, & filium: *l. frater à fratre, ff. de condictione indebiti*, vbi Bart. *num.* 57. quod à fortiori erit dicendum, si pater aliquid emat, & tradat filio sui iuris; etiam in hoc casu non præsumetur donatio: quoniam filius censetur quasi extraneus: sed quando aliquis rem suam tradit extraneo; non propterea censetur donare, vt probatur ex *d. l. cum de indebito.*

185 Nihilominus dubitationi satisfacies, si dicas non esse donationem, quando pater suo nomine rem emptam, aut possessam tradidit filio sine vlla adiectione in sua potestate existenti: & ita intelligitur doctrina superiùs posita, vt ait Bart. *in d. l. si donatione, n.* 4. & reliqui *in præcedenti §.* relati, quibus accedit Gratus *cons.* 7. *n.* 5. *lib.* 2.

Secùs se res habet, quando pater dixit se donare filio expressis verbis, tunc est donatio, siue fiat filio in potestate existenti; siue emancipato: ita Bart. in *d. l. si donatione*, & *ibi* Decius *num.* 38. *ad finem*, & Bald. *in d. l. filia cuius, C. famil. erciscund. num.* 4. & 5. & Ripa in *d. l. in quartam, num.* 169. & 170. *ff. ad l. falcid.* Facta verò filio in potestate existenti ab initio non valet irreuocabiliter, sed morte patris confirmatur: facta autem filio emancipato statim valet.

186 A fortiori hoc procedit, si pater quando tradit rem filio, dicat, *Concedo*, censebitur donatio; quia verbum *Concedo*, importat translationem dominij, & in dubio donationem ostendit: patet ex *l. vxori, §. vltimo, ff. de legat.* 3. vbi Concedere est idem, quod Donare: ita Glos. & Bart. & Socin. iun. *cons.* 202. Aretin. *cons.* 159. *num.* 16. & alij, quos sequitur Menoch. *d. casu.* 88. *num.* 31.

187 Pari ratione censetur donare pater, si dum rem tradidit, dixit filio: Solue onus rei impositum, Corneus *cons.* 228. *n.* 1. *vers. item absoluendum lib.* 4. Item si dum dedit filio dicat: mihi reseruo vsumfructum: ita Paris. *cons.* 33. *num.* 31. *lib.* 3. quamuis Cephal. *cons.* 494. non acquiescat: sed non bene *n.* 34. *lib.* 4.

***

DISPVTATIO IV.

De donationibus, quas coniuges, & parẽtes sibi adinuicem facere possunt, quásque filij parentibus, fratres fratribus, & consanguinei consanguineis, & amicis.

§. I.

Quas donationes potest facere maritus vxori, & vxor marito, præsertim si carent filiis.

EPITMOE.

1 *Donationes inter coniuges, ita sunt prohibitæ à iure ciuili, vt nec ex illis nascatur obligatio naturalis.*
2 *Non sunt tamen prohibitæ de iure gentium, cum ius gentium inter omnes Nationes custodiatur.*
3 *Donationes inter coniuges in pluribus casibus permittuntur.*
4 *Donationes inter virum, & vxorem factæ censentur in fraudem legis, & ideò valdè prohibentur, & censentur nullius momenti.*
5 *Donationes inter coniuges tam expressæ, quàm tacitæ sunt prohibitæ, & cur?*
6 *Donationes inualidæ inter coniuges, an firmentur iuramento, & an confirmentur morte donatus?*
7 *Quæ requirantur, vt huiusmodi donationes inter coniuges prohibitæ confirmentur morte?*
8 *Vtrùm donatio inter coniuges irrita, morte tamen confirmata, trahatur retrò ad tempus donationis, quoad dominium, & fructus?*
9 *In quibus casibus non est prohibita donatio inter coniuges.*
10 *Donatio inter coniuges precibus importunis facta, an sit valida, & morte confirmetur?*
11 *Vtrùm iocalia, ornamenta, & vestes, quæ à marito vxori traduntur, censeantur donari?*
12 *Quænam indumenta, dicantur pretiosa, & quæ quotidiana?*
13 *Indumenta pretiosa, seu festiua ex Bartoli sententia regulariter non cẽsentur donari à marito vxori.*
14 *Et quãdo limitatur doctrina Bartoli, & n. 15.*
16 *Donatio facta marito ab vxore ad consequendam dignitatem cur valeat, non autem facta vxori à marito propter eundem finem.*
17 *An filius teneatur conferre vestis pretiosas datas à patre sponsæ ipsius filij?*
18 *Pretiosa ornamenta quando debeant conferri; temporéne traditionis, an collationis?*
19 *Filia an teneatur conferre vestes datas sibi à patre tempore nuptiarum?*

1 QVÆRITVR primò an vir constante matrimonio possit aliquid donare vxori? Negatur regulariter, quia donationes huiusmodi inter coniuges sunt prohibitæ, ita vt à principio nihil valeant: *l. 3. §. sciendum, & l. si eum seruum, ff. de donat. inter virum & vxorem*, Molin. *tract. de Iust. disp.* 389. *num.* 2. Rebellus *eodem titulo p.* 2. *lib.* 6. *q.* 13. *num.* 8. Azor. *Instit. moral. p.* 3. *lib.* 11. *cap.* 10. *q.* 1. Less. *eod. tract. lib.* 2. *cap.* 18. *dubio.* 12. Sanch. *de matrim. lib.* 6. *disp.* 1. *num.* 2.

Quod adeo verum est, vt per has donationes, nec naturalis nascatur obligatio: quia quando lex alicui conuentioni resistit, nec obligatio oritur naturalis: *l. cum lex ff. de fideiussor.* Bart. *ibi*, & Bald. *in l. num.* 18. *vers. viso de essentia, C. de summa Trinitate.*

Non tamen est dicendum has donationes inter 2
virum & vxorem esse prohibitas de iure gentium, vt aliqui volunt, sed minus bene; eo quod hæc prohibitio non est in vsu apud omnes gentes, apud quas ius gentium custoditur, docente id naturali ratione, vt habetur *in l. omnes populi, de Iust. & iur. & §. ius autem ciuile, vers. quod verò naturalis ratio, Instit. de iur. natur.*

Insuper id constat, quia multis in casibus hæ 3
donationes permittuntur, & ab initio prohibitæ conualescunt, vt infra dicemus. Ex quo apparet non interdici iure, nec ratione naturali.

Similiter non oritur ex illis obligatio ciuilis, *l. Papinianus, ff. de donat. inter vir. & vxor.* cum lex suum auxilium his donationibus negauerit, ne coniuges suis bonis se priuauerint, Bald. *cons.* 29. *num.* 1. *vers. item quia donatio, lib.* 1. Sanch. *supra d. num.* 2.

Item ideò sunt prohibitæ, & nullius momenti, 4
cùm censeantur factæ in fraudem legis: *l. si libertus, in principio, ff. de iure patron. & l. hoc modo, de condit. & demonst.* Sunt ergo prohibitæ donationes inter coniuges, ne se ipsi mutuo amore spoliarent. Nam si absque distinctione concederentur, nullus modus donationibus poneretur, *l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Item videntur prohibitæ, quoniam videntur suo modo contra bonos mores.

Quare non solùm ab eo, quod per se est malum, sed ab eo quod videtur esse malum recedendum est, Bald. *in d. l. 1. ff. de don. inter vir. & vxor.* Accedit posse dici donationes contra bonos mores iuris interpretatione accidentaliter, propter occasionem seu circunstantias; idem Bald. *in d. cons.* 29. *num.* 1. *vers. in contrarium, lib.* 1. *per legem primam ff. ad Maced.* vbi fugiendum est etiam ab eo, quod incidenter est malum.

Quocirca in hac prohibitione non solùm dona- 5
tiones expressæ sunt prohibitæ, sed etiam tacitæ, *l. 3. §. non tantum, ff. de donat. inter vir. & vxor. & l. de fructibus, eodem titulo.* Est enim impossibile, vt fieri possit tacitè, quod non licet fieri expresse: *l. qui ad certum, ff. locati*, Ruyn. *in cons.* 132. *num.* 15. *& cons.* 137. *num.* 7. *lib.* 4. Tacitum namque non debet habere plus virtutis, quàm expressum: *l. precibus, C. de impuber. & ali. subst. & l. filio quem pater, de liber. & posthum.* Præterea tacitum difficilius extenditur, quàm expressum, Glos. *in Clement.* 7. *in verbo, partibus, de verbor. significat.* Ergo sicut expressæ, sic etiam tacitæ prohibentur.

Quinimò donationes tacitæ inter virum & vxo- 6
rem adeò censentur prohibitæ, vt nec iuramento valeant confirmari, prout vult Ruyn. *vbi proximè, & cons.* 154. *num.* 5. *& sequent. lib.* 5. & Purp. *cons.* 134. *num.* 3. *& sequent.* Absolutè ergo huiusmodi donationes non posse confirmari iureiurando potest probari ex rationibus, quæ colliguntur ex *l. 1. 2. & 3. in principio, ff. de donat inter vir. & vxor.* Nam Vlpianus ait moribus esse receptum, ne valerent hæ donationes, ne coniuges amore se inuicem spoliarẽt profusa erga se liberalitate vtentes. Et Sextus Cæcilius adiecit, quia sæpe foret, vt matrimonia distraherentur, si non donaret, qui posset: atque ita matrimonia essent venalia.

Ex

Ex quibus rationibus deducitur has donationes non firmari iuramento, cum videantur esse contra bonos mores, non modo ciuiles; sed etiam naturales: *cap. non est obligatorium, de regul. iuris in sexto*, Bald. *in d. l. 1. de donat. inter vir. & uxor.* & *ibi* Bart. quod etiam sequitur Alciat. *cap. cum contingat, n. 198. de iureiurando*, & esse valde probabile, tradit Præpos. *in cap. final. n. 6.* & *ibi* Abbas *n. 9. de donat. inter vir. & uxor.*

Multo tamen probabilius est has donationes confirmari iuramento: quia ius non omninò illas refellit, nec reiicit, non quòd omnino nullæ sint, sed quia possunt ad libitum à coniuge donante reuocari vsque ad mortem, & mors donantis expectari debet, vt confirmentur, Sanch. *d. lib. 6. disp. 14. n. 2.* Ergo multo fortiùs confirmabuntur, si donans iuret se non reuocaturum.

Item, quia iuramentum quamuis videatur contra bonos mores ciuiles, non est tamen contra bonos mores naturales: quàm sententiam tradit Bart. *in l. si quis pro eo, num. 17. ff. de fideiussor.* Duennas *regul. 219. ampliat. 2. vers. socius tamen esset*, Segura *l. 1. §. si vir, n. 57. ff. de acquirenda possess.* Couar. *1. variar. cap. 7. n. 4.* Clar. *lib. 4. receptarum, verbo, donatio, q. 9. vers. sed quid*, Tellus Fernand. *l. 17. Tauri n. 92.* atque ita posse confirmari iuramento, volunt Ceuall. *commun. contra commun. q. 12. n. 5.* Cardin. Mantic. *de tacitis, & ambiguis conuent. lib. 21. tit. 8.* Molin. *de ritu nuptiarum lib. 3. q. 1. n. 25.* & Sanch. *de matrim. d. lib. 6. disp. 15. ex n. 1.* & habetur expressè *in cap. final. de donat. inter vir. & uxor.* vt vltra præcitatos docent Valasc. *consult. 5. num. 10.* Azor. *Institut. moral. part. 3. libr. 11. cap. 10. q. 1.* & Less. *de Iust. lib. 2. cap. 18. dubio. 12. num. 88.*

Dictum est posse confirmari morte donãtis, quia tunc cessat ratio prohibitionis, ne scilicet mutuo amore se spolient, & quia potest alter alterum instituere, ipsique legare, cùm minimè in vita reuocauerit, quamuis non sit propriè legatum, nec contractus; non tamen requiritur hæreditatis aditio, vt hæc donatio confirmetur morte; cùm sapiat donationem causa mortis, quæ non eget aditione hæreditatis, vt valeat: Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo libertis n. 122.* Ioan. Lup. *in rubrica de donat. §. 69. n. 3.* Gomes. *2. variar. cap. 4. n. 25. vers. aduertendum.*

7 Quæritur secundò, quot conditiones, & quæ requirantur, vt donationes prohibitæ inter coniuges morte confirmentur? Respondetur requiri quatuor: Prima, vt in vita donatoris præcedat realis traditio & actualis rei donatæ, argumento *l. secunda C. si quis alteri vel sibi*, vbi in donatione, quæ fit filiofamil. ante eius emancipationem, necessaria est traditio, vt postea confirmetur: ita Gloss. *in l. Papinianus, verbo mariti, ff. de donat. inter vir. & uxor.* Couar. *rubrica de testam. 3. p. n. 3.* Tiraquell. *d. verbo libertis n. 122.* Anton. Gomes. *2. variar. cap. 4. n. 23. vers. aduertendum*, & *l. 52. Tauri. n. 65.* Clar. post plures *d. §. donatio q. 9. vers. scies autem*, Gregor. Lopes *l. 4. verbo, en su vidatie. 11. part. 4.* Matiens. *l. 7. Glos. 2. num. 5. tit. 10. lib. 5. noua recopil.* Valasc. *consult. 5. num. 16. tom. 1.* Barbosa *in l. qua dotis 34. n. 67. ff. solut. matrim.* Molin. *de primog. lib. 1. c. 12. num. 12.* & alter Molin. *de Iust. tom. 2. disp. 289. §. illud obserua*, quorum sententia est communis, nec ab ea est recedendum in consulendo, & iudicando.

Secunda, requiritur quod coniux donans præmoriatur. Nam si donatarius priùs moriatur, nulla est omnino donatio: *cap. final. de donat. inter vir. & uxor. l. cum hic status 33. §. si diuortio, ad finem, ff. eodem*, Rebel. *de inst. par. lib. 6. q. 13. n. 18.* & donatio ad donantem reuertitur, Sanch. *d. lib. 6. disp. 1. n. 3. ad finem*, Barbos. *in d. cap. final. de donat. inter vir. & uxor. n. 24.* post Hieronymum Portoles *in tract. de consort. & fideicommiss. legali c. 52. num. 10.*

In dubio autem quando non constat vter priùs obierit, quando coniuges simul perierunt; dicendum est attento iure communi, quamuis donator superuiuat, donationem sustineri, per *l. si inter virum 9. ff. de rebus dubiis*, vbi sic dicitur his verbis: *Si simul tam is, cui donatum est, quàm is, qui donauerit decedant: magis placuit valere donationem: eò maximè, quòd donator non superuiuat.* Hæc *ibi*: ergo idem dicendum est si donator superuiuat.

Hoc autem non obstante, quando constat in eodem naufragio donatarium priùs obiisse secundùm ius commune donatio non confirmatur: secùs si non constat vter priùs; tunc enim firmatur; quia præsumitur donatorem perseuerare in eadem voluntate, vt colligitur *ex l. cum hic status 33. §. si ambo ff. de donat. inter vir. & uxor.* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 50. n. 6.* & Couar. *1. variar. cap. 7. n. 5.* vbi respondet argumento deducto in contrarium *ex. l. si inter vir. ff. de rebus dubiis*, dicens illam dictionem, *maximè*, propriam vim obtinere: implicat enim casum magis dubium, quia deciditur, quando non est certum quis priùs mortuus fuit, valere donationem: & postea dicitur, *eò maximè quòd donator non superuiuat*, qui casus omninò certus est, & ita implicat casum magis dubium, nempe confirmari si ambo simul pereunt.

Coniugibus autem in naui simul pereuntibus viro, & vxore, de iure Castellæ *l. 12. tit. 33. part. 7.* præsumitur mulier priùs decessisse: ideò si vir fuit donator, euanuit donatio; secùs si vxor donauit.

Tertia requiritur, vt donatio non excedat quingentos aureos absque insinuatione. Quòd si excedat, neque accedat insinuatio necessaria, si tempore obitus donator confirmauerit prædictam donationem excedentem summam illam sine insinuatione factam, sustinebitur; valebitque tanquam legatum, quod non indiget insinuatione. Ita *in l. donationes quas parentes, C. de donat. inter vir. & uxor.*

Iam verò si non accedat tempore mortis confirmatio donatoris super donatione excedente quingentos aureos facta absque insinuatione, aliqui censent donationem hanc omninò euanescere, & morte non confirmari: ita Angulus *de meliorat. l. 3. Glos. 1. n. 14.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. num. 67.*

Sed oppositum est verius, non penitus corruere donationem; sed solùm excessum summæ donatæ: eò quia vtile, quod separari potest, per inutile non vitiatur: *cap. vtile, de regul. iur. in 6.* atque ita, quoad summam permissam sine insinuatione confirmatur morte, *l. sancimus, vers. quod autem C. de donat.* Glos. *in cap. fin. verbo constante, de donat. inter vir. & uxor.* Gomes. *2. variar. cap. 4. n. 17. vers. quartu infero*, Iul. Clar. *supra, verbo donatio, q. 17. vers. sed hic incidenter.*

Quarta, & vltima conditio, requiritur vt donatio confirmetur morte donatoris, quod coniux donans in eadem voluntate persistat vsque ad mortem: proinde si expressè, aut tacitè reuocet, nullo modo cõfirmatur morte: Mol. *d. disp. 289. n. 11. vers. secundus euentus*, & constat *ex l. cum hic status, ff. de donat inter vir. & uxor. in principio, vers. ait oratio, & ex cap. final. eodem titulo.*

Censebitur autem donatio tacitè reuocata, si fiat diuortium inter coniuges, non sponte, neque

ex

ex mutuo consensu: item si facta fuit donatio à viro dum esset sine liberis, eis postea nascentibus, Molin. *vbi proximè num.13.* & Rebellus *de obligationibus iustitia part.2. lib.6. q.13. n.24.*

Eodem modo censebitur tacita reuocatio, si donans vendat, permutet, leget aut donet eandem rem alteri: nec non si pignori illam alteri tradat, aut speciali hypothecæ subiiciat; nisi constet donantem voluisse vt donatio persistat, *l. cùm hic status, §. si maritus, & §. qui quasdam res, ff. hoc titulo,* Molin. *suprà n. 11.*

Item tacitè donatio intelligitur reuocata, si donator rem donatam dederit in solutum pro dote filiæ, Oldrad. *cons.245. n.2. per legem, si maritus, C. de donat. inter vir. & vxor.* Denique ex quibus coniecturis legata adempta intelliguntur; donationes inter virum & vxorem multò magis debent intelligi reuocatæ quibus autem modis censeantur legata adempta, tradit Mantic. *de coniecturis vltimarum voluntatum lib.12. tit.2. per totum,* & *nos infra lib.5. disp.8. §.11. n.328.*

Quæritur tertiò an donatio irrita inter coniuges, morte tamen confirmata, trahatur retrò ad tempus donationis factæ quoad dominium, & quoad fructus? Non est dubium trahi retrò ad tempus donationis, quoad fructus perceptus; vt habetur expresse *in l. cum pater, ff. de legat.2. §. pater filia,* eo quod coniux donatarius possidet in vita coniugis donantis rem donatam & traditam, & fructus post possessionem sunt donatarij: *§. si quis à non domino, Instit. de rerum diuisione, l. qui scit, ff. de vsuris,* ibi: *Porro bona fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominus prædiorũ tributũ est.* Quam sententiam probat Bartol. *in l. sequens quæstio, ff. de legat.2.* Couar. *rubric. de testam. 3. part. n.5.* Anton. Gomes. *2. variar. cap.4. n.23. vers. aduertendum, & l.52. Tauri n.65.* Iul. Clar. *supra §. donatio, q.9. vers. penult.* & Molin. *de Iust. tract.2. disput. 289. §. & disp. præcedenti.* Non tamen retrò trahitur, quoad dominium, quia expressa voluntas non potest transferre in coniugem dominium rei donatæ, dum ambo viuunt, cùm sit inter eos prohibitum donare: Sanchez *d. lib. 6. disput. 6. num. 1.*

Trahitur autem retrò donatio firmata morte quoad omnes fructus naturales, & industriales; vt colligitur *ex l. fructus percipiendo, ff. de vsuris,* Pinel. *de rescind. vendit. l.1. p.2. cap.4. n. 50.* & videtur tenere Spino *Glos. 13. n.43. & 44.* ex ea ratione, quia coniux donans non fit pauperior applicando coniugi donatario fructus industriales. Nam hi fructus non tam ex re ipsa, quàm ex industria donatarij possidentis acquiruntur; & valet donatio inter coniuges, cùm non reddatur pauperior donãs, quamuis recipiens fiat ditior: Probatur à contrario sensu *ex cap. final. de donat. inter vir. & vxor.* ibi: *Donatio, quæ constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta, ex qua alter locupletior, & pauperior alter efficitur, firmitatem non habet.* Atqui donans non fit pauperior ex fructibus industrialibus non acquisitis, quia de patrimonio suo nihil deponit: ergo donatarius potest illos recipere simul cum naturalibus, si donatio morte confirmetur.

Quinimo donatio si reuocetur, aut morte non confirmetur, non retrò trahitur, quoad omnes fructus industriales, sed quoad naturales, & hos tenetur restituere, in quantum fortè factus est ditior: quòd si è re, & ex fructibus illius, si fortè vtrumque inutiliter dissipauit, nihil retinet; nihil tenetur restituere, cum in nihilo factus sit ditior: vt ostenditur *in l. si sponsus, §. final. ff. eodem titulo* per hæc verba ibi: *vbicumque igitur non diminuit de facultatibus suis, qui donauit; vel etiam si diminuat, locupletior tamen non fit, qui accipit; donatio valet.*

Ex quo textu colligunt non teneri donatarium restituere rem ipsam donatam, nec fructus naturales, si inutiliter vtrumque expendit, & in nihilo factus est ditior: ita Gloss. *in d. cap. final. de donat. inter vir. & vxor. verbo, locupletior,* vbi Abbas *num.8.* Syluest. *verbo donatio 2. q.1.* Tabien. *eodem verbo 3. q.2. n.3.* Gregor. Lòpez *l.4. verbo mas rico, titulo 11. part. 4.* Gomes. *l. 52. n. 67. in principio,* & multò fortius donatarius non tenebitur fructus industriales restituere, facta quacunque reuocatione, quia illos statim fecit suos: Fulgos. *in l. ex annuo, ff. de donat. inter vir. & vxor.,* Garcia *de expensis cap.23. n.34. vers. in reuocatione,* & Connanus *lib.8. commentariorum iuris cap.11.*

Quæritur quartò in quibus casibus valida sit donatio inter coniuges? Indubiale est Imperatorem, Regem, Imperatricem, & Reginam posse sibi inuicem validas facere donationes: *l. penult. C. hoc titulo.* Quod extenditur ad omnes Principes non recognoscentes Superiorem: Molin. *d. disp.289. §. in euenibus.* Nam de Imperatoribus, & de Regibus, & similibus Principibus id sine distinctione vult Molin. *supra,* Nauarr. *in manuali, c.17. n.149.* Gomes. *d. l.52. Tauri n.66. vers. octauus est,* Azor *Instit. moral. p.3. lib.11. c.10. q.4.* Mant. *de tacitis & ambiguis, tom.2. lib.21. tit.3.* & Less. *de Iust. lib.2. cap.18. dubio 12. n.89.* 9

Secundò valet donatio inter coniuges remuneratoria, vt si vir sit senex, & ignobilis, & ob id donet vxori iuueni, & nobili: *l. quod autem, §. si vir, & vxor ff. hoc titulo.* Ceuall. *q. 173. à n. 8.* Molin. *d. disp. 289. n.17.* Rebell. *de obligat. Iustitia, p.2. lib.1. q.8. n.45. vers. primus, & lib.6. q.13. n.1.* nec non Sanch. *de matrim. lib.6. disp.6. n.11. vers. tertia conclusio,* & *disput. 7. num. 3. vers. etiam tertia conclusio.*

Tertiò valet donatio, quando maritus constante matrimonio remittit dotem promissam, vel partem eius vxori: non tamen valebit alterius debiti remissio, Azor *3. p. lib.11. cap.10. q.4. vers. septimo,* Rebell. *d. q.8. n.45. vers. quintus,* concordat Barbos. *l.2. p.2. in principio, n.1. ff. solut. matrim.* vbi respondet *n.2.* argumentis contrariis dicens restitutionem factam vxori constante matrimonio comprehendere in se donationem quandam prohibitam inter coniuges, sed re vera non comprehendit in se donationem, cùm dos non debeatur simpliciter, sed sub conditione, si soluatur matrimonium: iuxta id, quod notatur *in d. l. si constante, §.1. ff. solut. matrim.* Sanch. *d. lib.6. disp.3. n.10.*

Quartò etiam valet donatio facta marito ab vxore ad dignitatem consequendam, vt dicitur *in l. quod adipiscenda 41. cum sequentibus, ff. hoc titulo,* Molin. *d. disp.289. n.17. vers. quartus,* Sanch. *d. lib.6. disp.3. n.9.* Rebell. *de Iustit. p.2. lib.1. disp. 8. n.45. vers. sextus,* Less. *de Iust. lib.2. c.18. dubio 12. n.89. vers. sextus,* quos referens sequitur Barbos. *in d. cap. vult, de donat. inter virum, & vxorem num 6. vers. tertio limita.*

Quinto valet donatio, quando maritus donat vxori ad reficiendas domos dotales terræ motu dirutas, vel incendio consumptas, *l. quod si vir, ff. de donat. inter vir. & vxor.* quod intelligitur quatenus exstructio ædificij est necessaria, Mant. *de tacitis & ambiguis, p.2. lib.21. n. 56.* Molin. *d. disput. 289. num.17. vers. secundus,* Rebell. *d. quæst. 8. n. 45. vers. secundus, & lib.6. q.13. num.4.* Less. *d. dub.12. num.89.*

Sexto valet donatio, quando maritus de re aliena

facit

facit donationem vxori de consensu Domini, eo quia de bonis suis non diminuit, quamuis vxor ditior fiat, Mant. *supra, lib. 21. tit. 15. n. 1.* Barbos. *in l. quæ dotis. n. 21. ff. solut. matr.* quem refert Rebell. *d. lib. 6. q. 13. n. 53.*

Septimo valet donatio, si quid donet maritus vxori annuũ, vel menstruum, ad eam cum suis alendam ad vires dotis, hoc est fructus dotis, pro victu, & vestitu necessario, *l. ex annuo ff. eodem*, quod vero superest reuocabitur, vt ibi subiicitur, Tabien. *verb. donatio 3. q. 2. n. 3.* Ludouic. Lopes *lib. 2. de contractibus, cap. 47. casu* 8. Sanch. *disp. 3. supra n. 12. lib. 6.* ex Gloss. *in l. ex annuo, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Azor. *p. 3. lib. 11. cap. 10. q. 4. vers. octauo*, Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 21. tit. 4. n. 40.* Barbos. post alios *in l. quæ dotis 34. n. 66. & 67. ff. solut. matr.* Subdens *n. 66.* non esse reuocandum, quod superest pro victu, & vestitu, nisi sit quid valdè excedens consideratis fructibus dotis. Non enim est hoc merè donatio, sed alimentorum debita præstatio.

Octauo valet donatio facta causa mortis, vel quando confertur in tempus matrimonij finiti, *l. si eum seruum, §. vlt. & l. sequent. & l. si eum, qui mihi §. ex quibus causis, ff. de donat. inter virum, & vxorem, l. si vir vxori, in fine, & l. sed si mortis, ff. eodem*, ratio, quia donatio causa mortis inter coniuges æquiparantur legatis. *d. l. si eum seruum, in fine, ff. de donat. causa mortis, & §. 1. Instit. de donat.*

Cùm igitur non sit dubium posse coniuges sibi inuicem legata relinquere, in vltima voluntate; pari modo possunt validè causa mortis donationes ad inuicem facere. Azor *d. cap. 10. q. 4. vers. 9.* Mant. *lib. 21. tit. 4. à n. 21.* & Sanch. *d. lib. 6. disp. 10. n. 1.* vbi *n. 4.* addit in hac donatione causa mortis non esse necessariam traditionem rei donatæ, quidquid contra teneant Syluest. *verbo donatio 2. q. 4.* & Armil. *verbo donatio n. 27.* dicentes esse necessariam; sed minus benè dictum puta, quia nullo iure id probant: item hæc donatio assimilatur legato, quod sustinetur inter coniuges sine vlla traditione, Ant. Gomes. *2. variar. cap. 4. n. 18. vers. 9.* Matienso *l. 7. Gloss. 1. n. 6. tit. 10. lib. 5. recopil.* & Acosta *cap. si pater, de testament. in 6. 1. part. verbo legauit, ex num. 2.*

Nono valet donatio, quando maritus habet Emphyteusim, & in ea nominat vxorem, & vice versa vxor maritum, Cald. Pereira *de nominat. Emphyteusi. quæst. 4. num. 18. & de potestate eligendi, cap. 07. num. 50.* quem referens sequitur Barbos. *in cap. vltim. de donat. inter virum, & vxorem num. 15.*

Decimo valet donatio inter virũ & vxorẽ, si fiat pro dote filiæ *l. si vxor marito*, & *ibi* Bartol. *ff. de donat. inter vir. & vxor.* sequitur Aret. *in l. 1. col. penult. in principio ff. solut. matrim.* Quod est intelligendum etiam si pater possit filiam communem dotare, tunc enim valebit donatio, adhuc facta à matre pro dote filiæ, nam si pater non sit potens ad dotandam filiam, obligatio dotandi ad matrem pertinet, Bald. *in l. neque mater, C. de iur. dot.* in quo euentu donatio dici non potest, quod fit à matre cùm teneatur filiam dotare, *l. 1. ff. de donat.* Quare vt donatio facta à matre debeat valere, intelligendum est etiamsi pater possit pro filia dotem dare.

Similiter valebit donatio facta ab vxore marito pro dote filiæ, quam maritus habet ex priori vxore, si pater illi nequit dotem constituere: eo quòd causa dotis est pia, *l. cum is §. si in ea opinione sit mulier, ff. de condict. indebiti*, præsertim quando filia est pauper, Ripa *in l. vlt. n. 170. de reuocand. donationib.* Natta *cons. 410. n. 33.*

Ex alia etiam ratione valet hæc donatio facta ab vxore marito, quia ipsa non donat illi vt ipse apud se retineat, sed vt genero donet in dotem pro filia, vt habetur expresse *in l. profectitia §. si fortè sub ea conditione, ff. de iur. dot.* Non tamen poterit vxor consentire, vt maritus tradat rem dotalem pro dote filiæ, quamuis vxor possit rem suam marito donare pro constituenda dote filiæ: ita Specul. *de empt. & vendit. §. tertio loco*, Aret. *in d. l. si diuortio, col. penult. circa primum, ff. solut. matrim.*

Sed quæres cur fauore dotis simpliciter non subsistat donatio inter virũ & vxorẽ? Responde ex eo ostendi, quia maritus, quod de suo durante matrimonio in dotem vxori destinauit animo dandi, non sustinetur, nisi morte confirmetur donatio *l. 2. C. de dote cauta non numerata*, at in nostro casu *in l. profectitia* contento, valet donatio, quia recipiens alteri donat, nec retinet rem donatam, nec fit locupletior: Bart. *in l. si cum filius ff. de donat.* Tiraquell. *l. si vnquam, verbo susceperit liberos, n. 172. C. de reuocand. donat.* Mantic. *de tacitis, & ambiguis. lib. 21. tit. 4. n. 34.* Sanch. *d. lib. 6. disp. 3. n. 6.* & Barbos. *in d. cap. vlt. hoc titulo, n. 10.* post alios, quos *ibi* referens sequitur.

Vndecimo valet donatio inter coniuges fauore libertatis, *l. quod autem, §. manumissionis causa, cum duabus sequentibus, ff. hoc tit.* Paul. de Castro *in l. dotalem, n. 4.* & Romanus *num. 5. ff. eodem titulo.* Quod procedit etiam si seruus sit dotalis, Romanus *d. num. 5.* Extenditur etiam, quamuis mulier pecuniam acceperit, vt seruum manumitteret, vel operas ei imposuerit: huiusmodi namque onus valet, nec ipsa vxor videtur locupletari ex re viri, quia libertus operas promittit, *l. quod si vir ff. solut. matr.* si autem pecuniæ propter manumissionem acceptæ erant ex peculio serui, pertinent ad maritum: secus si alios pro seruo dederit, tunc pertinent ad vxorem, *per l. si eum seruum §. 1. vers. quod si pretium, ff. de donat. inter vir. & vxor.*

Porrò si maritus vxori suæ donet seruum ea lege vt illum libertate donet intra annum, & ipsa non manumittat intra idem tempus, non potest postea eum libertate donare, per *d. l. si eum seruum*, & *l. quod autem, §. manumissionis causa, in vers. nam & illud sciendum est, ff. hoc titulo.* At verò manumissionis causa donatio inter coniuges ex eo valet, quia is, cui donatur, non videtur fieri ditior, vt colligitur *ex d. l. si eum seruum, §. si pecunia, ff. de donat. inter vir. & vxor.* atque ita propter hanc rationem maximè sustinetur, & non fauore libertatis duntaxat. Barbos. *supra n. 14.*

Duodecimo valent donationes inter coniuges fauore Religionis, quando scilicet fiunt ad Dei oblationem, vel vt locus sit sacer, vel religiosus &c. *l. si sponsus, §. concessa.* & *§. proinde, ff. de donat. inter vir. & vxorem*, Barbos. *cit. n. 11.* Mantic. *d. tit. 4. à n. 29.* post Alexand. *cons. 152. n. 7. lib. 6.* quod pariter de causa pia intelligendum est, & Tiraquell. *de priuilegiis causæ piæ, priuileg. 328.* quos *ibi* referens sequitur.

Decimo tertio valet donatio inter coniuges earum rerum, quæ sunt exigui pretij, Bartol. *in l. 1. §. nec castrense, n. 9. vers. circa secundum, de collationibus*, & Bald. *in l. filia cuius, n. 14 vers. circa vestes, C. famil. erciscund.* Mantic. *lib. 21. vers. 4. n. 44.* vbi *n. 45.* Iudicis arbitrio tradit esse relinquendum, quando res sint magni, aut exigui pretij ex conditione personarum, & ex facultatibus earum, Barbos. *supra n. 17.*

Decimo quarto sumptus à marito præstiti pro pueris natis ex ancillis dotalibus in doctrinam, aut alimenta impensi non possunt repeti ab illo, quia

quia maritus etiam ministeriis illorum vtitur. Mantic. *supra n.* 49. & ex consequenti si vir vxoris aut vxor seruis viri vtatur, aut vestimentis viri, vel vsus fuerit, donatio valet *l. si vir vxoris ff. hoc titulo.*

Decimo quinto valet donatio, nec est prohibita, si maritus laboret, quod vxori relinquatur, quod sibi ipsi aliquis relinquere volebat: quia nihil ex bonis mariti donatum est, *l. sed si vir, §. quod legaturus, ff. eodem titulo.*

Eodem modo valet donatio, si maritus legatum repudiat, & mulier succedat, vel hæres scribatur, *l. si sponsus, §. si maritus, vel simili modo ff. eodem.* Non enim fit vir pauperior, qui non acquirit, sed qui de suo iam quæsito aliquid deponit, Sanch. *d. lib.* 6. *disp.* 4. *n.* 1. *&* 2.

Idē si coniux cōiugi donet fructus ex prædio percipiendos, naturaliter tamen & industrialiter, quia donans non fit pauperior, & ex industria potius, quàm ex re ipsa fructus illi percipiuntur: ita cum aliis Pinel. *l.* 2. *p.* 2. *cap.* 4. *n.* 5. *C. de rescind. vendit.* Garcia *de expensis, cap.* 23. *n.* 21. etiam si Gloss. *l. de fructibus, in fine ff. de donat. inter virum, & vxorem,* contrarium teneat, vt Mantic. *d. tit.* 4. *n.* 37.

10 Quæritur quinto an donatio inter coniuges precibus importunis extorta, sit valida, & morte confirmetur? Gutier. *in quæst. Canon. lib.* 1. *c.* 37. *n.* 20. opinatur precibus importunis, qui impedit legatum relinqui, teneri restituere, perinde ac si impediret per vim, quia scilicet eæ preces mixtum inuoluntarium continent.

Dicitur autem inuoluntarium mixtum, quando quis omnino repugnanti voluntate, & quasi coactus, vt importunitatem vehementem repellat, aliquid agit: non enim negari potest in hoc casu reperiri inuoluntarium, quia importunitas infert violentiam, quando est nimia; nam & violentia, & importuna suasio æquiparantur *ex l. cum* 5. *C. de Apostatis,* vbi Salyc. *ibi n. vnico* ait: per importunitatem facta dici fieri prope violenter: & probatur ex traditis à Sanch. *lib.* 4 *disp.* 7. *n.* 4. *& disp.* 10. *n.* 7. vbi donationem inter coniuges importunis precibus extortam non confirmari morte, nec testamenta, nec legata extorta esse firma in foro conscientiæ.

Quin etiam donationes, seu licentias per preces valdè importunas obtentas per religiosos a Superioribus nō excusare à proprietate, quia non sunt licentiæ voluntariæ, sed permissio coacta ad vitandum maius malum, tradit Sanch. *d. disp.* 10. *n.* 9.

11 Quæritur sexto, vtrum iocalia, vestes, & ornamenta, quæ maritus tradit vxori, censeantur donata valide? Dico primo ex Mascardo *de probat. lib.* 1. *concl.* 555. *n.* 30. donationes inter coniuges in dubio nunquam præsumi: imò statur instrumento cuiuslibet contractus initi inter illos, donec probetur donatio, per *l. quod autem, §. si maritus, ff. de donat. inter vir. & vxor.* & testatur Gloss. *in l. vtrum, ff. eodem titulo,* Bart. *in l. quæ dotis, ff. solut. matrim.*

Dico secundo, quando ambigitur, an maritus donare voluerit, recurrendum esse ad coniecturas, *l. vtrum ff. de donat. inter vir. & vxor.* Si autem ex probabilibus coniecturis non colligitur qualis fuerit animus mariti, inclinandum est in partem negantem non habuisse scilicet animum donandi, *l. mortis suæ causa ff. eodem.*

Dico tertio, quando dubitatur de animo mariti, secundum alios, vestes quotidianas soluto matrimonio competere vxori, & eius hæredibus, vestes tamen pretiosas, vel festiuas restituendas esse marito, aut eius hæredibus, quia non confirmatur earum donatio morte: neque censentur donatæ *ex l. hoc legatum, ff. de legat.* 3. Nam in dubio non præsumitur donari *l. cum de indebito, vers. qui enim soluit, ff. de probat.* & volunt Menoch. *lib.* 2. *de arbitrariis, casu* 88. & Mascar. *d. concl.* 555.

Ex quibus quotidiana indumenta, & ornamenta, quæcunque illa sint, siue vestes, siue annuli, siue iocalia censentur donata: cætera autem, quæ non sunt quotidiana censentur commodata vxori à marito ad vsum: ita Afflict. *dec.* 315. *n.* 14. ita Guelada *in diuersis quæstionibus iuris cap.* 28. Gutier. 2. *pract. q.* 19. *n.* 20. Anton. Gabriel. *tom.* 1. *communi. opin. l.* 4. *fol. mihi* 286. & Ioan. Lup. *rubric. de donat. §* 11. *num.* 9.

Dico quarto, ornamenta pretiosa non censeri donata, nisi maritus dum ea mittit vxori exprimat clarè se donare, Angel. *cons.* 339. *in principio,* Barbos. *l. quæ dotis* 34. *n.* 78. quamuis Aymon relatus ab eo *n.* 80. dicat sufficere, vt sint vxoris, quod præsumatur ea tradidisse vxori animo donandi, nisi verba dicantur vrbanitatis causa. Quæ resolutio est probabilis: ita Iul. Clar. *d. §. donatio, quæst.* 20. *in principio.*

Probabilius tamē est non esse donationē, quia verbum, dono, non vsurpatur in sua propria significatione: ita Bart. *in l.* 1. *§. nec castrense, n.* 10. *ff. de collat. bonor.* Alex. *cons.* 155. *n. vlt. lib.* 4. Roland. *cons.* 10. *n.* 15. *lib.* 1. Gomes. *l.* 51. *Tauri n.* 4. Gutier. 2. *pract. q.* 19. *n.* 3. & Matiens. *l.* 4. *Glos.* 5. *n.* 1. *ad finem tit.* 2. *lib.* 5. *recop.*

Nisi maritus dum donat, & tradit vxori, sit valdè diues, & nobilis: tunc enim verba ambigua accipiuntur in vim donationis. confert Gloss. *final. in l. vxori, ff. de legat.* 3. vbi textus ait: præsumi donationem, quando maritus pro vxore soluit, redditque pro ratione, quod maritus est nobilis: sequitur Afflict. *dec.* 315. *n.* 4. Tiraquel. *de nobilitate cap. vlt. n.* 47. Nauar. *in sum. cap.* 17. *n.* 166. Syluest. *Verbo peculium, q.* 19. *n.* 20. Gutier. *supra q.* 20. *n.* 1. & Ludou. Lopes *lib.* 2. *de contractibus, cap.* 41. *ad finem.*

Nam diuitiæ faciunt coniecturam Gloss. *in l. sed si ego, in fine, ff. ad senat. consult. velleianum.* Vnde censebitur sponsus donare, quamuis sit de plebe, & valdè diues, & sponsa est nobilis, Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 24. *ex n.* 3.

Conducit Barbos. *in d. l. quæ dotis, n.* 80. *ff. solut. matrim.* dum præsumit sponsum diuitem, ac nobilem donare, etiam quando res sunt magni valoris, dummodo non sint immensi, sequitur Bald. *in c. iurauit, n.* 12. *de probat.* & alij, quibus accedit idem Barbos. *d. n.* 80. Quæ sententia mihi probatur.

Pretiosa ergo ornamenta, quæ dicantur, & quæ 12
non pretiosa, sed quotidiana, arbitrio prudentis Iudicis relinquitur, considerata tamen quantitate dotis vxoris, & dignitate, tam illius, quam mariti: ita Imol. *in l. penult. §. seruus, ff. solut. matrim.* Roland. *cons.* 10. *n.* 17. *lib.* 1. Gomes. Arias *l.* 50. *Tauri n.* 17. Gregor. Lopes *l.* 23. *tit.* 11. *part.* 4. Gutier. *supra q.* 19. & alij quos refert, & sequitur *in suo speculo* Spino *Glos.* 18. *n.* 125.

Quare inter nobiles, ac diuites serica vestimenta censebuntur quotidiana: contra vero serica inter homines inferioris conditionis, & minus diuites pretiosa censebuntur, Gutier. *supra n.* 9.

Hinc vxores nobilium, seu magnatum præsertim opulentissimorum non computant inter pretiosa quæcunque indumenta serica, nec quæcunque iocalia, neque annulos aureos, neque paruas torques, & ex consequenti hæc soluto matrimonio non redibunt ad maritum, & eius hæredes cum respectu earum vxorum censeantur quotidiana, quibus intra domum vtuntur: secùs de vestibus quibus vtuntur quando exeunt foras, & in publicum egrediuntur sine rubore: ita Greg. Lopes *l.* 23. *in fine, tit.* 11.

tit. 11. part. 4. Auendan. *de exequendu mandatis, lib. 1. cap. 15.* Barbos. *in d. l. qua dotis, n. 73. ff. solut. matrim.* consonat Menoch. *de arbitrar. casu* 218. *num.* 3.

13 Regulariter tamen ex Menoch. *vbi proximè*, vestes quotidianæ dicuntur, quibus mulieres quotidiè vtuntur in domo sua, festiuæ autem dicuntur, quibus tantum vtuntur in diebus festiuis.

14 Hæ autem, quando sunt valdè pretiosæ, quando donantur vxori à marito, præsumitur maritus eas donasse, vt vxor ornatior incedat: ita Bart. *in l. mortis sua causa, ff. de donat. inter vir. & vxor.* subdens ex mente legis similia ornamenta soluto matrimonio non competere vxori, nisi sint legata, aut nisi tanta sit dignitas viri & vxoris, vt sine illis non possit exire in publicum decenter, in quo euentu, censebuntur quotidianæ vestes, & ex consequenti videntur donatæ: ita Bald. *in l. penult. §. seruus n. 3. vers. item prædictis, add. ff. solut. matrim.*

15 Similiter censentur donata ornamenta, si mittantur ante contracta sponsalia per verba futuri temporis, vel paulò post ab sponso sponsæ, valetque donatio; sic Loffredus *cons. 42. n. 1. vers. 2. d. conclusio.*

16 Quæritur septimo, cui vxor possit validè donare marito, vt dignitatem consequatur, videlicet, vt promoueatur ad ordinem Equestrem, maritus autem non possit donare vxori, vt ipsa dignitatem adipiscatur? Respondetur vxorem splendescere, & coruscare radiis ipsius mariti, & ea consequenti, quando donat marito ad dignitatem obtinendam, etiam in honorem sui ipsius donat. Quinimo fœminæ etiam ignobiles, si nubant viris Illustrissimis, vocantur Illustrissimæ, *l. fœmina in principio ff. de senat.* & *l. mulieres, C. de dignitatibus, lib. 12.* & quandiu soluto matrimonio non nubunt viro inferioris conditionis, eadem potiuntur dignitate, *d. l. fœmina, in fine.*

Contra vero mariti per vxores etiam nobiles, non fiunt nobiles, neque earum dignitatem consequuntur: atque ita non valet donatio facta illis ad dignitatem consequendam.

Potest tamen valere ex alio capite, si dicas vxores non propterea fieri ditiores, dignitate aliqua per donationem obtenta: requiritur enim, vt donatio sustineatur, quod donatarius non fiat locupletior, vt patet *ex l. sed si vir, §. quod legaturus ff. eodem titulo,* Angel. *in l. 1. §. 1. ff. quibus mod. pign. soluitur,* Crot. *in l. si constante in 2. lectura n. 109. vers. penult. non obstat, ff. solut. matrim.* Quare permissum est, vt donatio valeat; vel quod donans non fiat pauperior, vel quod accipiens non sit factus ditior, Mantic. *d. lib. 21. tit. 4. n. 57.*

17 Sed quid de vestibus datis à patre filio suo, vt tradat filius sponsæ suæ? Anton. Gomes. *in l. 29. Tauri n. 13.* putat vestes esse conferendas, quamuis non eatenus, dummodo non sint quotidianæ quia hæ computantur inter alimenta, illæ autem minimè, perinde ac si filius ipse donaret, & ea cōsequenti nō quotidianæ redibunt ad filium, si extent, etiam deterioratæ, vel earum æstimatio, quia censentur commodatæ à patre Nurui, & ea consequenti conferendæ, vel computandæ in legitimam filij: Bart. *in l. 2. § nec castrense, n. 9. ff. de collat. bonor.* Angel. *Instit. de societate §. final n. 9.* Ioan. Lup. *rubric. de donat. §. 11. n. 3.* Syluest. *verbo donatio, 1. q. 5.* & Gutier. *2. pract. q. 20.*

18 Non tamen conferentur iuxta valorem illorum tempore emptionis, sed secundùm æstimationem quam habent tempore collationis, Gutier. *supra d. n. 2.* & Sanch. *d. lib. 6. disp. 25. n. 37.* Ratio, quia ornamenta seu vestes fuerunt in dominio patris, & quoad vsum tantum fuerunt concessa: ideo decre-

mentum competit domino: Bald. *in l. filia cuius, n. 14. C. familiæ erciscunda,* Nauar. *in manual: c. 17. n. 166.* Gomes. Arias *l. 27. Tauri n. 124.* quod intelligitur quando non constat de animo patris donātis, nam si constet animo donandi Nurui tradidisse, & vt Nurui acquirantur, non autem filio: tunc non tenetur Nurus ea conferre, Sanch. *supra num. 38.* 19

§. II.

De donationibus propter nuptias, & an differant à largitate sponsalitia.

EPITOME.

20 *Donatio ante nuptias, vel propter nuptias, quanam sit, & an hodie sit in vsu?*

21 *Pater sicut tenetur dotare filiam, sic etiam tenetur donare filio sua propter nuptias.*

22 *Maritus non potest alienare istam donationem ante nuptias, vel propter nuptias, etiam de licentia vxoris.*

23 *Dos, & donatio propter nuptias in quibus conueniant, & differant?*

24 *Sponsalitia largitas, seu donatio sponsalitia, quid sit, & quinam sit eius effectus?*

25 *Sponsa quid acquirat hodie per oscula, & per amplexus, quando donatio continet res pretiosas, & n. 26.*

27 *Quid si ante aliquam donationem præcedant oscula, & amplexus.*

Et quid si soluantur sponsalia mutuo consensu.

28 *Quid acquirat sponsa, si donatio sponsalitia sit inualida per prohibitionem iuris.*

29 *Donatio sponsalitia, quæ est contractus iuris ciuilis differt à donatione propter nuptias.*

30 *Sponsalitia donatio qua fit inter sponsos est simplex & vera, nec reuocari potest, & an possit rescindi ex causa ingratitudinis, ostenditur.*

31 *Sponsalitia donatio hodie innuit conditionem, si nuptia sequantur.*

32 *Sponsalitia donatio reuocatur, si per alteram steterit quominus nuptia celebrentur.*

33 *Sponsalitia donatio si fiat eo pacto, vt non reuertatur ad donantem, valet hodie indistinctè.*

34 *Sponsa, si sponsus decedat, consequitur dimidium sponsalitia largitatis præcedente osculo.*

35 *Sponsalitia donatio, an obligat ad restituendum, quando matrimonium non habuit effectum, nec sequutur.*

36 *Sponsa quid acquirat per solum matrimonium de præsenti nondum consummatum.*

37 *Quid acquirat sponsa ex sponsalitia largitate, quando sponsalia fuerunt nulla propter aliquod impedimentum.*

38 *Quid lucretur sponsa, seu sponsus, quando sponsalia dissoluuntur sine culpa vtriusque, vel ex culpa alterius tantum, ex sponsalitia largitate?*

39 *Sponsalitiam largitatem simul & Arrhas, si interueniat, an lucretur sponsa matrimonio consummato, & quid si matrimonium non sequatur?*

40 *Donatio propter nuptias sponsa, vel vxori, dotis tantum contemplatione fit.*

41 *Donatio ante nuptias facta simpliciter non dicitur donatio inter virum & vxorem, ideo valet.*

42 *Donatio valet, quando sponsus altius iocalia, & annulos sponsa loco muneris mittit, & post nuptias pro illis sua iocalia, & annulos dedit.*

43 *Donatio facta die nuptiarum, an præsumatur facta ante nuptias, quia hodie matrimonium non contrahitur solo consensu?*

44 *Donatio facta sponsæ ante ætatem nubilem, si per verba præsentis temporis contraxit sponsalia, an valeat?*

45 *Donatio propter nuptias olim fuit incognita, & variis nominibus dicebatur: & est contractus nominatus.*

46 *Donatio propter nuptias, non solum à viro, sed etiam ab alio fieri potest.*

47 *Donatio propter nuptias an ad virum reuerti debeat, & quid de fructibus, & an habeat omnia priuilegia dotis?*

48 *Donationes propter nuptias inter virum, & uxorem permittuntur, & quid si excedant quantitatem dotis.*

49 *Vxor potest renunciare hypotheca dotis, sed donationi propter nuptias non potest, nisi maritus etiam dotis renuntiauerit.*

50 *Effectus huius donationis propter nuptias, & vtilitas quanta sit?*

51 *Donatio propter nuptias tacite non intelligitur constituta, & ex quibus verbis intelligatur facta.*

52 *Vxor, quæ dedit dotem potest petere à marito, vt sibi constituat donationem propter nuptias.*

53 *Donatio propter nuptias facta à viro vxori constante matrimonio hodie non valet, & quomodo valere potest?*

20 AGendum nobis est hoc loco de donationibus ante nuptias, vel propter nuptias, & de donationibus sponsalitiæ largitatis: idcircò oportet explicare descriptionem vtriusque donationis, & in quibus conueniant, ac differant.

Donatio ergo ante nuptias, vel propter nuptias est illa, quam spõsus, pater, vel alius pro illis expressè facit vxori, vel spõsæ futuræ propter matrimoniũ ad recompensandã dotem, & illius securitatẽ, quæ fit vxori durante matrimonio, & eo soluto redit ad maritum, vt patet *ex l. vlt. C. de donat. ante nuptias*, per hæc verba *ibi: sicut enim dos propter nuptias fit: ita & in donationibus, quas mariti faciunt, vel pro his alij, debet esse aperta licentia, & constante matrimonio talem donationem facere.*

Et *infra vers. vlt. eiusdem legis*, habetur sic. *Sancimus itaque omnes licentiam habere, siue priusquam matrimonium contraxerint, siue postea donationes mulieribus dare propter dotis donationem; & non simplices intelligantur, sed propter dotem, & propter nuptias facta.*

Conuenit text *in Auth. dos data, eodem titulo*, per hæc verba. *Dos data donationem propter nuptias meretur*: proinde donatio propter nuptias non dicitur donatio simplex, sed antipherna: Glos. *in d. l. vlt.* ibi, antipherna, id est contra dotem à nomine anti, quod est contra; & pherna, quod est dos, quasi dicatur donatio propter nuptias contra dotem, vel vt cõpensetur dotis datio. Idem habetur *l. 1. tit. 11. p. 4.*

21 Item donationes propter nuptias hodie apud nos non sunt in vsu, vt per Glos. & *ibi* Fab. *in Auth æqualitas, C. de pactis conuentis*, Suar. *titulo de las Arrhas n. 3.* Tellus Fernand. *in l. 29. Tauri, n. 5.* Valasc. *de partition. c. 13. n. 43. & tom. 1. consul. 2. n. 13* vbi addit in Hispania loco donationum propter nuptias, quæ sunt abolitæ, Arrhas successisse: non quod sint iure naturæ, quia in multis differunt: sed quia introductæ sunt arrharum donationes. & donationes propter nuptias desierunt esse in vsu.

Sicut tamen pater tenetur dotare filiam, sic etiam de iure tenetur dare filio donationem propter nuptias, text *in l. fin. vers. nec, C. de dotis promissione*, his verbis: *Nec enim leges incognitæ sunt quibus, cautum est omni modo paternum esse officium, dotem, vel donationem ante nuptias, pro sua dare progenie.* Vnde, si huiusmodi donatio propter nuptias pro filio, nepote, vel pronepote promittatur à patre, matre, vel ab Auo, vel Auia vxori filij, tenentur ipsi adimplere.

Quin potius maritus nequit constante matrimonio etiam de consensu, & licentia vxoris alienare similes donationes ante nuptias, vel propter nuptias, vt *in l. 1. & per totum, ff. de fundo dotali*, & est expressè *in Authent. siue a me, C. ad Vellean.* & *ibi* Gloss. Ordin. sicut non potest de licentia vxoris alienare dotem, per *d. l. 1. & per §. 1. per totum Instit. quibus alienare licet, vel non.*

Quod extenditur, & procedit vltra, adeo vt nequeat alienare etiam res mobiles dotales: prout tradit Barbos. *5. p. legis primæ n. 86. vbi n. 87.* limitat in rebus mobilibus dotalibus venalibus, quales sunt merces, quas poterit hodie alienare solus, ne commercium impediatur, & natura prædictarum rerum, neque vxor eas poterit auocare per vendicationem, vel hypothecariam à possessoribus, Bald. *in l. vbi adhuc n. 19. C. de iure dotium*, Couar. *pract. cap. 29. n. 1. ante finem.*

In quibus conueniant dos, & donatio propter, vel ante nuptias, & in quibus differant ostenditur: conueniunt primò, quia sicut dos confertur à filia, quæ succedit patri, vel matri, vel ascendentibus: sic etiam donatio propter, vel ante nuptias confertur, & computatur à filio, & est de iure obnoxia collationi, nec de hoc ambigi potest, text. probat *in l. vt liberis, C. de collat.* ibi. *ante nuptias donatio conferebatur*, & ibi communis Scribentium sententia: Valasc. *de partitionib. cap. 13. n. 43. in fine* text. notabilis *in l. final. C. communia vtriusque iudicij*, & *ibi* etiam Doctores. 22

Conueniunt secundò, quia sicut dotes constante matrimonio etiam possunt augeri, similiter permissum est posse etiam augeri donationes propter, vel ante nuptias.

Quam ob causam Iustinianus Imperator decreuit, vt donationes huiusmodi non solum possint augeri constante matrimonio, sed etiam fieri, sicut in dotibus id receptum est: idcirco voluit, vt donationes ante nuptias non dicantur; sed propter nuptias *§. est, & aliud genus, Instit. de donat. & l. cum multa, C. de donat. ante nuptias.* Nec mirum, quia olim fuit incognita hæc donatio, neque de ea fit mentio in Pandectis, vt dicetur *infra num. 45.*

Conueniunt tertio in eo, quod sicut res quæ restitutioni sunt obnoxiæ ex causa dotis possunt alienari: eodem modo possunt ex causa donationes propter, vel ante nuptias, vt vult text. *in Authent. res quæ, C. communia de legat.* & *ibi* Scribentes.

Conueniunt quartò, quia si maritus facit pactum de lucranda dote, vel de aliqua parte illius soluto matrimonio; in hoc euentu vxor etiam consequetur donationem, ante vel propter nuptias, quamuis ea de re nihil agatur.

Nam pactum positum in dote, tacitè per partes censetur positum, ac repetitum in donatione ante, vel propter nuptias, vt habetur expresse *in l. vlt. §. simplices, C. de donat. ante nuptias*, cuius hæc sunt verba *ibi: Re*, inquit *ipsa videatur hoc esse pactum, vt secundum dotales conuentiones intelligantur, & in tali donatione pacta fuisse conuenta, vt æquis passibus vtraque ambulet, tam dos, quam donatio.* Confirmatur idem *ex Authent. æqualitas, C. de pactis conuentis, & ex Glos. ibi ordinaria.*

Conueniunt quinto, quia in ea quantitate in qua dos constituitur, in eadem, & non in maiori

debet

debet constitui donatio ante nuptias, vel propter nuptias teat. *in Authem. æqualitas, C. de pactis conuentis,* & Doctores *ibi*: idem probatur *ex l. vlt. §. simplices vers. ita tamen*, *C. de donat. ante nuptias* his verbis *ibi*: ita tamen, vt dotis quantitatem non excedant: non enim est simplex donatio, sed donatio propter dotem iam conscriptam.

Conueniunt sexto, quia maritus constante matrimonio vti dominus potest vendicare res dotales per teat. *in l. doce ancillam, C. de rei vendicatione*: similiter vxor donationem propter nuptias potest vendicare à quolibet possessore extraneo; non tamen à marito, nisi quando soluto matrimonio non restituitur dos vxori, vel quando vxor deberet ex pacto recuperare donationem.

Insuper quando maritus dum matrimonium durat incidit in pauperiatem; secùs si durat matrimonium, & vir est diues, & potest soluere: tunc vxor non vendicat ab eo: per teat. *in Authent. permissa, C. de donat. ante nuptias*, & *ibi* Bald. & Angel.

Conueniunt septimò, quia donatio dicitur; & dos etiam dicitur donatio *l. final. vers. final. C. de donat. ante nuptias*: ibi: *propter dotis donationem*. Similiter conueniunt, quia dos, dicitur dos mariti cõstante matrimonio, & in illum transit, & soluto matrimonio restituitur vxori, aut eius hæredibus. Donatio autem ante nuptias, vel propter nuptias est dotalitium vxoris, & in illam transfertur dominium dum durat matrimonium: eo tamen finito voluitur ad maritum, vel ad eius hæredes, *l. si liberis, C. de donat. ante nuptias*.

Conueniunt octauò, quia sicut maritus propter adulterium à se commissum amittit dotem, nec lucratur donationem propter nuptias, & vxor recuperat hæc duo, vt tradunt Petr. Greg. *in Syntagm. iuris lib. 36. cap. 6. n. 14.* Surd. *de aliment. tit. 7. q. 16. n. 30.* Farin. *in praxi criminal p. 5. q. 142. n. 35.* Bellet. *disquisit. clerical. p. 1. tit. de fauore clericorum reali, §. 4. n. 74.* Sanch. *de matr. lib. 10. disp. 8. n. 11.* sic etiam donationé propter nuptias, & lucrum dotis, dotémque propter adulterium amittit vxor, prout de donatione propter nuptias, seu lucro dotis ex pacto proueniente dicunt Clat. *§. adulterium, n. 12. vers. alia quoque*, Barbos. *l. 2. in principio, p. 1. n. 54. & 98. vers. item, vt ipsa amittat dotem*, Sanch. *d. disp. §. n. 21.* & Peres *l. 1. Gloss. 3. tit. 1. lib. 5.*

Nec non de dote amissa propter adulterium, volunt Couar. *de sponsalibus p. 2. cap. 7. §. 5. num. 13.* Franciscus Molin. *de ritu nuptiarum lib. 3. q. 67. n. 2.* Gomes. *l. 8. Tauri n. 47.* Clat. *§. adulterium d. n. 52.* Valasc. *consult. 169. n. 16.* Gama *dec. 234.* vbi Flores *& decis. 236.* Cabed. *1. p. decis. 124. & 125.* Sanch. *d. lib. 10. disp 8. n. 10.* vbi id extendit ad bona paraphernalia, videlicet adiudicari viro, attento iure Castellæ, & reliqua vxoris adulteræ bona.

Differunt tamen in multis dos, & donatio ante nuptias. Primo, quia maritus possidet dotem *l. Pomponius, §. in dotem, ff. de acquirenda possessione*: vxor autem non possidet donationem ante nuptias, vel propter nuptias, sed maritus ipse, vt Scribentes *in d. l. Pomponius*.

Secundò differunt, quia quamuis vxor tacitam habeat hypothecam pro recuperanda sua dote, vt constat *ex l. vnica, § vt plenius, C. de rei vxoriæ actione*: maritus verò non habet hypothecam in bonis vxoris pro donatione ante nuptias, vel propter nuptias, cùm hoc non reperiatur in iure cautum.

Tertiò differunt quoniam maritus acquirit fructus dotis, *per legem pro oneribus. Cod. de iure dotium*. Vxor autem non acquirit fructus donationis ante nuptias, vel propter nuptias, sed ipse vir: Glossa Ordinaria, *in Authent. dos data, Cod. de donat. ante nuptias, §. est & aliud, Institut. de donat.* Bald. *in Authent. sine à me Cod. ad Velleianum*.

Hisce tamen temporibus in Hispania omnes fructus, qui percipiuntur durante matrimonio ex quibuscunque donis sunt communes marito, & vxori, sicut reliqua lucra, quando mulier pro dimidia parte vult soluere debita contracta constante matrimonio, prout disponitur, *lib. 3. tit. 3. l. final. & l. 3. tit. 4. lib. 5. Ordin.*

Sequitur dicendum de largitate sponsalitia, seu donatione sponsalitia, & de eius effectu. Est ergo sponsalitia largitas contractus iuris ciuilis, & quidem specialis, vt in *Authent. vt sponsalitia largitas specialis sit contractus, in principio*, quæ donatio fit inter sponsos de futuro, matrimonij contrahendi spe, eiúsque causa: Hispanè vocatur, *las donas, y ioias que se embian los desposados*. Dicitur etiam mundus muliebris, Matiens. *lib. 5. recopil. tit. 2. Rubric. n. 1.* 24

Habet hæc donatio sponsalitia, seu sponsalitia largitas hanc naturam, vt pactione inita inter sponsos, ne ad donatorem vllo casu reuertatur, statim transfertur irreuocabiliter in donatarium, etiamsi osculum non interueniat, nec copula sequatur, & eius culpa matrimonium non habeat effectum, *l. 1. vers. igitur, ff. de donat.* eo quia hæc donatio est simplex, permissa, & nullo iure interdicta, cum non fiat inter coniuges, nec ad tempus matrimonij contracti referatur: quæ sola donatio interdicitur, non tamen est ipso iure nulla facta inter virum & vxorem, sed dicitur inualida, quia potest ad libitum reuocari, *cap. final. de donat. inter vir. & vxor. & l. 1. 2. & 3. ff. eodem*.

Secùs de sponsalitia largitate, quæ differt à donatione etiam propter nuptias, quæque contemplatione dotis inter coniuges etiam fieri potest, *l. cum multa post principium, §. sancimus*, & *§. simplices, C. de donat. ante nuptias*, Mant. *de tacit. & ambig. conuẽt. lib. 20. tit. 1. n. 1.* Sanch. *lib. 6. de donat. disp. 18. n. 1.* quos *ibi* referens sequitur Bonacin. *de contract. disp. 3. punct. 4. fol. 502. n. 1.* vbi concludit sponsalitiam largitatem factam inter sponsos de futuro esse validam, & donata acquiri donatario, si matrimonium celebretur, & consummetur.

Dictum est, & eius culpa matrimoniũ non sequatur; quia seclusa pactione memorata, si matrimoniũ non celebretur propter culpam donantis, donata acquiruntur donatario: contra verò si matrimonium absque culpa non sequatur, nimirum, quia alter sponsorum mortuus est, aut ingressus fuit Monasterium ante celebrationem matrimonij, vel ante consummationé, donata sunt restituenda donatori: ita Anton. Gomes. *in l. 52. Tauri, n. 2. & 3.* Sanch. *d. disp. 18. n. 2. & 3.* & Bonacin. *supra n. 4.*

Quòd si donatione facta sponsæ ab sponso, vel copula, vel oscula interueniant post sponsalia iam celebrata, dimidium acquiritur sponsæ, & alterum dimidium hæredibus sponsi matrimonio minime secuto absque culpa vtriusque, *l. si à sponso. C. de donat. ante nuptias*, his verbis, *ibi*: *si à sponso rebus sponsæ donatis interueniente osculo ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus, dimidiam ad defuncti, vel defunctæ hæredes cuiuslibet gradus sint, & quocumque iure successerint.* Sic *ibi*. 25

Quæ ratio ea esse videtur, quia osculum, quod sponsus dedit præmio aliquo censetur dignum, & sponsa illud recipiens, vel copulam admittens compensatione detrimentum dignum subiit. Sic Bonac. *sup. n. 5.* & Lusius Turrian. *disp. 77. dub. 7.* vbi volúe per solos amplexus, absque osculo, & copula nihil 26

sponsam lucrari, quia text. *in l. cum veterum, C. de donat. ante nuptias*, dimidium soli osculo concessit. Quod idem volunt Ioan.Lup. *l.52.Taur.n.18.* Castillo *ibi n.23.* quibus accedit Sanch. *d. lib.6. de matrim. disp.18.n.8.*

27 Adde si interueniat osculum, vel copula ante sponsalia, sponsam superueniente matrimonio non acquirere dimidium sponsalitiæ largitatis, eò quia qualitas adiuncta verbo, intelligenda est secundùm verbi tempus, *l.in delictis. §.extraneus, ff.de noxalibus actionibus*: ratio, quia non meretur præmium sponsa pro actu pœna digno: ita Couar. *in 4.decret.1.p.c.4.§.1.n.14.* Ioan.Lup.*l.52.Tauri n.8.& 9.* Ant. Gomes. *ibidem, n.6.*

Nam lex videtur pro forma requirere, quod præcedat donatio, & sequatur osculum, vel copula: atque ita *l.3.tit.11.p.4.& l.52.Tauri*, quæ loquuntur de rebus donatis à sponsis, debent intelligi, quãdo interuenit osculum postquam sunt sponsi. Nam ante sponsalia osculum est peccatum, & indignum præmio legali, Gomes.Arias *l.50. Tauri n.9.& 10.* Gutier. *3.practic. q.44. n.7.* & Ludouic. Lopes *2.p. instruct.de matrim.cap.36.fol.1032.* Bonac. *d.n.30. vers. idem sentiendum est.*

Idem esto iudicium, si sponsalia sint conditionata; per osculum, ante impletam conditionem, nihil acquirere sponsam, quia adhuc præcedit sponsalia, & actus est culposus, & multò fortius, si adest copula conditione nondum impleta nihil acquiritur, eo quòd per illam non videtur recessum à conditione, Sanch. *disp.18.n.6.& 7.& disp.19. n.6.* Bonacin. *d. n.5. vers. non tamen sufficit.*

Quòd si donatio fiat sponso ab sponsa, videntur donata competere sponsæ non secuto matrimonio, aut solutis sponsalibus, quamuis osculum, vel copula interueniat, quoniam sponsalitia largitas conceditur fieri sub hac conditione, si matrimonium sequatur, & sponsa propter osculum, vel copulam ruborem, & dedecus subeat: sponsus autem propter osculum nihil perdit, nec aliquod patitur dedecus, quod intelligitur modo sponsalia non dissoluantur propter culpam sponsæ: nam in eo euentu sponsus largitatem sponsalitiam lucratur, quoniam sicut quando sponsalia soluuntur, ob culpam sponsi, sponsa totam largitatem sibi donatam acquirit: sic etiam sponsus acquirat totum, quando sponsalia dirimuntur culpa sponsæ propter fornicationem scilicet, vel hæresim, vel alia similia impedimenta, vt probatur *ex l.cum veterum, ad finem, C.de donat.ante nuptias*, vbi sponsus, & sponsa fiunt æquales, Castil. *in d.l.52. Tauri n.5.* Sanch. *d.lib.6. de matr.disp.21. n.8.* & Bonacin. *n.5.*

28 Cæterùm si sponsalia dissoluantur absque culpa vtriusque sponsi, nihil lucrari sponsum dicendum est, quamuis osculum interueniat, eò quia videtur sponsalitia donatio fieri sub ea lege, & conditione, si matrimonium celebretur, & in hoc casu non fit matrimonium, & sponsalia non fuerunt soluta propter culpam sponsæ, vt supponitur.

Ergo sponsus nihil lucrabitur: ita colligitur *ex l. si à sponso, C.de donat.ante nuptias*, & *l.3.tit.11.p.t.* vbi disponitur sponsalibus dissolutis morte alterius, & ita absque vtriusque culpa, sponsum nihil acquirere per osculum, ac proinde sponsus integra localia restituet: sponsa autem osculo dimidiam partem lucrabitur: ita Cynus *in d. l.si à sponso* Ioan. Lup. *rubric.de donat.§.3.in fine*: non enim videtur rationi consonum sponsam absque culpa acquisitum per osculum amittere, Sanch. *disp.21.n.2.& 3.*

Contra verò quando sponsalia dirimuntur de cõsensu vtriusque sponsi, eò quòd alter alteri remittere videtur, quod sua interest, proinde sponsa nihil lucrari videtur, sed tenetur restituere alteri, quod accepit *argumento l.si diuersa, C.de transactionib. ibi: si diuersa pars contra placitum agere nititur, æquitatis ratio suadet refusa pecunia (cum & tu hoc desideras) causam ex integro agi*: ita Angel. *§.est & aliud, el 2.n.2.Instit. de donat.* Castillo *in l.52.Tauri* & Bonacin. *d.punct.4.n.8.*

Oportet tamen, quòd vterque sponsus simul dissentiat, non ex interuallo, nec successiuè: nam eo ipso, quod alter non simul dissentiat, sed iniustus resiliat, & alter iniustè discedat, quæsiuit ius ad retinendam sponsalitiam donationem sibi datam, & ad vendicandam largitatem sponsalitiam, quam donauerat *l.cum veterum, C.de donat. ante nuptias.* Non enim ius ante acquisitum amittitur propter posteriorem consensum, Sanch. *d.disp.21.n.7.* Bonacin. *d. punct.4.n.9.*

Iam verò si donatio sponsalitia alicui fuerit inualida per prohibitionem iuris, sponsa nihil acquiret, & sponsus poterit indistinctè repetere sponsalitiam largitatem, quam dedit, & tradidit sponsæ, siue interueniat osculum, vel copula, siue non: Glos. Ordinaria simul cum text. *in l.si ab sponsa, vers.1.C. de donat. ante nuptias.*

Iuuat text. *in l.cum hic status, §.final. ff de donat. inter vir.& vxor.* vbi habetur, errorem circa causam finalem impeditiuam matrimonij annullare donationem, nec confirmari morte: per text. etiam *in l. ea quæ, C. de donat. ante nuptias.* text. *in l.si ex voluntate, C.de donat.inter vir. & vxor.* Ratio potissima, quia ista donatio, & sponsalitia largitas, vt dictum est habet conditionem tacitam, si nuptiæ sequantur.

Cùm ergo ratione impedimenti nuptiæ nequeant sequi, agitur sponsus potest repetere: quod intellige, quando sponsus donauit, & ignorans tradidit: secùs si sciens impedimentum iuris dedit largitatem sponsalitiam: tunc non repetet vir, & sponsa retinebit, si sponsa ignorabat.

Vtroque verò sciente prohibitionem iuris, sponsa largitatem sibi datam non poterit retinere: neque sponsus recuperabit, sed fiscus, vt probat *l.qui contra, C.de incestis nuptiis*, & habetur *in cap.1.de donat. inter vir.& vxor.*

Neque est dubium donationem sponsalitiam, 29
quæ est contractus iuris ciuilis, differre ab sponsalitia largitate, quia hæc est simplex donatio, & inter sponsos tantum fit contemplatione futuri matrimonij.

Sponsalitia autem donatio, quæ etiam dicitur donatio propter nuptias, fieri etiam potest contemplatione dotis inter coniuges *l. cum multa, post principium §. sancimus, & §. simplices, C. de donat. ante nuptias*, nec præsumitur facta ab sponso sponsæ quoad dominium, sed quoad vsum in dubio, vt ornatior sponsa incedat, quod ad honorem etiam ipsius sponsi spectat: *l. si vt certo, §. interdum ff.commodati*, vt de aliis ornamentis scribit Bartol. *in l.*
penult. §.1. num.2. & 3. ff solut.matri. Paul.de Ca- 30
stro *cons 418. n. 2. lib. 2.* vbi loquitur specialiter de annulis etiam coniugis: sequitur Mant. *de tacit. & ambig. conuent. lib.20. tit.2.n.1.* vbi *n.2.* subdit sponsalitiam largitatem, quæ fit inter sponsos duntaxat, & non potest fieri inter coniuges, esse simplicem, & veram donationem, nec reuocari posse, nisi ex causa ingratitudinis, quod est proprium sim-
plicis donationis inter viuos. Quare soluto matri- 31
monio non reuertitur ad donantem, sicut redit donatio propter nuptias: *l.si mater, & l.vlt. C.de donat. ante nuptias*

Reuocabitur tamen sponsalitia largitas si per al- 32
terũ steterit, quominùs nuptiæ celebrentur, nimirum

si

si non sequantur absque culpa alterius sponsi ingredientis religionem ante celebrationem matrimonij, vel ante consummationẽ illius, in quo casu reuocabitur sponsalitia largitas, quæ censetur facta sub conditione matrimonij, quod non fuit secutum.

Cæterùm lucrabitur sponsa per osculum medietatem iocalium, cùm absque culpa matrimonium non habuit effectum, Gomes. *in l. 5 t. Tauri, n. 8. vers. quinto quæritur, per Glos. singularem in cap. decreta legalia* 77. q. 2. & probat text. *in l. Deo nobis, C. de Episcopis, & clericis*, vbi disponitur, quòd sponsa potest ingredi religionem liberè, & non incurrere pœnam Arrharum. Adduntque Scribentes pactum lucrandæ dotis in casu mortis etiam procedere in casu ingrediendi religionem.

33 Ponamus ergo sponsalitiam largitatem, vel donationem fieri ea conditione vt non teneatur ad donatorem: tunc enim dicendum est virtute huius pactionis acquiri irreuocabiliter donatario, quamuis nõ interueniat osculum, nec copula, & eius culpa matrimonium non sequatur *l. si mater, C. de donat. ante nuptias*, quia in hoc casu est donatio simplex, & nullo iure interdicta: non enim fit inter coniuges, nec refertur ad tempus matrimonij contracti: at sponsalitia largitas, vt diximus est donatio, quæ fit inter sponsos de futuro propter matrimonium contrahendum, & propter eius spem, & causam finalem, Sanch. *d. lib. 6. disp.* 18. *num.* 2. *vers.* 1. *conclusio*, post Gomes. *d. l.* 52. *num.* 2. *vers. quoad primam igitur donationem dico.*

34 Item sponsa lucratur medietatem spõsalitiæ largitatis, si per casum puta, vt per mortem alterius, interueniente osculo nuptiæ non sequantur: quòd si non interuenias osculum, nec copula, donator sponsalitiam largitatem integram recuperabit: si verò interueneris osculum, saltem repetet dimidiam donator, & alteram dimidiam sponsa lucrabitur. Quòd si interuenit copula, tota donatio penes sponsum remanebit, & penes hæredes illius: text. *in l. si à sponso, C. de donat. ante nuptias*, Gomes. *d. l.* 52. *num.* 3. *vers. si vero per casum.* Quæ similiter

35 obseruari oportet, & si ex parte sponsæ in sponsum donatio facta sit, quod extenditur, quamuis sponsalitia largitas sit in magna quantitate, quia de iure communi nulla est præfinita quantitas, Sanch. *lib. 6. de donat. disp.* 24. Bonacin. *de contract. disp.* 3. *q.* 13. *punct.* 4. *fol.* 502. *num.* 1. & 2.

De iure Castellæ sponsalitia largitas non potest excedere octauam dotis sponsæ partem, vt habetur *in l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *recopil. ibi. mas deloque montare la octaua parte de la dote, que con ella recebiere*, Auendan. *de exequendis mandatis* 1. *p. cap.* 15. *num.* 1. Matiens. *lib.* 5. *recopil. tit.* 2. *l.* 1. *Glos.* 6. *num.* 3. & 4. Quare necessarium est receptam esse dotem, nec sufficit esse promissam: ita Auendan. Matienso tamen innuit valere spõsalitiam largitatem, quamuis dos soluta non sit, quia dies solutioni destinata nondum accessit, consonat Valasc. *consult.* 3. *ad finem*, dicens in Lusitania non posse Arrhas donari vltra tertiam partem dotis vxoris, & tamen ait valere dotem promissam, quando nondum aduenit dies solutionis, & sufficere hoc, vt fiat computatio de dote promissa ad dotem verè receptam, quando nondum aduenit solutionis dies.

36 Quid ergo acquiret sponsa per solum matrimonium de præsenti ante consummationem, & nullo osculo præcedente? Resolutio sit nihil lucrari, si dissoluatur morte, vel professione, vel alio modo licito absque culpa. Nam deficiente conditione ineundi matrimonij non consummati, non verificatur perfecta conditio: ita Ioan. Lup. *de donat.* §. 4. *in principio*, nisi post ratum matrimonium sequatur traductio sponsæ ad domum sponsi.

In hoc enim euentu cum præsumatur copula per illam traductionem, lucrabitur ipsa totam sponsalitiam largitatem: ita Gregor Lop. *l.* 3 *tit.* 11. *part.* 4. Sed melius Castillo *in l.* 52. *Tauri in fine*, & *n.* 18. & Azeued. *lib.* 5 *recopil.* tradunt requiri omnino copulam, nec alio modo consummari matrimoniũ, & cõstat ex *d. l.* 52. *Tauri ibi ante, do consumido el matrimonio, & infra: despues de consumido el matrimonio, la muger, y sus hæredero s ganan todo.* Quæ lex hodie habetur *lib.* 5 *recopil. tit.* 2. *l.* 4. Ioan. Lup. *rubr. de donat.* §. 4. *num.* 1. *in fine.*

Quare non est necessaria traductio sponsæ ad domum sponsi, quia lex solum facit mentionẽ de consummatione matrimonij ad lucrandum integra iocalia, & ex consequenti non requiruntur ad hunc effectum Ecclesiæ benedictiones, seu velationes, Azeued. *lib.* 5. *recopil. tit.* 2. *l.* 4. *n.* 2. & 3. & Villalobos *in concordia iuris ciuilis, & Regij, verbo donatio, num.* 24. Sanch. *disp.* 19. *n.* 1. & 2. *lib.* 6.

Ex dictis *n.* 28. *vers. iam vero*, vbi dictum est, quādo sponsalia sunt nulla propter impedimentum iuris, nihil lucrari sponsam ex sponsalitia largitate, sequitur idem dicendum, quando fuerint sponsalia nulla ex aliquo alio casu, propter quem nequeat fieri matrimonium, quamuis interueniat osculum, Cifuentes *l.* 52. *Tauri, ad finem*, post Salicet. *in l. si à Sponso n.* 2. *C. de donat. ante nuptias.* Quare neque qui dedit potest repetere, nec recipiens retinere, sed fiscus vendicabit, vt *supra* dictum est contra Sanch. dicentem non posse fiscum retinere, nisi post sententiam, quod indistinctè Gomes. tradit *d. n.* 7. vbi concedit posse fiscum vendicare, quando vterque impedimenti fuit conscius. 37

Quando in matrimonio sponsalitia largitas, & simul Arrhæ interueniunt, disponit *l. eadem* 52. *Tauri* per hæc verba, *si qualquiera dellos moriere post matrimonium consummatum, mulier, & eius hæredes lucrentur omnia*, quæ cum essent sponsi, sponsus dedit spõsæ, si in eo matrimonio Arrhæ interuenerunt: quod si Arrhæ interuenient, tunc sit in optione mulieris, aut hæredum, defuncta fœmina, eligere Arrhas, aut eas dimittere, & assumere omnia iocalia, quæ vir dederat post sponsalia, quæ optio, seu electio fiat intra viginti dies postquam fuerint interpellati per hæredes ipsius mariti: Si vero intra hunc terminum non elegerint, penes hæredes mariti maneat electio. 38

Ex quibus quid faciendum sit constat in hoc casu: quod intelligitur quando donatio sponsalitiæ largitatis fuit valida, & debito tempore facta, nimirum ante consummatum matrimonium: Nam si esset inualida, quia scilicet facta fuit post matrimonium consummatum: tunc sequitur naturam cæterarum donationum, quæ fiunt inter coniuges reuocabiliter, & morte confirmantur, has inquam lucrabitur sponsa, simul & Arrhas.

Nihilominus lex *Tauri* 52. loquitur de donatione Iocalium, quæ debet fieri ante cõsummatū matrimonium, vt sit valida, & facta semel electione ab vxore, aut ab eius hæredibus de his iocalibus, non licet variare *l. apud Aufidiū* 20. *ff. de optione legata*, Matiens. *lib.* 5 *recop. tit.* 2. *l.* 4. *Glos.* 7. Mieres *de maioratu* 1. *p. q.* 52. *n.* 10. modo electio sortiatur effectū: aliter enim integrum est vxori aut eius hæredibus variare, quia nõ impedit quod de iure non habet effectum, regulu *non præstat, de regul. iuris in* 6 & possunt iterum eligere, si prior electio fuit nulla, Bart. *in l.* 2. *ff. de optione legata*, Matiens. & Mieres *supra.*

Insuper si matrimonium non sequatur dissolutis sponsalibus, vel matrimonio rato ante consummationem, non datur sponsæ electio medietatis

tatis arrharum per osculum, etiamsi solæ arrhæ intercedant, nihil prorsus acquirere colligitur ex ipsa lege 52. *Tauri*, vbi postquam disposuit sponsam per osculum sibi acquirere dimidium largitatis sponsalitiæ sic loquitur: si quisquam eorum decedat post consummatum matrimonium, vxor aut eius hæredes consequantur totum, quod dum sponsi erant, illi donauerit sponsus, si arrha defuit in eo matrimonio.

Verùm si arrha non defuit, sit ad vxoris electionem, vbi dictio (verum) posita sine copula, Et, significat diuersum factum, & diuersum ius: atque ita an hæ non acquiruntur, nisi postquam copulati, & facti sunt vna caro, & vere sunt vir, & vxor.

Dum autem sunt sponsi, & interuenit osculum, lucratur sponsa dimidium sponsalitiæ largitatis, quamuis postea dissoluantur sponsalia: arrha autem interueniente dator prædicta electio modo supradicto vxori, aut eius hæredibus, quasi sentiens: dum sponsi sunt, posse acquiri per osculum dimidium iocalium absque vlla electione; nihil vero de arrhis, quia has solum constituit in præmium pudicitiæ amissæ per copulam maritalem, & tunc acquiruntur, Couar. 4. *decretal. 2. p. cap. 3 §. 7. n. 12.* dicens arrhas esse donationes factas vxori in præmium pudicitiæ, & eo matrimonio consummato statim acquiri, Gomes. Arias *l. 50. Tauri num. 29.* vbi supponit hanc esse praxim, sequitur Molin. *tom. 2. disp. 431. §. qua autem.*

40 Non est omittendum donationem propter nuptias sponsæ, vel vxori, dotis tantum contemplatione fieri: proinde comprehendit quidquid à marito datur vxori contemplatione dotis *l. cum multa §. sancimus, & §. si igitur dote præstita, ff. de donat. ante nuptias*, Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 20. tit. 1. num. 7. & tit. 4. num. 5.* & Gomes. *d. l. 52. Tauri num. 9.* de qua diximus *num. 20. supra*: proinde donata ante nuptias sunt conferenda de iure *l. vt liberis, C. de collat.* ibi: ante nuptias donatio conferatur: non tamen dicitur hæc donatio ante nuptias facta simpliciter donatio inter virum,
41 & vxorem, ideo valet *l. penult. ff. de donat. inter vir. & vxor.* nec prohibetur, Mantic. *d. tit. 1. num. 8.*

42 Quinimò si die nuptiarum donatio ante nuptias fiat, Bald. *in l. inter eos, ff. de donat. inter vir. & vxor.* credit, si fiat in domo vxoris præsumi factam ante matrimonium: secùs si fiat in domo viri: quia tunc præsumitur facta post matrimonium.

Hodie tamen id constabit ex Concil. Trident. quoniam non perficitur contractus solo consensu, sed debet obseruari forma tradita à Concilio *in cap. 1. de Reformat. matr. sess. 24.* alioquin matrimonium est irritum, Mantic. *supra num. 11.* vbi *num. 13.* ex Oldrado *cons. 224. num. 26.* subdit,
43 si sponsus aliena iocalia ante nuptias mittat sponsæ, & post nuptias pro illis sua propria mittat, dominium mulieri acquiri: eo quòd in hoc euentu videtur magis confirmare donationem iam factam quam inchoare nouam, *l. si donata, §. 1. ff. eodem.*

Hinc argui potest, valeátne donatio facta spon-
44 sæ ante ætatem nubilem, si per verba præsentis temporis contraxit sponsalia? Affirmandum est valere: eò quia adhuc nullo modo dici potest vxor, *l. quod vir, ff. eodem titulo*, fauet lex *2. in fine, ff. de priuilegiis creditorum*, per hæc verba ibi: *si minor duodecim annis in domum quasi vxor deducta sit, eam vxorem non esse*, Mantic. *supra n. 15.*

Ambigi item potest, quid dicendum quando fit donatio sponsæ per nuntium ab sponso, & nuntius tradat illam post matrimonium celebratum; dicendum est si sponsus nuntium seruauit, donationem non valere, quia post contractas nuptias donatio perfecta fuit: secùs si sponsa nuntium interposuit: nam tunc ante nuptias perfecta fuit donatio, quamuis post contractas nuptias nuntius tradiderit, *l. si sponsus in principio, ff. de donat. inter vir & vxor.*

Non est dubium donationem ante, vel pro- 45
pter nuptias esse contractum nominatum, vt *in Authent. vt sponsalitia largitas specialis sit contractus & de diuersis capitulis, collatione 9.* Idcircò variis nominibus dicebatur: sed postea à iunioribus Principibus fuit introductus, & ab initio tantum donatio ante nuptias vocabatur, quia ante nuptias fiebat, & post nuptias fieri nequibat.

Nihilominùs cùm dotes post matrimonium possent augeri, integrum fuit etiam posse donationes ante nuptias: & ita factum fuit à tempore Iustiniani Imperatoris statuentis has donationes durante matrimonio posse constitui, & augeri, *§ Est & aliud genus, Instit. de donat. & l. cum multa, C. de donat. ant. nupt.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 20. tit. 2. ex n. 1. cum seqq.* vbi de hoc laté, & *n. 20.* ostendit, quando dos constante matrimonio ab vxore augeri non possit, quod si vxor viro præbeat augmentum dotis, maritus quoque tantundem vxori debet refundere, vt excludatur fraudis vmbra, *Authent. æqualitas C. de pactis conuentis* Cephal. *cons. 598. num. 33.*

Item donatio ante nuptias (quam diximus *num.* 46
20. posse fieri ab sponso a patre vel ab alio pro illis vxori, vel sponsæ futuræ) an possit fieri ab Auo pro nepote ex filio? Affirmandum est posse cogi Auum eam facere *l. vltima, C. de dot. promiss.* Quin etiam matrem, & ascendentes per lineam posse compelli ad faciendam donationem propter nuptias pro filiis, & descendentibus, arguitur *ex l. cognouimus ad finem, C. de hæreticis, & Manich.* vbi dicitur matrem hæreticam, sicut tenetur filiam orthodoxam dotare, sic etiam posse compelli ad constituendam donationem propter nuptias. Quod autem mater, & Auus maternus debeant filiabus, & neptibus dotem constituere in defectum patris, vel Aui paterni, si filia, vel neptis est inops, docet Bartol. *in Authent. res quæ num. 3. in fine, & n. 4. C. commun. de legatis*, & *ibi* Bald. *num. 9.* Igitur tenebuntur etiam donationem propter nuptias efficere, quia hæc duo æquiparantur. Iuuat *l. ex morte, C. de pactis conuentis*, vbi quod de patre dicitur, de matre etiam constitutum videtur.

Sequitur difficultas, an donatio propter nu- 47
ptias soluto matrimonio reuerti debeat ad maritum, & quid de fructibus, & an habeat omnia priuilegia, quæ dos habet? Glos. *in §. est & aliud, in verbo exequeretur, Institut. de donat.* Tradit vxorem esse dominam donationis propter nuptias, & sicut dos ad mulierem redit soluto matrimonio, sic donationem propter nuptias debere ad maritum reuerti, nisi aliud ex consuetudine, vel statuto, vel ex pacto statuatur. *l. 2. C. de bonis, quæ liberis, cap. vltim. de donat. inter vir. & vxor.*

Fructus autem donationis propter nuptias non sunt vxoris, sicut fructus dotis non sunt vxoris, sed mariti, eo quòd fructus dotales conceduntur pro oneribus matrimonij, quæ maritus debet sustinere, *l. dotis fructum, & l. plerunque, §. si seruus ff. de iure dotium.*

Ex quo sequitur donationem propter nuptias non habere omnia priuilegia, quæ doti sunt concessa:

cessa: ita Bald. Nouel. *in tract. de dote parte 8. priuilegio 6. num.* 24. de qua differentia Gomes. *in l.* 55. *Tauri num.* 12. quem referens sequitur Sanch. *lib. 6. de donat. disp. 1. n. 1. ad medium, vers. donatio autem propter nuptias, seu ante nuptias.*

48 Item hæc donatio propter nuptias, est permissa inter virum & vxorē, quia non sunt simplices donationes, sed constituuntur propter dotem, *§. est & aliud genus, Institut. de donat. & l. cum multa post principium, & vers. Sancimus*, & *§. simplices C. de donat. ante nuptias.* Ex Bald. tamen *in l. si constante, paulo post principium, vers. quid operetur ista donatio*: traditur quod dos redditur magis tuta, cùm vxor dominium habeat plus in bonis viri, quam si habeat hypothecam solum; nam renun-
49 ciare potest hypothecæ *l. etiam, & l. iubemus, & Authent. sine a me C. ad Velleian.* Sed donationi propter nuptias renunciare non potest nisi vir etiam doti renunciauerit *l. sed si è contrario, C. de donat. ante nuptias*, Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 20. tit. 3. num. 2.*

50 Præterea alter effectus ex eodem Bald. *in Authent. dos data num. 3. de donat. ante nuptias*, est pactum de lucro dotis, & donationis propter nuptias, quod sit æquale, & pactum de lucro dotis extenditur ad donationem propter nuptias, quamuis mulier nihil de eius lucro conuenerit *cap. vlt. de donat. inter vir. & vxor.* & *ibi* Abbas *num.* 12. *in principio*; nec mirum, quia dos, & donatio propter nuptias æqualem continent fauorem exceptis casibus à iure expressis, vt docent Vincent. de Franc. *decis.* 182. *num.* 2. *p.* 1. Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 42. *à num* 77. Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt.* 15. *num.* 10. quos referens sequitur Augustin. Barbos. *in cap. & si necesse, num. 8. de donat. inter vir. & vxor. vbi num.* 4. addit, cùm Arrhæ in Hispania cedant lucro vxoris, earum argumentum non valere, nec subsistere ad donationes propter nuptias, ex Gomesio *in d. l.* 50. *Tauri num.* 9. & 10. post Gregor. Lop. *l. 7. Glos. final. tit.* 11. *part.* 4.

Deinde tertius effectus donationis propter nuptias potest esse, vt si maritus fiat inops potest vxor durante matrimonio, non solum vendicare dotem, sed etiam donationem propter nuptias, vt fructus valeant onera matrimonij sustinere, *l. vbi adhuc, C. de iur. dotium.* Abbas *in cap. vlt. num.* 12. *de donat. inter virum & vxorem.*

Quartus effectus donationis propter nuptias esse potest, quòd maritus debet viuere honestè, sicut vxor, nam sicut illa priuatur dote propter adulterium *cap. plerunque de donat. inter vir. & vxor.* ita etiam maritus amittit donationem propter nuptias, si puritatem, & fidem matrimonij violauerit, *l. consensu C. de repud.*

Quinimò dotem, & donationem propter nuptias, si maritus committat adulterium recuperat vxor, vt per Baiardum ad Clarum *§. adulterium n.* 103. Surd. *de aliment. tit. 7. q. 16. num.* 30. Sanch. *de matrim. lib. 10. disp. 8. num.* 11. Bellet. *disquisit. clerical p. 1. tit. de fauore clericorum reali, §. 4. num. 74. vbi num.* 75. resoluit posse vxorem ad restitutionem dotis agere, & *num.* 76. post Castrum *cons.* 128. & *cons.* 328 addit posse eandem vxorem agere ad separationem thori, & ad dotem restituendam, quando maritus habet concubinam.

Donatio item propter nuptias tacitè non intel-
51 ligitur constituta, potest tamen intelligi, quamuis hoc nomen non sit expressum *l. cum multa §. fin autem donatio quidem talis, C. de donat. ante nuptias*: nisi ex verbis concipi possit, quia nisi expresè constituatur, non inducitur à lege, neque vxor eam acquirere potest soluto matrimonio.

Vxor tamen, quæ dotem dedit potest petere à 52
marito, vt sibi constituat donationem propter nuptias: imò potest illum compellere ante contractum matrimonium, siue eo constante, quod ex *Authent. dos data C. de donat. ante nuptias*: notarunt ibi communiter omnes, & communem resolutionem docent Afflict. *decis.* 242. *num.* 1. Ruin. *in cons.* 11. *num.* 2. *lib.* 5. Barbos. *in l. si constante, in principio, ff. solut. matrim. num.* 127. *vers. & retenta hac opinione, fol.* 576.

Attamen decisio illius text. hodie non est in vsu, nec maritus compellitur constituere donationem propter nuptias; sed ex voluntate constituitur; vt tradit Tellus Fernand. *in l.* 16. *Tauri num.* 6. quem sequitur Castillo *de vsufructu cap.* 44. *lib.* 1. *num.* 11. contradicit tamen Mantica *d. lib. 20. tit. 4 num.* 4. vbi concludit donationem propter nuptias non fieri ex mera liberalitate, sed ex necessitate.

Denique donatio propter nuptias facta à viro 53
vxori constante matrimonio hodie non valet; valebit tamen si mulier augeat etiam dotem, *l. si constante, & Authent. Sed iam necesse C. de donat. ante nuptias.* Insuper si donatio fiat quando constituitur dos, censetur permissa: nam non est simplex donatio, sed propter dotem, *l. cum multæ, §. sancimus*, & *§. simplices, C. de donat. ant. nupt.* Azo *in summa eiusdem tituli, num.* 5. Ideircò si vxor augeat dotem, vir debet augere donationem propter nuptias in eadem quantitate: *d. l. si constante*, & *d. Authent. sed iam necesse.*

Nihilominus cum hisce temporibus dotes sine donationibus propter nuptias ea generali consuetudine constituantur, vt ait Bald. *in d. l. si constante*, æqualitas in dotibus, & donationibus propter nuptias à consuetudine etiam est sublata, Bart. Bald. & alij *in d. Authent. æqualitas C. de pactis. conuen.* Mantic. *supra tit. 4. num.* 15. proinde nihil amplius dicendum est, cùm per desuetudinem donationes huiusmodi sine sublatæ, Gomes. in *d. l.* 52. *Tauri.* Tellus *in l.* 16. *Tauri num.* 8. Valasc. *consult.* 2. *num.* 11. Molin. *de Iust. tract. 2. disp. 229. ad finem*, & Barbos. *l. si cum dotem* 23. *§. si pater num.* 11. *ff. solut. matrim.*

---

§. III.

Vtrum inter consanguineos præsumatur animus donandi ex sola sanguinis coniunctione.

EPITOME.

54 *Quando præsumatur donandi animus inter consanguineos ex sola sanguinis coniunctione?*
55 *Sufficere consanguinitatis vinculum ad præsumendum donationem, & animum donandi inter consanguineos, aliqui putant.*
56 *Frater pro fratre aliquid soluens præsumitur soluisse animo repetendi.*
57 *Præsumitur inter consanguineos animus donandi, quando inter extraneos præsumitur.*
58 *Si filius pro patre soluat, non præsumitur donasse, nisi expensæ sint modica.*
59 *Mater expensas factas pro filio redimendo ab hostibus non potest repetere.*

60 *Et quid de patre soluente pro delicto filij.*
61 *Interdum ex sola consanguinitate inter consanguineos præsumitur donandi animus.*
62 *Sed contrarium est verius.*
63 *Frater cum fratre bonis indiuisis, qui vtitur, & simul viuit, si quid impendat pro reparatione domus communis, non censetur donare.*
64 *Frater laicus aliquid impendens pro fratre clerico, à quo sperat aliquid recipere, non præsumitur donare.*
65 *Socer non præsumitur donare Nurui, nec vitricus, priuigno.*
66 *Frater an præsumatur donare, quando aliquid impendit in alimenta cum fratre.*
67 *Frater consentiens fratrem vxori donare rem communem præsumitur habuisse animum donandi.*
68 *Pars tamen negans est communis.*
69 *Frater quando nequeat repetere expensas factas cum fratre pro alimentis.*
70 *Clericus frater tenetur alere sororem, & dotare de bonis Ecclesiæ.*
71 *Fratres vterini quando non teneantur alere fratres, nec sorores.*
72 *Soror vterina an sicut est alenda a fratre, an sit etiam dotanda, discutitur, & quid sequendum ostenditur. num. 72. & 73.*
74 *Et respondetur contrariis.*
75 *Frater non potest repetere, quando tenetur alere: secus quando non tenetur, præsertim si protestetur repetere.*
76 *Frater si apud se habeat bona fratris, aut sororis præsumitur donare, & impendere de bonis illorum.*
77 *Item potest compensare.*
78 *Secus si tenebatur alere: quia tunc non potest repetere, nisi expensæ sint modicæ.*
76 *Impensa facta à fratre pro fratre extra causam alimentorum præsumitur facta animo repetendi.*

54 SEquitur dicendum an præsumatur donatio inter sanguine coniunctos ex sola sanguinis affectione? Pars negans videtur vera, ex eo quia donatio, seu, animus donandi regulariter non præsumitur inter patrem, & filium, neque inter ascendentes, & descendentes, inter quos non potest esse maior coniunctio: Ergo multò minus præsumitur inter agnatos, & cognatos, inter quos non est tantus nexus, nisi in certis casibus: ita Glos. *in l. libertis, quos §. 1.* vbi Bartol. *ff. de aliment. & cibar. legat.* Alciat. *tract. de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 32. num. 5.* cuius sententiam vocat communem Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu 88. num. 9.* Surd. *de aliment. tit. 6. q. 1. num. 12.*

Non enim videtur sufficere sola sanguinis coniunctio ad inducendum animum donandi, vt deducitur *ex l. procula, ff. de probat.* nisi tria concurrant, consanguinitas scilicet, rationes sæpius calculatæ, & temporis diuturnitas, Menoch. *d. casu 88. num. 53. ex eadem l. procula*, vbi illa tria concurrunt. Deficiente tamen aliquo ex his non præsumitur donatio, Bart. *ibi in d. l. procula*, Roman. *cons. 417. num. 15. vers. tertio quando concurrunt tria*, Alexand. *cons. 56. num. 14. vers. nec obstat lib. 4.* quam partem communem vocat Iason *in d. l. quæ dotis n. 18. ff. solut. matrim.*

55 Nihilominus Glos. *ibi in d. l. quæ dotis*, & Decius *cons. 267. num. 2. in fin.* & Abbas *in cap. nonne, de præsumpt.* docent solam sanguinis coniunctionem sufficere ad præsumptionem donationis; sed falluntur omnino, vt arbitratur Alciat. *de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 32. num. 2.* nisi multo plura concurrant, & alij: vt in casu *l. procula.*

Vnde colliges ex sola fraternitate inter fratres non præsumi donationem, si alter pro altero vtiliter impendat, *l. ex duobus fratribus, in principio, l. penult. ff. de negot. gestis*, text. *in l. si negotium C. eodem*, & *l. sine pro fratre, C. eodem titulo.* 56

Quo circa si frater pro fratre aliquid soluat præsumitur soluisse animo repetendi: ita Alexand. *cons. 99. in fine lib. 2. & in l. si filius, num. 3. C. de negot. gestis* Decius *cons. 21. num. 7. vers. præterea & cons. 442. num. 36. & cons. 628. num. 7.* Ruyn. *cons. 145. num. 9. lib. 4. & cons. 29. num. 15. lib. 5.*

Limitatur, nisi impensa sit modica: nam tunc præsumitur fieri animo donandi: eodem modo 57
præsumitur idem animus donandi inter consanguineos, quando in simili casu inter extraneos spectatis circunstantiis præsumeretur, vt benè arguit Decius *cons. 79. num. 2. vers. vnde ex tali, & cons. 267. num. 2. ad finem, & num. 3. in principio.*

Idem dicendum est quando filius pro patre aliquid soluit, aut expendit, non præsumitur donasse, sed habuisse animum repetendi, nisi expensæ sint tenues per text. *in l. si filius, C. de negot. gest.* vt tradit post alios Alexand. *ibi* & Decius *d. cons. 21. num. 7.* 58

Nec quod frater soluit pro fratre redimendo ab hostibus, aut à captiuitate in qua erat censetur donatum, proinde repetere potest. Mater tamen pro redimendo filio ab hostibus, non potest repetere, quod insumpsit, quia præsumitur intuitu amoris materni id fecisse gratis, *l. liber captus*, & *ibi* Bald. *num. 4. C. de captiuis*, Alexand. *cons. 99. in fine, lib. 1.* Decius *cons. 628. num. 8.* Nam in fratre non concurrit amor tam intensus, quàm in matre excitatur, & ardet, ideoque non pro causa filij mater, sed pro sua soluere videtur. 59

Concordat Ordinatio nostra Lusitana *lib. 4. tit. 97. §. nem trara o filho acollaçam oque opay, ou may derem, pera o sair de catiueiro, ou de omesio.* Valasc. *de partitionibus cap. 13. num. 176.* dicens censeri donatos sumptus pro filio redimendo ex pietate, & affectione materna, seu paterna, consentit Garcia *de expensis cap. 4. num. 12. & 13.* Anton. Gomes. *in l. 29. Tauri num. 19. & sequenti.*

De iure autem communi idem sine distinctione tenent ij Doctores, quod attinet ad solutum pro redemptione filij ab hostibus capti, etiamsi captus sit in bello inter Christianos gesto; at in soluenda pœna pecuniaria, quam pro filio soluit, vtuntur distinctione, qua vtitur Bart. communiter recepta *in l. stichus, ff. de peculio legato num. 2.* non censeri scilicet donare filio, nisi pro eo soluat sponte, & voluntarius: ita vt ex pietate paterna, vel materna præsumatur soluisse.

Secùs si parentes soluant ex necessitate compulsi, vel aliquo alio modo violento inducti: 60
ita vt non de suo, sed de bonis alterius videantur erogare, quam distinctionem Bartoli sequitur Bald. *in Authent. nisi rogatus, num. 8. C. ad Trebel. & in Authent. ex testamento num 13. C. de collat.*

Idem tradit Gomes. *d. l. 29. Tauri num. 20. vers. præterquam*, vbi respondet non esse conferendam pecuniariam mulctam, in qua fuit Filius propter delictum condemnatus; præterquam

si

si soluat ex necessitate, quia esset fideiussor, vel nisi filius haberet bona aduentitia, in quibus pater haberet administrationem: tunc enim de illis videtur soluisse: argumento text. *in l.* 1. *C. de negot. gest.* in eadem sententia persistit Surd. *decis.* 167. *num.* 11. Stephan. Gratian. *disceptatio. forensium cap.* 50. *n.* 1. vbi *num.* 4. addit hoc ita esse, nisi forte, vtcumque pater expressè, vel tacitè particeps fuisset delicti cum filio. Nam tunc de suo tenetur expendere pro filio, & pœnam pecuniariam soluere.

61 Sed quamuis interdum ex sola consanguinitate possit inter consanguineos præsumi donatio facilè, ex traditis à Corneo *in cons.* 81. *num.* 1. *lib.* 1. quod tanquam verosimile opinatur Decian. *cons.* 39. *num.* 100. *lib.* 2. & *cons.* 46. *num.* 54. *eodem lib.* 2. Videlicet, si quis pecunia propria emat aliquid pro consanguineo, quem vehementer diligit, & cum quo familiarissimè agit, non erit abs re asserere illum velle donare, vt præsumit Beto. *cons.* 178. *n.* 7. *vers. praeterea, lib.* 2.

Ergo potest præsumi donatio inter consanguineos ex ea ratione, quòd quamuis forent personas non coniunctas, quando alia coniectura som[i] potest, quam donationis, nunquam præsumitur donatio, vt est communis sententia: nihilominus hoc videtur aliquod discrimen inter extraneos, & consanguineos benè potest præsumi donatio, etiamsi aliqua alia causa possit concipi: ita Alexand. *cons.* 13. *n.* 5. *lib.* 1.

62 Verius tamen est ex sola affectione sanguinis, si aliqua rationabilis coniectura non accedat, non præsumi donationem: nimirum si quis sit tutor, vel curator, aut administrator bonorum donatarij, & aliquid impendat, vel soluat pro illo, non præsumitur donare, sed censetur habuisse animum repetendi: ita Alexand. *cons.* 99. *in fine lib.* 2. quod procedit etiamsi hoc contingat inter ascendentes, & descendentes, vt vult Roman. *in l. qua dotis, ff. solut. matrim. n.* 16. & *num.* 22. probatur expressè, ex *l. Nesennius, ff. de negot. gest. l. vlt. ff. quando ex fact. tutor.* & Anchar. *in cons.* 435.

Quando autem constat de donatione præsumendum est fuisse factam ob sanguinis coniunctionem, licet ex sola coniunctione nequeat intelligi, vt notat Cephal. *cons.* 90. *num.* 12. & 23. maximè si impensæ sint modicæ, consideratis donantis facultatibus *l. ex duobus*, §. *Titium, ff. de negot. gest.* Corneus *in cons.* 214. *n.* 15. *lib.* 4. Crauet. *cons.* 86 *n.* 3.

Secus si agatur de impensis magnis: in hoc casu aliæ coniecturæ necessariò requiruntur, nec sufficit sola sanguinis coniunctio, vt præsumatur donatio, Crauet. *cons.* 748. *num.* 73. Ruin. *cons.* 100. *n.* 5. *lib.* 4. Aliter indicandum de impensis exiguis, *l. virum ff. de donat. inter vir. & vxor.* vt dictum est.

63 Neque præsumitur habuisse animum donandi frater, qui cum alio fratre viuit bonis indiuisis communiter, si quid impendat in reparanda domo, vel alia re communi. Præsumitur namque expendisse pro sua duntaxat portione dimidium impensarum, & pro fratris portione alterum dimidium, quod repetere præsumit, *l. ex parte, in principio, ff famil. erciscund.* & *l. sine pro fratre, ff. de negot. gest.* & Decian. *cons.* 79. *n.* 39. *lib.* 2.

Quinimò nec frater laicus dum aliquid impendit pro fratre Clerico, à quo sperat inter viuos, vel ex causa mortis aliquid consequi, non præsumitur animo donandi impendisse, quia regulariter laici coniugati, non solent Clericis donare, imò sperant in bonis eorum succedere, Corneus *cons.* 9. *num.* 4. *lib.* 1.

64 Ampliatur, si habeant laicus, & clericus bona communia, & Clericus vtatur re communi per longum tempus, non propterea præsumitur animus donandi in laico, quia est coniectura, quod vtatur iure familiaritatis, non verò iure donationis. Idem Decian. *d. cons.* 79. *num.* 33. *lib.* 2. & constat ex *l. quae iure familiaritatis, ff. de acquirenda possessione*, quod procedit in rebus, seu impensis magnis in quibus præsumptio donandi non habet locum tam in consanguineis, quàm in affinibus, per *d. l. virum, ff. de donat. inter vir. & vxor.*

Hinc sequitur noluisse socerum donare Nurui vestes pretiosas, vt Bart. *in tractatu de duobus fratribus, n.* 20. & 21. & Bald. post illum in eodem tractatu *n.* 31. 65

Ex quo minus benè respondit Alciat. *responso* 233. *num.* 5. per *l. si paterno C. de negot. gest.* quando dixit socerum expendentem pro genero, in lite, non posse repetere, quoniam ex consanguinitate, vel affinitate donasse præsumitur, quod non credo.

Sicut quando vitricus facit expensas pro priuigno, non præsumitur donare, nisi expendat affectu paterno, quod non ita facilè creditur, nisi ex alia coniectura appareat, *l. si paterno, C. de negot. gest.* quando tamen constiterit fecisse illum affectu paterno expensas in eo alendo, vel in aliis rebus illius, non poterit repetere. In dubio tamen datur repetitio, quia præsumitur animus repetendi: Alexand. *cons.* 110. *num.* 1 *lib.* 7. fauet *l. si paterno*: sequitur Ruin. *cons.* 100. *n.* 5. *lib.* 4. Confert Sanch. *lib.* 6. *de matrim. disp.* 25. *ex n.* 36. *cum seqq.* 66

Quoad dubium de fratre impendente in rebus fratris, ex dictis proximè, indubitanter præsumi potest animus donandi, si faciat intuitu pietatis, & ministret alimenta: ita Benincasa *in tractatu pauperitatis, in 7. p. in principio, in 2. specia. Indic. num.* 3. & Crauet. *cons.* 159. *num.* 16. dicentes id fieri fauore alimentorum, adiuncta coniunctione sanguinis; quæ duo faciunt præsumptionem donandi: per text. *in l. seruus communis, ff. de donat. inter vir. & vxor.* vbi ponitur casus, quod si frater contentiat fratrem donare vxori rem communem, præsumi habuisse animum donandi.

Huic tamen textui respondeti potest, quòd ibi frater non præsumitur donasse, sed præstitisse fratri consensum, qui expressè donauit: atque ita ex coniunctione sanguinis præsumi consensum, non autem animum donandi, prout intelligit Bart. *in l. qua dotis, num.* 6. & 7. *ff. solut. matrim.* & post illum Ruin. *cons.* 171. *lib.* 1 & *cons.* 162. *num.* 11 *lib.* 3. sequitur Menoch. *casu.* 88. *lib.* 2. *num.* 15. vt probet ex sola causa consanguinitatis animum donandi non argui. Bald *in l.* 2. *C. de iure dotium, col.* 2. & Iason *in l. qua dotis, n.* 18 *ff. solut. matrim.* 67

Nihilominus alij indiscriminatim tenent ex facto, seu casu, *in d. l. seruus communis*: induci animum donandi, si concurrat fauor alimentorum, & sanguinis coniunctio: atque ita fratrem non repetere, quod expendit intuitu pietatis, in alendo fratre: *d. l. ex duobus*, §. *Titium, ff. de negot. gest.* Corneus *cons.* 214. *num.* 15 *lib.* 4. & Roman. *in d. l. qua dotis num.* 21. *vers. aliquando alter in alterum, ff. solut. matrim.* probatur ex Baldo, & Salicet. *in l. final. C. de dote promissa*: asserentibus in dubio fratrem velle dotare sororem de bonis propriis, & præsumi habere de facto animum donandi, argumento extranei, qui in dotando videtur donare. *l. vnica*, §. *accedit*, *C. de rei vxoriae actione.* Nam frater cùm non habeat sororem in potestate, respectu illius reputatur extraneus, *d. l. vnica*, §. *extraneum, C. de rei vxoriae actione.*

Re tamen benè expensa dicendum est inter fratres, & sorores rarò, aut nunquam præsumi animum donandi: ita Ruin. *cons.* 101. *num.* 5. *vol.* 4. Castrensis *in d. l. si negotium, in principio, C. de negot. gest.* 68

Natta

Natta *conf. 264. num. 4.* allegans pro se Glos. *in d. l. si paterno*, quæ non debet intelligi de expensis factis circa res, sed de factis circa alimenta, de quibus text. *in lege* meminit.

Suffragatur Corneus, *conf. 199. vers. circa secundum, vol. 3.* vbi ait hoc habere locum in ascendentibus, eo quòd ratione pietatis paternæ, & affectionis in illis, & non in aliis præsumitur animus donandi: secùs in collateralibus, seu transuersalibus, siue fratres sint, siue non, in quibus non præsumitur animus donandi, Menoch. *de arbitrar. casu. 123. num. 9.*

Facit generalis regula excepta de regula, à Glos. *d. l. si paterno*, vt in dubio frater videatur expendere animo repetendi: Decius *conf. 628. col. penult. in fine*: atque in fratribus non cadit tanta pietas, quanta in parentibus, & filiis. Item dispositio facta pro filiis, & parentibus non procedit in fratribus, *§. inter eas, Instit. de nuptiis*, Decius *conf. 222. col. vlt.* & habetur *in l. 3. § liberis, ff. de legat. præstand.*

69 Limitatur hæc doctrina, nisi frater sit inops, nec extent, qui fratrem alant: tunc non potest repetere frater, quia in subsidium tenetur alere, Glos. *in fine, in l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat*, & *in l. 1. §. sed nonnullos in vers. præstiterit, ff. de tutel.* Ratio habetur *in l. 1. C. de alend. liber.* Cyn. *in l. 2. num. 2. C. eodem titulo*, vbi Bart. dicit communem: sequitur Bald. *conf. 103. num. 3. vol. 5.* subdens id habere locum in fratre de patre malè merente respectu patris, cui pater non potest interdicere alimenta, cum sint de iure naturali; idem Bald. *in l. certum, C. famil. erciscund. col. final.* dicens non repetere, quia videtur fecisse intuitu pietatis, quod docet Decius *conf. 628. num. 5.* Roderic. *in l. quoniam in prioribus, limit. 2. num. 10. C. de inoffic. testam.* & Ruin. *conf. 39. num. 4. vol. 4.* per textum *in l. mutus, §. manente, ff. de iure dot.* quamuis non sit frater, nisi ex parte patris, & frater consanguineus, quia etiam hic tenetur alere fratrem inopem, Bald. *d. conf. 103.*

70 Multò fortius hoc procedit, quando frater est Clericus, qui tenetur alere fratrem non habentem vnde viuat: similiter, & sororem etiam de reditibus Ecclesiæ, seu beneficij, quia tenetur arctiori vinculo exercere se in operibus charitatis, quam quiuis alius, *cap. 1. de emptione, & venditione.*

Nam status clericalis magis amorem, & pietatem erga pauperes exaltat: imò, & alere, & dotare sororem tenetur: ita Iniol. & Butr. *in cap. peruenit, in principio, de arbitr.* Quæ resolutio tanquam vera defenditur ab Alexandro, *l. 1. num. 24. ff. solut. matri.* vbi Iason *num. 29. cum seqq.* Quia quamuis reditus Ecclesiæ pauperibus in genere sint destinati, cum Ecclesia ad paupertatem respiciat, potest Clericus præferre suos pauperes extraneis, *cap. omnino, 31. dist.* eo quòd quilibet suis tenetur potius succurrere consanguineis, quàm alienis, Aufrer. *ad capell. Tolos. q. 289. col. final.* Acunha *d. cap. omnino dist. 31.*

71 Sunt tamen, qui putent hoc non habere locum, quando fratres sunt vterini, tunc non teneri fratrem diuitem alere sororem vterinam inopem. Ratio, quia Scribentes, qui obligant ad alendum, loquuntur de fratribus vtrinque coniunctis, vel saltem de fratribus consanguineis, quales sunt ex parte patris, non autem de fratribus vterinis, hoc est ex eadem matre tantum.

Nihilominùs dicendum est fratrem vterinum non teneri alere sororem inopem: quando extant fratres integri, vel saltem consanguinei fratres. Illis autem deficientibus, vel non habentibus, vnde possint subuenire, teneri fratres vterinos illis succurrere, nec posse repetere, cùm ad id inducantur, ex affectu pietatis, *l. qui filium, circa finem, ff. vbi pupillus educari debeat.*

Quæ lex cùm sine distinctione loquatur, sine vlla differentia pro omnibus fratribus est intelligenda: Bart. *in tract. de aliment. num. 15.* indistinctè tenet fratrem à fratre esse alendum, Cynus *l. 1. in principio, C. de alendis liberis*, Bald. *in d. l. qui filium*, & Angel. *in l. a filia ff. ad Trebel.* vbi Alexand. *num. 6. & in l. 1. num. 23. ff. solut. matrim.* ductus ea ratione, quia cùm teneatur frater alere fratrem naturalem, multò magis tenebitur alere vterinum.

Idem fatentur Iason *in Authent. res quæ num. 10. C. communia de legat.* Cordub. *in l. si quis à liberis, §. item rescripsit, num 88. ff. de liber. agnosc.* Tiraquel. *in tract. primog. q. 62. num. 3.* & Boet. *decis. 129. n. 9.* quam opinionem, vt veriorem tradit Campegius *de dote, p. 1. q. 23. ad finem*: modo frater sit diues, & soror, aut frater vterinus non habeant aliunde.

An verò sit dotanda soror vterina, sicut & alenda? Negandum videtur ex textu, in *l. cum plures, §. cum tutor, ff. de administ. tutor.* vbi Glos. *in verbo, alio patre*, docet sororem vterinam inopem alendam esse à fratre, non tamen dotandam, vt docet etiam Bartol. *ibi num. 1.* & Bald. Nouel. necnon Crotus, & alij relati à Corduba *in d. l. si quis à liber. §. item rescripsit, num. 94.* vbi carpit Angel. pro eo, quod pro contraria parte citauerit Bart. *in Authent. res quæ.* 72

Tiraquel tamen *de primog. q. 62. num. 3. cum seqq.* putat fratrem vtramque sororem tam consanguineam, quàm vterinam teneri alere, & dotare, quia ex eadem charitate, & affectione, ex qua prouenit obligatio alendi, manat obligatio dotandi: *l. maximum vitium, C. de liber. præter.* atque ita non est minus dotanda, quàm alenda soror vterina, quando ipsa est paupercula, & frater diues: neque extant fratres vtrinque coniuncti, seu integri, qui alere, & dotare possint, quia vterinus dicitur frater: *l. Iurisconsult. §. secundo gradu, ff. de gradib. affinitat.*

Iam vterini sibi inuicem succedunt *Authent. post fratres, la prima, C. de suis, & legitimis heredibus.* Sic etiam debetur necessitas alendi, & dotandi sumpto argumento ab alimentis ad dotem.

Quare nullum est discrimen inter sororem consanguineam, & vterinam quoad onus alendi, & dotandi, & ideò sicut frater debet alere sororem consanguineam, quando eget: ita etiam tenetur sororem vterinam quando est inops, vt ait Bald. *in l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat*, per text. simpliciter loquentem in fratre, & clariùs Alexand. *in l. a filia, C. ad Senatusconsult. Trebell.* quia dos, & alimenta æquiparantur, vt Corneus probat latè *in conf. 316. quoad primum, col. 4. vers. negatur, & sequent. lib. 1.* 73

Quod argumentum valet ab vno ad alterum, vt vult Bart. *in l. si certis alimentis, circa medium, C. de pactis*: dicens etiam, *in l. cum de in rem verso, col. 1. vers. contra hoc facit, ff. de vsuris*: dotem esse dignam fauore alimentis concesso: concordat Bald. *in conf. 456.* Recolo *col. 2. vers. præterea dos, lib. 5.* vbi declarat dotem succedere loco alimentorum. Idem tradit Nicol. Euerard. *in locis legalibus, in loco ab alimentis ad dotem*: atque ita si frater tenetur vterinam alere, tenetur etiam dotare.

Nisi fortè dicas ad id potiùs teneri fratrem consanguineum, quàm vterinum: quia pater, cuius hæres est frater consanguineus tenebatur filiam dotare: ergo hæres patris tenetur etiam dotare: eo quòd omnes obligationes patris transeunt ad hæredem, *l. si pactum, ff. de probat.* at Doctores absolutè dicunt fratrem simpliciter ad id teneri, nec loquuntur de fratre hærede, de quo primo loco videtur hoc

onus

onus dotandi intelligendum, & in subsidium de fratre simpliciter, siue hæres sit, siue non; si soror inops est, & frater diues: ita Surd. *de aliment. tit. 1. q. 25. num. 31. & seqq.* & Tiraquel. *de primog. q. 35. & q. 62. num. 7.*

Gregor. tamen Lopez, *l. 18. tit. 16. part. 6.* & Bæça *tract. de non melior. filiab. cap. 12. num. 30.* tradunt non teneri fratrem dotare sororem vterinam secundùm dignitatem, & facultates suas, sed teneri pro modo alimentorum; accedit Molin. *de primog. lib. 2. cap. 15. num. 62.* Azor. *2. p. Instit. moral. lib. 2. cap. 40. q. 2.* Barbos. alia via incedens *in l. 1. ff. solut. matrim. num. 127.* quem sequitur Rebell. *de contract. dotali, q. 4. conclus. 5.* ait fratrem vterinum teneri sororem dotare & alere, posséque conueniri ab illa tanquam hæredem matris: adde etiam vel patris, & hoc certum esse *ex l. 2. §. ex his, ff. de verbor. obligat.*

Ego tamen persistens in eadem opinione mea, nullum video discrimen inter alimenta, & dotem, quando soror vterina inops fuerit, & frater diues: tenebitur enim sicut & alere; ita & dotare. Pro reliquis, de dotandis sororibus, *infra §. de contractu dotali.*

74 Ad textum autem *in d. l. cum plures, §. cum tutor, ff. de administ. tutor.* vbi dicitur sororem ex alio patre non esse dotandam, respondet Surd. *supra n. 25. d. tit. 1.* procedere id secundùm ius Digestorum, iuxta quod cognati non succedebant cum agnatis, vt habetur, *Institut. de leg. adgnat. success. & Institut. ad Tertull.* cùm igitur inter eos non esset successio, consequenter non erant dotandæ.

At modò de iure nouo sublatum est, vt *ibi, & in Authent. de heredit. quæ ab intestato deferuntur, §. nulla autem, l. final. §. sed neque, C. de legit. hæred.* Surd. *vbi proximè*, per quæ iura constat, & alendam, & dotandam esse sororem vterinam à fratre, si deficiant alij habiles, præsertim si frater sit Clericus; quia considerata natura nulla est differentia inter naturales, & legitimos: quod etiam extenditur ad Spurios, *in cap. per vestras, in tertio notabili, §. 24. n. 3.* & Cordub. *in l. si quis à liberis, §. item rescripsit, n. 89. ff. de liber. agnoscend.*

75 Ex dictis inferes primò, fratrem non posse repetere quando tenetur alere, nec quando potest cogi ad præstandum alimenta, quia impendit propter obsequium naturale, & pietatem: sequitur Benincasa *in tract. paupertatis, in 7. q. principali Iudic. num 3.*

76 Inferes secundò posse repetere si præstitit alimenta, facta protestatione, de quo non est dubium, Bald. *in l. filia, cuius num. 3. C. de famil. erciscund.*

77 Inferes tertiò, si frater apud se retineat bona sororis, illique aliquid debeat soror, poterit retinere fructus bonorum, & cum illis compensare quidquid expendit in ea alenda: ita Cordub. *in d. l. si quis à liberis, §. mater, num. 35.* & Cephal. *cons. 85. num. 1. & sequent.* Ratio, quia non præsumitur animus donandi in eo qui debet, sed animus soluendi.

78 Inferes quartò, quando impensa circa res illius quem teneris alere fuerit magna, esse repetenda: Alexand. *in l. si negotium, in fine, C. de negotiis gestis.* Angel. *in l. final. C. de collat.* dicentes fratrem posse

79 repetere expensas factas in alenda communi familia, si sumptus sint magni, Natta *cons. 264. num. 4.* Menoch. *multis citatis de arbitrar. casu 127. num. 9.*

---

§. IV.

Vtrùm præsumatur inter amicos, ex amicitia; & ex societate inter socios animus donandi.

EPITOME.

80 *Magnus amor idem operatur, atque sanguinis coniunctio.*

81 *Amicitia adæquat, & fortè superat fraternam affectionem.*

82 *Sanguine coniunctus, si fiat procurator, esto non acceptet, si taceat, videtur acceptare: idem dicendum de vero amico.*

83 *Præsumitur donatio ratione amicitiæ, sicut ratione consanguinitatis.*

84 *Non datur repetitio si quid impendatur pro amico ratione alimentorum.*

85 *Non præsumitur animus donandi, nisi amicitia sit intima.*

86 *Non repetit, qui impendit propter amicitiam particularem.*

87 *Amicitia inducens affectum paternum impendit animo donandi.*

88 *Impensæ factæ circa personam amici non sunt repetendæ, secus si fiant circa negotia, & res illius.*

89 *Vtrùm inter socios præsumatur animus donandi circa sumptus, qui fiunt?*

90 *Socij vniuersales eo ipso quod sunt tales, vnus ex illis non potest repetere expensas factas in alimentis socij.*

91 *Si socius omnium bonorum habeat familiam, illa est alenda de aceruo communi.*

92 *Fratres socij omnium bonorum, licet vnus plus altero impendat ratione maioris familiæ, nulla ratio etiam habenda est maiorum sumptuum, sed diuidendi sunt æqualiter.*

93 *Filia sicut est alenda ex bonis alterius socij, sic etiam est dotanda: valet argumentum de alimentis ad dotem.*

94 *Socij omnium bonorum acquirunt societati, tam hæreditatem, quam legata.*

95 *Socij vniuersales ex bonis communibus filias dotare possunt.*

96 *Reijcitur Barbosa dum ait durante societate vniuersali posse dotare filiam ex bonis communibus, ea verò soluta dotem in partem socij dotantis esse imputandam.*

97 *Quando societas non est vniuersalis omnium bonorum, qui plus impendit potest repetere illud plus.*

98 *Impensa modica inter socios non est repetenda, nisi socius sit minor, potest tamen minor in foro conscientiæ non repetere.*

99 *Quando societas est particularis, socius dotans filiam ex bonis communibus soluta societate imputabit in suam partem dotem datam.*

QVæstionis est an præsumatur inter amicos ex amicitia, & inter socios ex societate animus donandi? Ratio dubitandi, quia magnus amor idem operatur, atque sanguinis coniunctio, ita Abbas *in cap. requisisti, de testam.* & Glos. *ibi,* Alexand. *in l. exigendi col. 2. vers. & id quod dicitur,* & *ibi* etiam Iason *col. 2.* & iterum *col. 5. C. de procurat.* dicentes, quod quidquid à iure inter sanguine coniunctos, & necessarios propter affectionem sanguinis fit, id 80

etiam

etiam habere locum inter amicos: sequitur Felin. *in cap. quoniam, a col. 3. vers. capio illud, extra de officio delegati*, idem Iason *in l. Titia, col. 6. vers. vltimo, circa illam partem, ff de verbor. obligat.* Alciat. *in l. lata §. amicus, ff. eodem titulo.*

81 Item quia amicitia adæquat & fortè superat fraternam affectionem, cùm sit amicitia quædam veluti fraternitas, text. *in l. verum in principio*, iuncta Glossa *ff. pro socio*, Iason *in l. quæ dotis, col. 13. in tertio casu, ff. solut. matrim.*

Quare, qui impensè se diligunt communi vocabulo fratres vocantur, vt notat Iurisconsultus *in l. nemo, §. 1. ff. de hered. instit.* vbi habetur non vitiari amici extranei institutionem sub fratris nomine gestam, eò quia veri amici censentur fratres. Probatur ex Bart. *in l. 2. col. 2. C. de negot. gestis*, quòd amicus pro amico absque mandato in iudicio admittitur, si amicitia est magna, Bart. *in l. non solum, §. qui aliena, n. 1. ff. de procurat.*

Item amicus aliàs non assuetus patrocinari, præsumitur gratis patrocinari, & auditur in iudicio pro amico, Panor. *in c. accedens, n. 2. & 8. litera A. vt lite non contest.* Guillelmus *in c. Raynut. verbo testamentum, el 3. n. 47. de testam.* & Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo libertis, a n. 75. C. de reuocand. donat.*

Confert, amico relictum censetur contemplatione amicitiæ legatum, Tiraquel. *eodem verbo, n. 85. & de pœnis temperand. cap. 22. num. 23.* Mascard. *de probat. conclus. 965. n. 6.* Surd. *de aliment. tit. 5. q. 6. n. 5. & sequent.* & Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 112. num. 15.*

82 Facit item pro hac parte Cynus, *in l. inuitus, C. de procurat. col. 5. vers. ex his pendet*: dum ait, quia sicut sanguine coniunctus, si fiat procurator, quamuis non acceperit, si taceat videri mandatum acceptare, quod non sufficit in extraneo, *per l. si filius, §. inuitus, ff. de procurat.*

Similiter dicendum de probato vero amico censeri scilicet acceptasse verè mandatum, quamuis procurator constitutus non contradicat, sed taceat, quod tradit *d. l. si filius*, Bart. & Bald. *in 2. lectura, col. 2 vers. prima quæro*: sequitur Anchar. *in cap. licet, de procurat. in 6.* & *in Clementina 1. eodem titulo*, Iason *in d. l. quæ dotis col. 13.* in tertio casu, etiam si ab illis dissentiat Anton. negans *in c. ex parte Decani, de rescriptis.*

83 His positis sunt qui dicant præsumi donationem ratione amicitiæ, sicut præsumitur ratione coniunctionis sanguinis: ita Bald. *in l. 2. in 1. q. C. de iure dot.* pro se allegans Glossam, *in l. cum quid, ff si certum petatur*, sed illa non loquitur de amico. Idem repetit Bald. *in l. 1. vers. quæro, ff. ad Vellejan.* Præsumi autem donandi animum ratione consanguinitatis probatur ex *l. si seruus communis, ff. de donat. inter vir. & vxor.* nonnullis hinc inde additis, vt diximus *superiori §.*

84 Probatur etiam quia amicitia habet eundem effectum quem habet sanguinis coniunctio, *l. si qui amicitia, ff de negot. gestis*, vbi dicitur non dari repetitionem, si quid vni pro amico impendat ratione alimentorum, videlicet, si filio propter amicitiam patris quis suppeditet alimenta. Consonat Glossa *in l. ex duobus §. final. in verb. pietas 1 ff. de negot. gest.* vbi ponit in pari gradu alimenta præstita ratione pietatis, ac præstita intuitu amicitiæ: atque ita non esse repetenda, quæ fuerunt præstita ob amicitiam, eo quòd præsumitur animus donandi. Nam amicitia maioris est ponderis, & momenti, quàm fraternitas, vt notat Alber. *in l. sed hæ, ff. de procurat.*

Fraternitas insuper, seu amicitia intima, non solùm comparatur coniunctioni sanguinis, sed etiam pluris æstimatur, vt probat text. *in l. cum allegas, C. de Castrensi peculio, lib. 10. & l. penult. in principio, ff. eodem titulo*, vbi si frater ex commilitio amicior factus commilitoni fratri donet quidpiam, reputabitur concessum loco peculij castrensis, attenta potius qualitate amicitiæ, quæ orta est ex commilitio, quàm fraternitatis: ita Tiraquel. *in d. l. si vnquam, §. libertis, n. 98. C. de reuocand. donat.*

85 Porrò supra dicta intelliguntur de amicitia particulari, ac magna. Nam simplex amicitia non repellit testem *l. secundum, & ibi Scribentes, ff. de vsuris*, Bald. *in l. cos, C. de testibus*, Alex. *cons. 78. vol. 1.* sed quando est magna, vt Crotus *de testibus, n. 193.* & Scribentes *in cap. quoties, de testibus*, & Speculat. *eodem titulo, §. in principio.*

Quinimò non omnis amicitia repellit iudicem, sed quæ est maxima, Tiraquel. *de pœnis temperand. causa 21. n. 5.* Maranta *de Ordin. iudic. p. 6. actione 2. n. 71.* Gratian. *discept. forens. cap. 100. n. 19. & c. 500. n. 2.* Menoch. *de arbitrar. casu 152. n. 12.* vbi relinquit Iudicis arbitrio, quæ dicatur amicitia magna, Barbos. *in cap. causam quæ, de iudiciis, n. 6.* quia amici plerunque diliguntur sinceriùs, quam consanguinei, vel affines *l. nemo dubitat, §. qui frater non est, ff. de hered. instit.* teste enim Philosopho, amici sunt anima vna in pluribus corporibus, Bald. *in l. vt vim, ff. de iustitia, & iure.*

86 Ex his colligitur non posse repetere sumptus illum, de quo constat propter amicitiam magnam impendisse, quamuis sumptus magni fuerint, text. *in l. ex duobus fratribus, §. vltimo, ff. de negot. gestis, & in l. 1. C. eodem.*

Idem dico à fortiori de amico faciente expensas plusquàm mediocres respectu patris sui amici, videlicet, & hunc non posse repetere *ex l. si qui amicitia, ff. de negot. gest.* & *ex l. si paterno, C. eodem.*

Nihilominus in dubio sumptus repeti possunt: ita Ruin *cons. 100. n. 5. vers. secundo etiam potest, lib. 4.* & Alexand. *cons. 110. n. 1. lib. 7.* nisi impensæ sint moderatæ, tunc præsumuntur animo donandi factæ, tam ratione consanguinitatis, quàm amicitiæ, si fiant: ita respondet Roman. *in d. l. quæ dotis, n. 60. ff. solut. matrim.* & *ibi* Bart. *n. 6. cum seqq.*

87 Insuper quid dicendum, si amicitia inducat affectum paternum, seu charitatiuum erga illum propter quem impenditur: verbi gratia si præstentur alimenta Titio propter amicitiam particularem magnam, quæ habetur cum patre Titij: Respondetur non posse repeti impensum, quia videns fecisse ex pietate paterna: Bart. *in l. 2. C. de negot. gest.* & præsumitur hoc expensum tanquàm à patre gestum: igitur non potest repeti, sicut neque expensa a patre facta solet repeti, *l. si filius C. de negot. gest.* & is amicus patris in expendendo egit partes patris: ideò non debet repetere.

Cæterùm, qui expendit, si non est amicus patris, sed filij duntaxat, ex tali amicitia in dubio, si non constat habuisse animum donandi, potest repetere expensas magnas, eo quòd non fecerit illas ex paterna affectione, sicut non præsumitur animus donandi in fratre erga fratrem, quando de hoc non apertè constat, quoties expensæ sunt magnæ æstimationis, & valoris: ita Ruin. *cons. 100. n. 5. vers. non obstat*: secùs si constet fratrem, seu amicum impendisse ex affectione domestica, tunc non repetet *d. l. ex duobus fratribus, § vltimo, ff de negot. gest.*

88 Quamobrem intercedente magna amicitia, & affectione inter duos verè amicos, dicendum est omnes impensas factas circa personam, hoc est circa alimenta, victum, ac vestitum amici nullo modo esse repetendas.

Contra

Contra verò impensæ, quæ fiunt circa negotia,& circa res amicorum repetendæ sunt,quando fuerint magnæ. Idem dico de omnibus expensis factis cum filiis amici circa victum,& alimenta, seu circa personas illorum. Nam qui verè diligit patrem,diligit etiam valdè eius filium, Castrensis *in l. is qui amicitia, ff.de negot.gest.*

89 Dictum est de effectu veræ amicitiæ,restat dicendum de vinculo societatis,an inter socios præsumatur animus donandi, & an sint repetendi sumptus, quos vnus ex sociis expendit pro alimentis alterius? Angel.*in d.l.ex duobus fratribus, in principio*, negat dicens,si vnus ex sociis pro communi victu, & vestitu de fructibus bonorum plus impendat, quàm alter,non propterea posse repetere,sequitur Bald.*in l.final.C.de collat.*

Ratio, quia censentur consumpti ex necessitate eiusdem societatis, etiamsi vnus plusquam alter proprio labore,ac industria pro communi victu conferat, & acquirat,atque ita iure societatis communicantur.Idem tradunt Anchar. *cons.302. col. final. vers.secundum dubium*,& Roman.*cons.172.ad finem vers.quoad tertium*:dicentes,si vnus ex sociis familia grauatus de communi pecunia plures expensas fecerit,quàm alius,non propterea venturum in iudicium diuidendi, quamuis per multum temporis in communi viuant, & de communi expendant, quia præsumitur animus donandi in fratribus in communi viuentibus.Idem concedit Petr. de Vbald. *in tract.societatis,6.p.q.23.*& idem Angel.*in §.final.col. final.vers.& prædicta sunt vera, Instit. de societate*,& Alex. *in l.vt nemini,n.3.C. de collationib.* dum aiunt fratres in communi viuentes videri ea suo patrimonio communicari, in cunctis fructibus:idcircò si plus vnus afferat,quàm alter,non esse repetendum, eo quòd fructus iure societatis communicandi, & communicari censentur: ita Menoch. *de arbitrar. Iudicum,casu 127.n.9.*

90 Sit tamen claritatis gratia prima conclusio. eò ipso quo sint socij vniuersales, vnus ex sociis non potest repetere expensas factas pro alimentis socij, sicut neque pro alia causa in vtilitatem socij, dummodò societas sit omnium bonorum. sic Iason respondet,*cons.5.n.5. & n.7. vol.1.* dicens in societate vniuersali non attendi ad id, quod vnus plus altero conferat. Idem Iason *in l.vt nemini,n.4. C.de collat.* vbi tenet omnia esse communia in vniuersali societate,& in partitione æqualiter esse omnia diuidēda.

91 Idcircò si socius omnium bonorum habeat familiam, est alenda de communi, argumento & exemplo dotis, quæ si sit vnius ex sociis, virtute societatis vniuersalis pertinet ad communitatem, & communitati acquiritur, *l.actione, §. final. ff.pro socio*,& consequenter ad societatem,si est vniuersalis,pertinet obligatio alimentandi. Nam onera matrimonij subire debet, qui habet dotem, Roland. *cons.91.ex n.42.cum sequent.vol.1.*

92 Secunda conclusio:fratres socij omnium bonorum,quamuis vnus eorum plus altero impendat ratione maioris familiæ, non est ratio maiorum sumptuum habenda:ita Purpur.*in l.si pascenda,num.38. C.de pact.*Bald.*in l.vlt.C.de collat.* Crauet.*cons.159. n.10.*& Iason *cons.5.col.2.lib.1.*sic intelligens Bald. *vbi proximè.*

Fundamentum est, quia omnia sunt communia ratione contractæ societatis: ideò in portiones æquales sunt diuidendæ impensæ factæ, nec plus vni,quàm alij parti est ex illis tribuendum, neque tempore finitæ societatis potest alteri ex sociis repetere partem dotis ab altero socio datæ filiæ propriæ,dum eam collocauit in matrimonio:secondum veriorem,& receptiorem sententiam,quæ probatur ex eo, quòd omne lucrum, & commodum vndecunque proueniens,societati acquiritur, *l.3.§.1.ff. pro socio,l.cum duobus,§.socium,vniuersa.eodem titulo:* sic etiam omne damnum, & omnes sumptus sunt imputandi,& communicandi, *l. cum duobus, §. per contrarium, ff.pro socio*, & consequenter dos non est imputanda in portione patris socij dotantis filiam, sed debet venire in societatem.

Hoc tamen non est intelligendum solum quando societas omnium bonorum est expressè contracta;sed etiam si tacitè contrahatur,quia contractus societatis est huius naturæ, vt à conuentione partium etiam tacita regatur: ac proinde socius omnium bonorum quidquid etiam proprio nomine acquirit communicare debet, *l.si quis societatem, ff. pro socio*,Bald.*in l.si socius,ff.si certum petatur*, Petr. de Vbald.*in tract.de duobus fratribus p.3.num.35.& p.5.n.36.* Mantic. *de tacit. & ambig. conuent.lib. 5. tit.15.num.21.*

Confirmatur,quia qui debet alere, debet etiam dotare *l.final. ff. de his quibus vt indignis*, Bald. & Angel. *in l.1.ff.solut.matrim.* at quando societas est vniuersalis,& socius habet familiam,alitur de communi,idem Bald.*in l.cum duobus,§ si frater, ff.pro socio*,quem allegat Petr.de Vbald.vbi proximè *in tractatu societatis,6.p.q.18.*Facit, quia vxor vnius socij, est alenda de communi, cùm dos retineatur in communi.*l.actione,§ final.cum l.sequenti.ff.pro socio.* 93

Item lucrum dotis debet esse eorum,qui sustinent onera matrimonij, quod præsupponitur ex natura huius societatis,Mantic.*supra n.18.*& quamuis dos quoad proprietatem nec socio omnium bonorum communicari debeat, licet fructus dotis debeant conferri, si socius onera matrimonij pariter subeat, cum fructus sint communes.

Nihilominùs dos communicari non debet, soluta societate, sed tanquam æs alienum de cumulo extrahi debet,Decian *cons.39.n.16.lib.1.& cons.85. n.8.lib.2.*Menoch.*cons.12.n.15.*Mantic. *supra n.23.*

Similiter reliqua pars familiæ vnius socij est alenda de communi, quoniam quod acquiritur per totam familiam etiam societati acquiritur, & ex consequenti filius qui est alendus de communi, erit etiam de communi in studio alendus, sicut & filia dotāda; argumento de alimētis ad dotē,*d.l.final.ff.de his,quibus vt indignis*, & Bald.*in l.1.ff.soluto matrim.*

Esto de alimentis ad dotem non semper subsistat argumentum,vt benè notat Petr.Barbos.*4 p.l.1.n.13. & 107.ff solut.matrim.*Accedit decisio *l si societatem vniuersorum.§.idem maximè, ff.pro socio*, vbi statuitur, quod contracta societate vniuersali omnium bonorum veniant ad illam omnes expensæ ab vnoquoque socio factæ in honorem filiorum suorum: at tales sunt expensæ dotis filiæ datæ ad honorem ipsius; ergo ad societatem communem deduci debent. Mantic. *supra lib.6.tit.20.ex n.20.cum sequent. & n.38.cum sequent.vsque ad n.59.*

Ad hæc iuuat,quòd socij omnium bonorum acquirunt societati,etiam legata vndecunque prouenientia: quin etiam hæreditas,& legitima debita sibi à patre cōmunicatur societati, virtute *l.tertia §.1.ff. pro socio*,ex quo simpliciter,& absolutè loquitur:atq; hæreditas patris debetur filio,per *l.& quin plerunque ff.pro socio*,& nihilominùs communicatur societati; sed dos suo modo debetur filiæ,ex Glos communiter recepta,*in l.mulier§.cum proponeretur, ad Trebel.* 94

Vnde sequitur obligationem dotandi filiam durante societate esse communem Surd. *de aliment. tit.6.q.13.à n.12* Menoch.*de arbitrar. casu 127.n.3.* Roland.*cons.91.n.24 vers sed præmissis, vol.1.* Petr. Barbos.*4.p.leg.primæ à n.87.*ex regula recepta,quod si socij sint vniuersales, & omnium bonorum, ex bonis communibus dotare possunt,& debent *l.si socius, ff. pro socio*, sequitur Baēça *in tractatu de non*

meliorandis filiabus, *cap.15.n.2.* & Gregor. Lopez *l.6.tit.10.part.5.*

95 Vnde non placet cōcordia Barbusæ *sup. n.88.vers. concordando*: vbi fatetur posse socium, constante societate vniuersali, dotare filiam ex bonis communibus.

96 Dissoluta tamen societate dotes in partem socij dotantis esse imputandas, quod tanquam minus probabile non probamus, propter rationes Rolandi, *d.cons.92.ex num.24.ad finem vsque*: nec non & Surdi, & Menochij, vbi proximè.

97 Tertia conclusio, quando societas non est vniuersalis omnium bonorum, sed particularis, si vnus socius magis aliquid impendat, quam alter socius, dissoluta societate illud quod plus impendit, potest repetere: ita Petr. de Vbald. *in tract. societatis 6.p.q.23.vers.circa secundum principale dubium*: Angel. *in l.vlt.C.de collat.* & *cons.5.col.2.* Decius *cons. 2. n.8.* Corneus *cons.301.col.vlt. lib. 1.* & *cons. 122. lib.2.* Specul. *in titulo de iudiciis, §.sequitur n.21.* Æmilius Ferretus *cons.1.in fine*, Barbatius *cons.22.col.4.lib.1.* & Surd. *de aliment.tit.6.q.13.n.8.*

Ratio, quia sumptus, qui non fiunt pro communi vtilitate, non imputantur in societate, sed communis vtilitas non est, quando alter tantum facit sumptus. Item quia societas, vt sit, debet intra terminos æqualitatis versari, *l.si non fuerit, ff.pro socio*: atque ita suam quisque partem debet consequi, quam tamen non consequeretur socius, si plus impendat, quàm recipiat.

98 Ergo vt seruetur æqualitas, quod plus impendit debet necessario repetere, nisi impensa sit modica: ita accipienda est doctrina, *in d.l.vlt. à Baldo tradita, C.de collat.* dicente, non esse repetendum, quod plus alter socius insumpsit, vt eum explicat Paris. *cons.vltimo n.23.lib.2.* Vbald. *d.q.23.vers.si vero ambo non administrabunt.*

Nam impensa vt dictum est, quando est tenuis præsumitur donata: nisi sit alter socius minor viginti quinque annis, quoniam in hoc casu non præsumitur donare impensas etiam tenues: idcircò etiam modicum potest repetere, quia minor non potest donare, *l.in causa.§.item relatum.ff.de minoribus*, *d.q.23.vers.circa secundum principale.*

In foro tamen conscientiæ arbitror minorem posse non repetere si velit, quia etiam repugnante curatore potest donare, & expēdere pro sua conditione, & facultate, sicut aliis paris cōditionis permittitur: ita Sarmien. *de reditibus, 1.p.c.2.n.5.* Molin. *tom.1.de Iust. disp.277.§. minores vers. quin si curatores, fol.147.* & Less. *lib.2.etiā de Iust.c.18 dubio 11.n.81.*

99 Ex hac tertia conclusione sequitur, si alter sociorum, qui non contraxerunt societatem vniuersalem omnium bonorum, elocet filiam suam in matrimonio, & ex communibus bonis illam dotet, dissoluta postea societate teneri imputare in suam portionem, dotis æstimationem, quia donata non præsumitur: ita Vbald. *d. q. 23. vers. 2.* quod constat per textum *in l.si paterno, C.de negot.gest.* Menoch. *lib.2. de arbitrar.casu* 88 Natta *cons. 264.n.3.lib.2.* secùs si societas est vniuersalis omnium bonorum.

---

§. V.

Quomodo possint reuocari donationes à parentibus factæ, qui filios habebant, dum fecerunt donationes, vel postea habuerunt.

EPITOME.

100 *Donatio de quantitate, de qua parentes possunt disponere, non reuocatur, nisi excedat: tunc, quoad excessum reuocabitur,*

101 *Donatio facta à parentibus filios non habentibus, natiuitate filiorum reuocatur.*

102 *Donatio facta à parentibus loco pio, per natiuitatem filiorum rescinditur quoad legitimas filiorum.*

103 *Donator potest reuocare donationem etiam iuratam per natiuitatem filiorum.*

104 *Donator renuncians priuilegio l. si vnquam, non potest reuocare donationem.*

105 *Pater potest renunciare l. si vnquam, in præiudicium filiorum.*

106 *Renunciatio l.si vnquam, debet esse specialis.*

107 *Renunciatio priuilegij legis si vnquam, siue iurata, siue non; valet in præiudicium patris, non tamen respectu filiorum.*

108 *Filij non obstante renunciatione paterna possunt conqueri de inofficiosa donatione.*

109 *An si filij nati ratam habeant donationem, possit pater illam reuocare?*

110 *Vtrum si pater habeat filium vnum, & illum grauet donando illi bona sua, possit reuocare donationem per natiuitatem postea aliorum?*

111 *Filios habens in Regno Castella non potest disponere inter extraneos, nisi de quinto.*

112 *Donatio facta vni filio aliis postea natis reuocatur vsque ad legitimam.*

113 *Si pater renunciet legi si vnquam, vt non reuocetur donatio facta extraneo, per natiuitatem filiorum, quid retinebit extraneus, & quid si donet vnico filio, quid ille retinebit aliis postea natis?*

114 *Tertium bonorum non ingreditur legitimas filiorum.*

115 *Vtrum in Castella possit pater relinquere vnico filio suum tertium cum aliquo onere?* & *n.116.*

117 *Et quid in Lusitania, & quid si habeat filios legitimos, poterit ne relinquere tertium filio naturali?*

118 *Donatio per natiuitatem filiorum reuocata, si filij obeant patre superstite, an conualescat?*

119 *Filius, qui post natiuitatem, non durauit diebus octo, an censeatur natus ad reuocandam donationem factam à parentibus?*

120 *Lazarus resurgens debuit bona sua recuperare, quia tam citò ad vitam rediit.*

121 *Filius natus si viuat per mensem, & patre viuo moriatur, donatio reuocata ex natiuitate postea eius obitu reuixit.*

122 *Testamentum mortuo posthumo conualuit, sicut & donatio filio mortuo.*

123 *Donationem quando censeatur pater confirmare, quæ fuit per mortem filiorum reuocata.*

124 *Donatio reuocata conualescit, si pater filio demortuo patiatur donatarium vti, & frui bonis illis, nec repetit.*

125 *Natiuitate filij naturalis, an reuocetur donatio facta a patre ante ortum filij?*

126 *Filij naturales quotiescunque vocantur ad successionem ab intestato, possunt reuocare donationem à patre factam, quoad duas vncias.*

127 *Donationem factam à matre, an possit filius naturalis reuocare in totum.*

128 *Sententia auctoris in hoc casu.*

129 *Filij naturales postea nati, & spurij possunt reuocare donationem factam à patre pro sufficiente quantitate alimentorum ipsis debita.*

130 *Si mater donet, & postea nascantur naturales, reuocare possunt donationem tanquam legitimi successores.*

131 *Patres possunt filiis naturalibus relinquere alimenta, vt dictum est satis, cum de illis actum fuit.* & *num.132.* & *133.* vide *supra disp.1. §.4.à n.135.136.137.*

134 *De iure Lusitano potest pater relinquere tertiam filiis illegitimis loco alimentorum.*
135 *Donatio facta à patre arrogatore an reuocetur per filium postea arrogatum?*
136 *Filij arrogati, & adoptiui dicuntur filij imaginarij, seu ficti.*
137 *Qui tractat aliquem tanquam filium tenetur illum alere vt filium, sicut filius adoptiuus, gaudet priuilegio filij legitimi.*
138 *Filius adoptiuus non potest patrem conuenire sine venia.*
139 *Filius postea adoptatus non potest reuocare donationem ex beneficio l. si vnquam.*
140 *Donator non potest auferri ius quæsitum donatario per adoptionem.*
141 *Donatio an possit reuocari superuenientibus filiis legitimatis? Pars affirmans.*
142 *Pars negans.*
143 *Legitimationem per rescriptum quisnam introduxit? Per illam non aufertur ius quæsitum.*
144 *Donatio sicut à descendentibus, sic etiam ab ascendentibus reuocari potest, si est inofficiosa.*
145 *Donationes si fiant extraneis post natiuitatem filiorum absque fraude reuocabuntur vsque ad legitimas, excessus tamē reseruabitur donatario.*

100 INdubitabile est, si donatio excedat illam quantitatem, de qua parentes possunt disponere, quoad excessum reuocari, ne legitimæ aliis filiis debitæ minuantur. Item reuocatur ratione prolis postea natæ, quamuis donatio sit magna, quia præsumitur facta sub conditione, nisi postea nascantur filij.

101 Si tamen facta sit extraneo donatio, hoc est non ascendenti, nimirum patri, seu Auo, omnino reuocatur in totum per natiuitatem filiorum: si autem facta fuit patri, vel Auo, postea nato filio reuocatur, quoad legitimam filij nati: cæterorum verò donatio facta sustinetur.

102 Idem dico quando donatio facta fuit pio loco, seu Ecclesiæ, rescindi scilicet donationem, quoad legitimas filiorum, & quoad alia subsistere, Syluest. *verbo donatio, 1. n. 22.* Iul. Clar. *§. donatio q. 23. n. 2. & q. 24. n. 1. & 2. vsque ad 4.* Less. *lib. 2. de Iust. cap. 18. dubio 14. n. 109.* Anton. Gomes. *lib. 2. variar. cap. 4. n. 11. vers. item quæro, vbi vers. item addo, & omnia prædicta extende,* subdit id procedere, quamuis donator simpliciter iuret donationem.

103 Nam iuramentum de non reuocando habet tacitam conditionem, secundùm naturam contractus, nisi videlicet mihi proles nascatur postea: ita Iul. Clar. *d. q. 23. n. 1.* & donatio facta censetur fieri rebus sic stantibus, & minimè mutatis.

104 Si verò donator tempore donationis, renunciet expressè beneficio *l. si vnquam, C. de reuocand. donat.* non poterit pater reuocare donationem, quoniam voluit vt sustineretur non obstante natiuitate filiorum, Iul. Clar. *d. verb. donatio. q. 22. num. 4. vers. tertio infertur.*

Hæredes autem donatoris defuncto patre poterunt reuocare. Interim tamen donatarij possunt retinere, donec filij repetant: præsumitur namque quandiu tacent renunciare iuri repetendi.

105 Quæritur deinde, an pater potuerit in præiudicium filiorum renunciare beneficio *l. si vnquam, C. de reuocand. donat.* Negant Alciat. *in l. pacta, quæ contra, C. de pactis.* Socin. iun. *cons. 137. num. 2. lib. 2.* Paris. *cons. 73. num. 32. lib. 1.*

Affirmant alij, & fortè verius præsertim in hoc Regno Lusitaniæ, quia est opinio Bartoli *in l. Titia, §. Imperator, n. 7. ff. de legat. 2.* cuius doctrina est sequenda. Quocirca potest pater priuilegio *d. l. si vnquam,* renunciare in præiudicium filiorum, quæ renunciatio est communis, vt notat Socin. *cons. 147. n. 17. lib. 1. & cons. 273. n. 13. lib. 2.* Ripa *in d. l. si vnquam, q. 51. & lib. 3. respons. c. 13. circa finem*; quod placet dummodò renunciatio non sit generalis, qualis solet esse, quando dicitur, quod renunciatur omnibus legibus, & omni iuris fauori, vel huiusmodi, nulla facta mentione legis *si vnquam.*

Hæc itaque renunciatio generalis non sufficit, sed requiritur, quod exprimatur, & declaretur in singulari, quod renunciat beneficio legis *si vnquam, C. de reuocand. donat.* quapropter si renunciatio fuit in genere, vera est pars negans: quando verò renunciatio est in singulari, pars affirmans est verior, modo renuncians sit maior viginti quinque annis.

Secùs si minor sit; nam non obstante ea renunciatione in singulari, poterit donatio ex superueniente prole statim ante mortem donatoris reuocari: sic Iul. Clar. *d. q. 22. n. 4. verbo donatio, fol. 84.* Longè aliter quādo est maior viginti quinq; annis: in quo euentu non ipse donans, sed eius filij habent actionē repetendi, quatenus illis fuit donatio inofficiosa, Less. *de Iust. lib. 2. c. 18. dubio 14. n. 110.* Non enim renunciatio præiudicauit filiorū iuri, quoad suas legitimas portiones, quod post mortem patris habent ad illas. 106

Illud addi potest dictam renunciationem beneficij legis, *si vnquam,* esse validam, siue fiat cum iuramento, siue absque illo, neque renuncians poterit venire contra illam propter superuenientes filios: non autem illa renunciatio valet respectu filiorum, qui tamen ea non obstante possunt suo tempore contradicere, per titulum inofficiosæ donationis in fraudem suam factæ. 107

Atque ita dicendum, patrem posse renunciare in suum præiudicium, beneficio legis *si vnquam:* ita vt non reuocetur donatio ipso iure, quoad ipsum, ex natiuitate filiorum postea subsequuta, Ceuall. *commun. contra commun. q. 104. in principio,* Andreas Gail. *lib. 1. obseruat. 40.* Mantic. *de tacit. & ambig. conuent. lib. 13. tit. 41. num. 4.* & Rebell. *de Iust. 2. p. lib. 18. q. 10. num. 2.*

Nihilominùs nō potest ipse pater renunciare iuri filiorum, quod filiis competit per querelam inofficiosæ donationis, quando illis præiudicatur: ita Glos. *in l. annuus, § 1* & Accurs. *§ etiam in de regul. iuris.* Bart. & Bald. *in d. l. cruttus,* & alij, *in l. penult. C. de pactis.* Imol. *in c. ex conquestione,* & *ibi* Abbas *col. 3. vers. secunda quæstio, de restitutione spoliatorū.* dicentes vnanimiter, neminem posse renunciare fauori alterius in præiudicium illius: quibus accedit Tiraq. *in d. l. si vnquam, in præfatione, an. 90* & Gutier. *de iuramento confirmatorio, 1. p. cap. 9. num. 10. vers. quæ resolutio probatur.* 108

Sed quid si filius natus postea ratam habeat donationem, & illam approbet? Dico in primis donationem *per d. l. si vnquam,* reuocari deficiente à principio voluntate patris, contemplatione cuius reuocatur donatio, vt in simili docuit Bald. *in l. si enim, vel in vtero C. de testamento militis,* sicut non valet testamentum, nec legata illius posthumo ignoranter præterito, vt constat *ex Authent. ex causa, C. de liberis præteritis,* secundùm Bart. *ibi,* quamuis posthumus approbet testamentum, semper nullum est, quia nato posthumo deest voluntas testatoris. 109

Cæterùm si pater de facto voluerit, dum est in humanis, potest donationem reuocare, si non renunciauit iuri suo, non obstante filij approbatione, sed post obitum patris, non poterit reuocare filius, etiamsi tempore approbationis nihil iuris haberet in donatione, per *l. rem alienam ff. de pignorat.* & per *l. qui balneum, §. Titia, ff. qui potior. in pignor. habe.*

Pro Regno tamen Castellæ, quādo quis habet vnū duntaxat filium, & illum ingenti donatione grauat 110

ambigitur, an per natiuitatem filiorum superuenientem, reuocetur donatio vsque ad legitimas cæterorum filiorum, sublato tertio, & quinto, in quibus censeatur filius melioratus?

Bernardus Dias *regul. 213. n. 4. fallentia*, opinatur donationem esse reuocandam vsque ad legitimas, & solum esse detrahendum quintum: cætera vero bona comprehendentia etiam tertium per filium iam natum, cui facta fuit donatio, & per reliquos, qui post primum nati sunt per portiones æquales esse diuidenda, quam diuisionem approbat Greg. Lopez *l. 8. tit. 4. part. 8.*

111 Quæ opinio videtur probabilis, quia parentes, qui habent filios, non possunt disponere inter extraneos, nisi de quinto: igitur omnia bona excepto quinto pertinent ad legitimas descendentium: ita vt nequeat pater ratione tertij grauare filium, *per l. 26. Tauri*, quæ hodie est 11. *tit. 6. noua recopil.* nisi quando pater meliorat filium in illo.

Cùm ergo in hoc casu pater non melioret filiũ, cui facta fuit donatio, nõ potest contẽplatione tertij illum grauare; quia melioratio tunc datur, quando ex multis vnus melioratur in aliquo: sed hic prior filius non melioratur in tertio, cùm tertiũ, & reliqua bona in portiones æquales diuisa sint inter omnes filios: igitur non potest imponi grauamen ratione tertij.

112 Probabilius tamen mihi est, quando donatio fit filio, & postea nati sunt alij, reuocari vsque ad legitimam, & omnia alia bona, præter legitimam filiis debitam, remanere debere penes filium, cui facta est donatio, qui habebit suã portionem, etiã legitimam, & vltra illã retinebit tertiũ, & quintum bonorum.

Quod autem non reuocetur donatio, nisi quoad legitimas, probat textus expressius, *in l. si totas, C. de inofficios. donat.* & *ibi* Glos. & communiter Scribentes, Abbas *in cap. final. de donat.* Bart. *in l. 1. C. eodem tit.* & *in l. Titia Seio, §. Imperator, ff. de legat. 2.*

113 Quod si pater renunciet dispositioni *l. si vnquam*, volens vt nullo modo reuocetur donatio facta extraneo natiuitate filiorum, quibus omnino carebat, quando fecit donationẽ; in hoc euentu per superuenientes filios reuocabitur non in totum, vt dictum est reuocari, quando donator non renunciauit beneficio *l. si vnquam*, in totum, sed in hoc casu, quo renunciauit supradicto beneficio, reuocabitur, quoad legitimas filij, seu filiorum postea natorum, & remanebit penes extraneũ quintũ duntaxat, eò quia constat de mente donãtis: ita Bart. *in d. §. Imperator n. 7.*

Porrò, quando simpliciter pater vnico filio fecit donationem, nulla facta renũciatione dispositionis *d. l. si vnquam*, in ea opinione, quæ multis placet, & mihi, filius, cui facta fuit donatio, recuperabit tertium & quintum, in quo melioratus est, & suam insuper legitimam, sicut cæteri singulas suas: quam sententiam etiam docet Castillo, *in l. 12. Tauri*, & videtur sequi Gutier. *de iuramento confirmatorio, p. 1, c. 9. n. 14.* & apertè Anton. Gomes. 2. *variar. cap. 4. de donat. n. 11. vers. si vero fiat filio, ibi:* & postea nascantur alij, reuocatur vsque ad legitimam, & omnia alia bona remanebunt penes filium donatarium, & per consequens hodie in nostro Regno remanebit penes filium legitima insuper & tertium, & quintum bonorum. & tota legitima reuocabitur, & applicabitur filio postea nato: sic Gomes. nec dissentit Couar. 1. *variar. cap. 19. n. 3. & 4.*

114 Ad rationem Bernardi dici potest, tertium non ingredi in legitimas filiorum, quia pater potest illud relinquere vni ex filiis, cui maluerit, quod non posset, si filiis competeret vt legitima.

Imò potest illud relinquere Nepoti, vel Pronepoti, cui legitima non debetur, secundùm *l. Tauri 18.* quæ est *l. 1. & 2. tit. 6. in noua collectione*, & *ibi* Gomes. *in principio, & §. vlt.* quod non fieret, si tertium esset legitima necessario filiis debita.

Potest tamen tertium vocari legitima, non necessaria, sed voluntaria, qualis est melioratio tertij, quod potest relinqui vni ex filiis, vel Nepoti relecto altero: ita Gomes. per *d. l. 18. Tauri*, vel relecto patre eiusdem nepotis, si superstes sit ex lege dicente, ibi: *Nietos o descendientes.*

Nam nomine filiorum in fauorabilibus veniunt Nepotes, *l. liberorum, ff. de verbor. significat.* ac proinde potest etiam fieri melioratio Nepoti, vel pronepoti, vel descendentibus quibuslibet: ita *in prædicta lege* 18. Cifuentes, & alij Glossatores.

Vnum etiam aduci potest dubium, an si non sit nisi vnicus filius, possit meliorari in tertio, & imponi grauamen in Regno Castellæ? Posse meliorari videtur colligi *ex l. 27. Tauri*, & est vtilitas in hac melioratione propter grauamen in præfato imponendum, vt dicitur *in d. l. vbi dispensatur*, quod non extantibus aliis filiis possit pater, vel mater imponere grauamen illi filio ratione tertij in fauorem consanguineorum, vel extraneorum in defectum consanguineorum pro conseruanda sua memoria. 115

Id autem nullo modo fieri posse, autumo, idcircò nec posse meliorare filium, nec illum grauare ratione meliorationis, videtur verum; cùm sit vnicus filius, & respectu illius omnia bona parentum sunt legitima necessaria, nec pater potest disponere, nec mater pro suo arbitratu, nisi de quinto. Ergo eo excepto in cæteris bonis, non potest filius grauari, quia parentes velint, nolint, tenentur filio relinquere tertium necessario.

Ad legem autem 27. & ad omnes alias, quæ loquuntur de melioratione tertij dicendum est procedere, quando dantur plures descendentes, siue filij, siue nepotes, quoniam cùm sunt plures, ex illis potest pater, seu mater eligere vnum, & præferre illum cæteris. In ista tamen electione, seu prælatione eligens honorat electum, & prælatum præ reliquis; igitur ratione prælationis, seu electionis ad tertium potest electus, seu prælatus cæteris grauari.

Contra vero, quando non datur, nisi vnicus descendens nulla datur electio, nec præferentia, & consequenter omnia illi debentur excepto quinto: atq; ita nullo modo reperitur melioratio nec grauamen, quod apertè constat, *ex §. 2. Inst. tit. de assignatione libertorum*, per hæc verba *ibi: datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos, pluresve liberos in potestate habet.* Idem tradit Glossa, & Angel. & Scribentes: atque ita vbi fuerit vnicus filius duntaxat, non dabitur melioratio, nec grauamen ponetur: ita Palatius Rubeus, *in d. l. 27. Tauri.* 116

Secus dicendum est de Iure Lusitano, vbi parentes de suo tertio possunt disponere, illúdque relinquunt, vel filiis, vel nepotibus, vel etiam extraneis, vt habetur *lib. 4. Ordin. tit. 82. in principio, ibi: tomarem a terça de seus bens, E a deixarem aquem lhe aprouuer*, Cald. Pereira *de emptione c. 17. n. 35.* Valasc. *de partitionib. cap. 19. in principio*, vbi tradit tertiam partem bonorum esse liberam, posséque parentes relinquere cuicunque voluerint etiam extraneis.

Hæc tamen tertia pars est quota bonorum, & non hæreditatis, teste Valasc. *supra n. 3. & c. 23. num. penult.* Ægid. Lusit. *in l. 1. C. de Sacros. Eccles. p. 5. fol. 157. num. 13. vers. vnde si hodie.* 117

Quare potest grauari filius, seu nepos, seu extraneus, siue sit vnicus, siue non, relicto illi tertio: nam vbi quis honoratur grauari potest, *l. ab eo, C. de fideicommiss.* quæ habet grauare illum tantùm posse, qui honorauit, ibi: *Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hæreditatem, vel mortis causa donationem accipit, nihil per fideicommissum relinqui potest.*

Sic

sic lex. Cald. Pereira *de potestate eligendi 3.p.cap.16. num. 5. & cap. 17. num. 6. & 11.*

118 Quæres vlterius de illo, qui carens filiis fecit donationem, quæ postea natiuitate filij reuocata fuit, an conualuerit, si filius superstite adhuc patre decesserit? Bart. *in l. Titia, §. Imperator, ff. de legat. 2. col. penult.* ait non conualescere donationem defuncto filio, & ibi alij idem docent, extinctam scilicet natiuitate filij: atque ita semel extinctum non reuiuiscere, per text. *in l. hæredibus ff. ad Trebel.*

119 Dico igitur primò, si filios post natiuitatem non durauit nisi per octo dies ad summum, non fuisse extinctam donationem: ratio, quia non censetur natus, qui illicò mortuus est, vt notat Panor. *in cap. nam & ego, de verbor. significat.* vbi Glossa ait: *non videri fuisse, qui parum durauit.* Accedit etiam Glossa *in cap. 1. §. quis etiam, in verbo non admittantur, titulo Episcopi, vel Abbates*; vbi resoluit, quod in feudo Titio concesso, & suis liberis masculis, & fœminis, & in quo propterea fœmina non succedit, si masculi aliqui extiterint, & post mortem patris confestim decedant, fœminam posse succedere, tanquam filij non extitissent: sequitur Baldus.

Non enim consideratur vixisse, qui statim mortuus est, sicut non reputatur mortuus, qui statim ad vitam reuocatur, puta Lazarus, de quo Accursius *in l. ex his, ff. de legibus*, quoad effectum recuperandi

120 bona sua, tradidit debuisse illum bona sua repetere, quia non videbatur quoad hoc fuisse mortuus, cùm tam citò per potentiam diuinam ad vitam rediens, Tiraquel. *in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. in verbo suscepit liberos num. 170.*

Præterea, quia non est in consideratione translatio dominij, neque possessionis, quæ momento temporis durauit, *l. vlt. §. vlt. in fine, C. de bon. quæ liber.* Angel. *in l. voluntas, ad finem, C. de fideicommissis.* vbi censet non fieri alienationem extra familiam, quando alienare prohibitus, ea conditione alienat, vt cõfestim res alienata familiæ reddatur.

121 Dico secundò, si filius diù vixit, puta per mensem, vel per annum, & viuo patre mortuus est, donationem reuocari eius natiuitate, sed postea reuixisse eius obitu, per textum, *in l. posthumus præteritus, in principio, ff. de iniusto testam.* vbi habes, si postea posthumus superstite adhuc testatore è vita hac mortali abierit, quamuis testamentum natiuitate posthumi præteriti ruptum sit, nihilominus hæres scriptus poterit retinere hæreditatem in testamento sibi relictam, si testator alterum non condat testamentum.

Ergo si hoc dicimus de testamento, à fortiori de donatione dicendum puto, quia cum mortuus sit filios, perinde est habendus, ac si nunquam fuisset in lucem editus, *l. 1. in 1. responsione, & §. vltimo, & l. 2. & 3. ff. de assignand. liber.*

122 Probatur, quoniam maiores vires habet donatio, quàm testamentum, *l. 1. ff. de pollic.* ideo si testamentum, mortuo posthumo, recuperat vires suas, donatio etiam recuperabit filio mortuo, si pater superstes fuerit, nec reuocauerit denuo; sicut tutela vires reassumit cessante causa dispositionis *l. non solum, §. vlt. de excusat. tut.* & *l. si quis sub conditione, §. si tutor. ff. de testam. tutel.* sic etiam cessante causa donationis inofficiosæ reuocãdæ, cessat & ipsa reuocatio, teste Bald. *in l. 1. col. 1. vers. tertio sic, C. de inofficios. donat.* & probatur *ex l. fœmina, §. illud, vers. fin. C. de secund. nupt.* vbi dicitur non teneri parẽtẽ transeuntẽ ad secundas nuptias aliquid reseruare, si filij nati ex primo matrimonio, cõstante secũdo è vita decedant.

123 Vltimò confirmatur, quia si pater donans post obitum filiorum, nec tacitè, nec expressè reuocauit donationem, superuiuens, post mortem liberorum per tẽpus notabile, in quo cùm posset reuocare, non reuocauit, censetur saltem tacitè confirmare donationem: secus si superuixit per tempus exiguum: tũc enim non censetur donatio reficere vires suas, sed reuocata persistere, quia quamuis donatio videatur conualescere per mortem filij; hoc procedit si pater adhuc superstes viuat per tempus non exiguum, sed tantum, in quo potuerit reuocare si velit, & in hoc euentu præsumitur cõfirmare factum, vt Castrensis, *in l. 2. C. de posthum. hæred. institut. col. final. & q. etiam final.* Anchar. *in c. final. de donat.* Gomez *2. variar. cap. 4. de donat. num. 12. vers. quod tamen intelligo*, & Iul. Clar. *§. donatio q. 23. num. 9.*

124 Dico tertiò à fortiori conualescere donationem, si pater filij demortui patiatur donatarium vti, & frui bonis illis, neque illa repetat, nec animum repetendi ostendat: censetur enim confirmari donatio ex tacita saltem donantis voluntate. Secùs si non permisit donatario ea bona retinere, neque illis frui, & in hoc casu tam ipse donator, quàm eius hæredes poterunt ea bona repetere: ita Iul. Clar. *d. §. donatio, q. 23. n. 10.* Molin. *de Iust. tom. 2. disp. 282. §. dubium deinde, vers. puto tamen, fol. 196.* Vide tamen Cabed. *1. p. decis. 63. n. 6.* vbi ait contra donationem nõ posse opponi de superuenientia liberorũ, & si pater donationẽ nõ reuocauit, neque eius hæredes, neque alios posse reuocare, ex Bald. *in l. 1. C. de inoffic. donat. n. 18.*

125 Rursus rogabis an filij naturalis natiuitate reuocetur donatio antea facta? Couar. *2. p. Epitome, c. 8. §. 4. n. 14.* affirmat per *l. si vnquam, C. de reuocand. donat.* quæ in hoc casu procedit in filiis naturalibus: sequitur Ripa, *in d. l. q. 28. num. 63. & 73.*

Negat Tiraquel. *in d. l. si vnquam, verbo susceperit filios, n. 45. & 51.* Oldrad. *cons. 278.* Bald. *in c. innotuit n. 8. de electione*; quem sequitur Valasc. *consult. 94. n. 6.* post Angel. *in l. si totas: ibi, ex quocunque legitimo matrimonio, C. de inofficios. donat.* Gregor. Lopes *l. 8. tit. 4. part. 5. verbo de su muger legitima.*

126 Azor autẽ *Instit. Moral. p. 2. lib. 2. c. 7. §. tertio vers. quidquid sit*, arbitratur filios naturales, quando vocãtur ad successionem abintestato, posse reuocare donationem à patre factã, quod attinet ad duas vncias: idem tradit Palæotus *in lib. de Nothis filiis, c. 34. n. 8.*

Si tamen donatio facta sit à matre, & postea nascatur filius naturalis; cùm iste in vniuersum succedat matri ab intestato, poterit in totum donationem reuocare. Item cum pater naturali filio teneatur præstare alimenta, poterit filius naturalis reuocare donationem patris, vt ea recuperet: & in hoc approbat opinionem Couar. & Ripæ dicentium, *donationem natiuitate filij naturalis reuocari*; *aliòqui minima*: Quæ sententia non omnino displicet.

127 Dicam tamen in hac varietate donationem factã à patre, natiuitate filij naturalis non reuocari, ex *l. naturaliter, §. dum autem,* vbi Cynus, Cornens, Alexãd. & alij, qui tradunt *C. de institut. & substitut.* Nec habere locum *d. l. si vnquam*, vt notat multis de more congestis Tiraquel *ibi verbo susceperit filios, n. 56.* Paleot. vbi *supra c. 34. n. 7.* vbi ait cum Oldrado *cõs. 278.* Licet tantũ ad claustrales, *in tertio dubio*: ita tenendum in consulendo, & iudicando, Surd. *de aliment. tit. 8. priuilegio 81. n. 10.* & docent alij præsertim Alexand. *cons. 39. n. 15. vers. non firmo lib. 2.* quia dispositio iuris positiui debet intelligi de liberis legitimis, *l. filium desinimus, ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, l. 3. C. ad legem Iuliam de adulteriis.*

128 Dico rursus posse filios naturales, imò & spurios donationem reuocare pro insufficiente quantitate alimentorum sibi debita, sicut possunt testamentum impugnare: ita Paleot. *supra num. 10.* & Ripa *in d. l. si vnquã, n. 51* & probatur per *l. si totas, C. de inofficios. donat.* vbi decernitur, vt filij, vel nepotes ex legitimo

matrimonio nati, possint accusare donationem inofficiosam patris: ergo nati ex connubio non legitimo nequeunt, & ab ea excluduntur actione nisi quoad portionem alimentorum sibi debitam.

129 Dico vltimo si mater donet, & postea oriatur naturalis, qui matri potest succedere attenta distinctione, de qua *in Authent. si qua illustris, C. ad Orfitian.* reuocari posse donationem ex dispositione *l. si vnquam*, eo quia naturalis secundùm iuris canonici dispositionem, matri succedit tanquam legitimus, iuxta Glossam *in cap. nisi cum pridem, in verbo, Mansceres de renunciatione*, Hostiensis *in cap. Lator. qui filij sint legitimi*, Panor. *in cap. tanta col. 3. vers. quidam sunt filij spurij, eodem titulo, & in cap. cum haberet, ante finem. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium*, quos refert, ac sequitur Tiraquel. *in d. l. si vnquam, num. 62.* cui accedit Suid. *d. priuilegio 81. n. 11. & sequent.*

Item, quia naturales possunt dicere de nullitate testamenti materni, *l. si suspecta, §. de inofficioso, ff. de inofficioso testamento*, & voluit Glos. *in §. tam autem, in verbo naturales*, & *ibi* Angel. Aret. *Instit. eodem, in d. l. si qua illustris, in verbo cum legitimis, in principio*: ergo possunt similiter reuocare donationem à matre factam, non tamen factam à patre, quia non habent actionem de iure, nisi ad alimenta.

130 Possunt nihilominus patres filiis naturalibus relinquere alimenta: imo quotiescunque possunt ex lege, vel statuto quintum, aut tertium etiam extraneis conferre, quamuis filios legitimos habeant, poterunt etiam ex testamento dare tertium, vel quintum, vt bene notat Couar. 2. *p. Epitome c.8. §.4. n. 11.* & Azor *supra d. vers. quidquid sit ad finẽ.*

An verò filij naturales sint alendi de iure ciuili, & an possint petere alimenta iudicis officio, si pater tenuat, dictum est *supra, disp. 2. §. 4. ex num.* 135. 136. 137.

Nihilominùs teste Cabedo 1. *p. Arresto* 47. in Senatu Lusitano sæpe iudicatum fuit, patrem ex equestri Ordine habentem filios legitimos, & naturales, non posse relinquere suum tertium bonorum filio naturali, aut spurio: pro quo facit Ordinatio Lusitana, *lib. 4. tit. 92. §. 1. ibi, nam herdaram os taes filios.*

131 Quam Ordinationem idem Cabed. an per viam alimentorum possit pater relinquere suum tertium filio naturali, seu spurio, indecisam reliquit, sed minus benè: quia filiis etiam spuriis debentur alimenta iure naturali, nec ius ciuile potest disponere, quod spurij sine causa illis priuentur.

Quocirca ne filius pereat fame, ius canonicum decreuit, vt illi alimenta præstentur, *d. cap. cum haberet, de eo, qui duxit*, Abbas post Glos. *ibi*, Decius *cons. 312. num. 4.* Socin. Iun. *cons. 130. n. 3. vol. 2.* Couar. *d. cap. 8. §. 6. num. 1. & 2. & num. 6,* Menoch. *cons. 60. num. 6.* Mantic. *de coniectur. vltimar. volunt. lib. 8. tit. 5. n. 12.* post Bart. *in Authent, ex complexu, num. 7. C. de his quibus vt indignis.*

132 Deberi scilicet alimenta illegitimis ex dispositione iuris canonici, placet in vtroque foro, ex qua colligitur si pater aliquid relinquat spurio validum esse ratione alimentorum: ita Bart. *in l. fin. num. 7. ff. de his, quibus vt indignis*, dicens ibi posse patrem relinquere fundum pro alimentis, idem repetit *in d. Authent. ex complexu* Aretin. *Instit. de iure naturali, in principio, num. 6.* vbi vult posse patrem relinquere filio, quod succedat loco alimentorum; & Caccialup. *in d. Authent. si qua illustris, num. 92.* vbi tenet legatum spurio factum pro alimentis esse validum, reuocarique si excedat quantitatem pro alimentis debitam; nec filius naturalis, vel spurius in hoc casu petit legatum tanquam legatum, sed tanquam alimenta; ita Abbas *cons. 44.* & Menoch. *cons. 60. num. 7.* Tamen Couar. *d. 2. p. cap. 8. §. 6. num. 10.* addit si diffiniente lege certam quantitatem relinquendam à patre filio, etiam spurio, titulo alimentorum; posse patrem illam quantitatem filio legare; quamuis filius aliunde habeat vnde viuat, quod etiam notat Aymon. *cons. 199.* Ex quo resoluit ipse Couar. posse patrem in Castellæ Regno ex interpretatione *ad legem 9. & 10. Tauri*, relinquere filio illegitimo titulo alimentorum quintum suum, etiamsi filius habeat aliunde, vt se alat.

Cæterùm de iure Lusitano non videtur dubium, posse patrem relinquere suum tertium filio illegitimo, seu naturali pro alimentis, si non habeat vnde viuat, secùs si habeat, tunc enim nec loco alimentorum poterit filio naturali pater nobilis relinquere si habuerit filios legitimos, vt colligitur *ex lege Lusitana lib. 4 tit. 92. n. 1. vers. Nam erdaram*, quod non tollit patri potestatem relinquendi aliquid loco alimentorum naturali, si aliunde non habet vnde viuat, & probatur expressè *ex d. Ordinatione, eodem tit. 92. n. 3. vers. podera em seu testamento*, dicente, si pater nobilis habuerit filios naturales, deficiente prole legitima, quamuis habeat ascendentes legitimos, posse ex testamento totum tertium, aut partem illius filiis naturalibus relinquere: Ergo si habeat prolem legitimam nihil de tertio poterit legare, nisi loco alimentorum, vt ait Cabed. *supra d. arresto 47. ad finem*, licet cogitandum relinquat. 133

An verò reuocetur donatio facta à parente Arrogatore per filium postea adrogatum, non videtur leuis dubitatio. Pars affirmãs ex eo probari potest per priuilegium adoptiuis concessum; Nam ipsi gaudent priuilegio filiorum, *l. cum adoptiuum, C. de decurionibus, lib. 10.* & excludunt ascendentes, & vxorem, *l. 1. §. liberi ff. ad Tertullianum*, & *l. æquissimum in princip. ff. eodem tit.* Aret. *in §. sed ea omnia, col. 2 vers. quæro an ta is. Inst. de hæred. quæ ab intestato deferunt.* 134

Secundò probatur, quia succedunt parentibus, sicuti si essent legitimi, ac naturales, *l. si te parens, C. de sui, & legitimis, l. penul. §. si quidem, C. de adopt.*

Tertiò excludunt naturales tantum filios. Angel. *in §. vlt. siquidem post principium, in Authent. quibus mod. nat. effic. sui*, per illum textum simpliciter loquentem de legitimis. Item periode ac si essent legitimi, ac naturales impediunt bonorum publicationem, nisi probetur adoptio facta in fraudem, per text. *in l. vltima, §. ex bonis ff. de bonis damna.*

Quartò adoptiui veniunt contra testamentum patris, & legitimã præteriti, aut exhæredati petunt, *l. 1. in princ. io, & l. non putauit §. si quis emancipatum, ff. de bonor. possess. contra tabulas, l. filius à patre §. 1. ff. de liber. & posthum.* & reuocant alienata in fraudem, sicut legitimi, *l. vltim. ff. si quid in fraudem*, & tradit Bald. *in l. 2. col. 1. vers. quæro an filius, C. eodem titulo.*

Nec refert, quod adoptiui fictè, & abusiuè dicantur filij, vt notat Bald. *in l. fideicommissum, ff. de condit. & demonst.* & imaginarij *l. si filius quem, in principio, ff. de liber. & posthu.* quia hoc procedit quando agitur de præiudicio tertij, sed vbi agitur de filiis adoptiuis testatoris, tunc adoptiui veniunt sub appellatione filiorum, teste Bartol. *in l. si cognatis, col. 2. ff. de reb. dub.* asserentem filium adoptatum à testatore venire sub dispositione agente de filio. 135

Secùs si esset adoptatus ab alio. cùm ergo pater adoptans fecerit donationem ante adoptionem, filius postea arrogatus reuocabit donationem factam, quia non est credendum, quòd pater donasset, si de illo cogitasset.

Quintò

Quintò probatur, quia pater adrogator tenetur filios adoptatos alere, sicut legitimos, & naturales, vt benè contra Menoch. *de arbitrariis q. 35. n. 24.* tenet Surd. *de alimen. tit. 1. q. 14.* post Barbat. *in cap. Raynaldus col. 29. vers. praeterea si dicatur, de testam.* & ante omnes Glos. *in l. onera, ff. de adoptionibus*, per text. *ibi* vbi dicitur in patrem adoptantem transferri onera eius, qui suscipitur in adoptionem, & non potest dubitari onus alendi esse præcipuum.

Idem docet Lambertin. *de iure patronatus, lib. 3. in 3. principal. q. art. 6. num. 13.* Bald. *in Authent. nisi rogati num. 19. C. ad Trebel.* & *in l. cum adoptiuus, num. 5. C. de adoptio.*

136 Cuius ratio est, quia vocatur ad successionem intestati. Et sanè, qui tenetur tractare aliquem, vt filium, tenetur illum alere: ita Bart. *in l. quidam eum filium, ff. de verbor. obligat.* Quod adeò verum est, vt si contentio fiat de alimentis præstandis, dicendum sit lite pendente non esse filio adoptiuo neganda alimenta, dum agit ad hæreditatem patris adoptantis, vt etiam arbitratur Surd. *tit. 1. q. 114. n. 2. vers. ego contrariam amplector opinionem.*

137 Vltimò, quia filius adoptiuus non potest in ius vocare patrem adoptantem sine venia, quamuis contra teneat Glos. *in præfato §. sed ea omnia, Instit. de hered. ab intestat.* quæ communiter reprobatur. Ratio nostra est, quoniam filius adoptatus patri suo adoptiuo debet reuerentiam, quæ est causa, quod non possit filius conuenire patrem absque venia, quia etiamsi non sit in potestate patris, hoc non liberat eum, sicut non liberat à petenda venia, si velit in iudicium vocare matrem, sub cuius non est potestate, ob reuerentiam matri debitam, vt habetur *in l. quisque litigandi, §. parentes, ff. de in ius vocand.* ita Guillelmus *in cap. Raynut. de testam. in verbo, & vxorem, nomine Adelaziam, n. 180. fol. 109.* Roland. *cons. 18. num. 25. vol. 2.* Ergo talis filius adoptiuus cum in tot, ac tantis conueniat cum filiis legitimis, poterit reuocare donationem, à patre arrogatore antea factam, quasi donans de filiis minime cogitans donauerit.

138 His non obstantibus arbitror dicendum non posse absolute filium postea adoptatum reuocare eam donationem ex beneficio *prædicta l. si vnquam*, quia lex est exorbitans à iure communi *l. perfecta, C. de donat. quæ sub modo, l. final. ff. de pactis*, quæ debet intelligi de filiis legitimis, & naturalibus *l. filium definimus, ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, l. 3. C. ad l. Iuliam de adulteriis.*

Ratio, quia donatarius habet iam ius quæsitum in illa re per donationem: ergo non potest auferri à filio adoptato post donationem: esset namque ad manum aditus patens ad infringendas donationes, & ad tollendum ius quæsitum, quod est contra *Instit. de excusationibus tutorum, vel curatorum, post principium*, Alexand. *cons. 40. super primo dubio, quæritur, num. 15. vers. nec puto etiam, lib. 4.* vbi ait legem *si vnquam*, non habere locum in spuriis, neque in adoptiuis, Oldrad. *d. cons. 278. licet tantum ad claustrales num. 8. vers. & licet suscepta soboles*, quatenus vult, *l. si vnquam*, habere locum quando proles est legitima.

139 Cùm ergo adoptatus non sit filius legitimus, nec naturalis respectu patris adoptiui, non potest reuocare donationem antea factam, & expressè in hac hypothesi, & casu, idem tradit Ripa *in d. l. si vnquam, q. 24.* sequitur Octauian. Cacher. *decis. 121. num. 9.* post Socin. *cons. 226.* Quæstio præsentis consultationis *col. 4. lib. 2.* & Calcan. *cons. 20.* ista quæstio habet tria dubia *col. 4.* & clarius Castrensis *in l. 2. in fine C. si in fraudem patroni*, & *cons. 433.* respondeo per ordinem *col. 1. vers. præterea si aliud diceremus, vol. 1.* quos referens sequitur Tiraquel. *in d. l. si vnquam, verbo susceperit filios num. 2. & 3.*

Nam si in potestate donantis esset auferre ius quæsitum donatario per adoptionem, in quo fraus apertè concinnata videretur, non est tamen negandum teste Tiraquel. tanquam certum adoptione, aut arrogatione filij, seu filiæ testamentum rumpi veluti agnatione sui hæredis, *l. 1.* & *ibi Glossa & l. certam, ff. de iniust. rupt. testamento*, & *Institut. quibus modis testamenta infirmentur. §. 1.* Quod tamen non sufficit, vt donatio reuocetur per adoptionem superuenientem, vt præcitati sentiunt, & Barbos. *in Remissionib. ad Ordinationem Regiam, lib. 4. tit. 65. in principio, num. 14.* post Cald. Pereira *de nominat. q. 13. num. 8.* & Rebellum *de iustitia p. 2. lib. 18. q. 10. num. 5.*

Adhuc restat quæstio an reuocetur donatio ex 140
superuenientia filij legitimati? Affirmat Clarus *verbo donatio, q. 23. num. 6.* & pro hac parte refert aliquos in *d. l. si vnquam*, quia legitimati pares sunt legitimè natis: dicens, vtramque partem esse communem.

Probabilius tamen est legitimatos ex rescripto 141
Principis post donationem, illam non reuocare: Bart. expressè *in l. Gallus, in §. & quid si tantum, num. 14. vers. pro declaratione, ff. de liber. & posthum.* vbi tenet ex rescripto Principis ius quæsitum alteri non tolli: item, quia legitimatio non potest retrò trahi in præiudicium donatarij, text. *in §. liceat, ibi, & suos de cætero*, & iterùm ibi: *& hoc facto exinde filios*, & *ibi* Angel. notat *in Authent. quibus modis naturales efficiantur legitimi*, neque fictio habet locum cum damno, & iactura alterius.

Item quia donatio fuit perfecta simpliciter, & absolutè facta: ergo non debet, quod est absolutum, reuocari ex casu superuenienti; vt ostenditur *in l. si gaudentius, C. de contrahenda emptione*, & *in l. pluribus, §. & si placeat*, & *ibi*, Bart. *ff. de verbor. obligat.*

Non posse ergo præfatam legem *si vnquam*, sub- 142
intelligi in casu de legitimatione; probatur ex eo quòd tempore *d. l. si vnquam*, nondum erat cognita legitimatio per rescriptum Principis nisi in casu *l. qui in prouincia, §. Diuus, ff. de ritu nuptiarum*: igitur de legitimatione non potest *l. si vnquam* subintelligi.

Patet id, quia à Constantino Constantini Magni filio fuit promulgata, & is ducentis fermè annis præcessit Iustinianum Imperatorem, qui legitimationem per rescriptum introduxit, *§. si quis vero non hab. nis, & sequenti, in Authent. quibus modis naturales efficiantur legitimi*, & *in §. si quis ergo filios, in Authent. quibus modis naturales efficiantur sui.*

Ob quam rem prædicta, *lex si vnquam*, quia est exorbitans à dispositione iuris communis, non debet adduci, neque produci, & extendi ad legitimationem suo tempore penitùs inauditam: atque ita consequenter non debet reuocari legitimatione donationem: vt post Bartol. *in d. l. Gallus, in §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum.* tradunt Alex. Bald. & Angel. *col. final. vers. circa tertium*, vbi dicit communiter Scribentes hanc partem sectari: quod etiam approbat *in cap. quamuis, de rescriptis, lib. 6.* vbi restitutio, qualis est legitimatio, non potest nocere illi, cui ius iam est quæsitum: neque enim sustinentur rescripta, quæ ius alterius conantur infringere: *l. quoties C. de precibus Imperatori offerendis.*

Adde priuilegia à Principe tributa subintelligi concessa, sine præiudicio iuris alteri iam quæsiti: *l. nec Auus, C. de emancipat. liber.* ergo

legitimatio non potest tollere ius quæsitum donatario: atque ita tunc sistet donatio irreuocabilis, neque legitimatione subsequuta delebitur: ita Iason *in l. si is qui pro emptore, num. 264. ff. de vsucap.* Curt. *cons. 74. col. 24. in principio*, Decius *in l. posthumo, num. 18. C. de bonor. possess. contra tabul.*

Viget specialiter argumentum à speciali, nimirum, si est speciale in vno casu, quod reuocetur donatio per legitimationem factam, per subsequens matrimonium duntaxat? ergo signum est, quòd in reliquis legitimationibus non procedit: atqui est speciale, vt legitimatione, quæ fit per matrimonium subsequens, reuocetur donatio; vt tradunt Salicet. & Angel. *in d. l. si totas, C. de inofficios. donat.* ergo in cæteris legitimationibus ius est contra. de quo dubio 1. *p. lib.* 3. *disp. 6. §. 4. num.* 48.

Quod intelligitur tam de legitimatis ante, quàm post donationem: ita Ripa *in d. l. si vnquam, q. 30. col.* 1. quoniam legitimati ex rescripto, seu ex beneficio Principis non sunt verè legitimi, considerata legitimatione vera, & originaria, quæ extra matrimonium non reperitur in omnibus æqualis; vt respondet Decius *cons.* 482. *num.* 12. *&* 13. quem alij sequuntur, *ex l. qui in prouincia, §. Diuus, ff. de ritu nuptiarum, l. quaris ff. de restitut. nat.*

Ex quibus cognoscitur, legitimationem fuisse introductam per quandam fictionem, quando conceditur ex beneficio Principis, comparatique cum postliminio, hoc est cum iure rei recuperandæ, & in priorem statum restituendæ, *l. postliminium, ff. de captiuis, & postliminio reuersis*; quod non aliter fit, nisi per quandam machinationem, seu fictionem. Cùm ergo legitimatio de qua loquimur non fiat nisi per fictionem, dicendum est non posse nocere donationi antea factæ, nec trahi retrò in præiudicium donatarij.

143 Sequitur de donatione facta ab eo, qui habet Ascendentes, an possit reuocari, si fuerit inofficiosa? Responde posse eodem modo, quo potest reuocari à descendentibus, quoad legitimas debitas Ascendentibus. Nam parentibus etiam datur querela inofficiosi testamenti, *l. nam & si parentibus, ff. de inofficioso testamento.*

Similiter parentibus competit querela inofficiosæ donationis vt habetur in *l. vlt. C. de inofficios. donat.* Bart. *in l. non vsque adeo, ff. si à parente quis fuerit*, dicens donationem inofficiosam respectu Ascendentium, posse reuocari vsque ad portiones illis competentes, & decidit Glossa *in Authent. de immensis donationibus, in verbo filios.*

144 Quod si parentes faciant donationes extraneis post natiuitatem filiorum, si censeantur inofficiosæ, non tamen factæ animo defraudandi legitimas, reuocari possunt quoad legitimas portiones: excessus autem reseruabitur donatario: Iul. Clar. *verbo donatio num. 2. q.* 24. Anton. Gomes. 2. *variar. num.* 13.

Si tamen fuerint donationes inofficiosæ re, & consilio, quando scilicet de proposito & data opera fiunt in præiudicium filiorum: ita vt cum læsione concurrat etiam intentio, & consilium in damnum illorum; reuocabuntur in totum: ita tenet Bart. *in l. Titia, ff. de legat. 2. post num.* 1. & est communis opinio, Iul. Clar. *supra*, Couar. tamen 1. *variar. cap.* 19. *num.* 11. opinatur etiam in hoc casu non reuocari donationem factam extraneo, nisi quoad subsidium debitum filiis.

Addiderim pro concordia, reuocari in totum, procedere in foro externo post latam sententiam, at verò ante illam, non teneri donatarium restituere, nisi quod pro legitima reputatur: quod vero excedit, posse retinere, donec per sententiam obligetur restituere.

Actio verò ad reuocandum durat quinquennio, per *l. vltimam, C. de inofficios. donat.* Costa tamen *in cap. si pater, 3. p. verbo, priuare non possit, num.* 8. existimat competere actionem personalem, quæ non extinguitur, nisi tempore triginta annorum.

Vltimò quæri potest, quando possit mater reuocare donationem factam filio post mortem patris? Hac de re, de iure Authenticorum, concessum est matribus transeuntibus ad secundas nuptias, in tribus casibus posse reuocare donationes, quas ante eum transitum filiis fecerant. 145

Primus est, si filius mortem matri machinetur, in quo euentu sufficit insidiari matris vitæ, quamuis mors non sequatur. Secundus, si filius impias manus in matre ponat. Tertius est, si iacturam in omnia bona matris concipiat, & moliatur. Et in hoc tertio euentu sufficit si intenterur machinatio, etiam sine effectu: Habetur *in Authent. quod mater, C. de reuocand. donat.* & *in Authent. de nuptiis, §. mater, l. 10. tit. 4. part.* 5. & idem expresè cauetur in Ordinatione Lusitana *lib. 4. tit.* 63. §. 6. & *ibi* Barbos. post Molin. *de Iust. tract. 2. disputat. 281. vers. hodie verò*, vbi addit, si donans dum vixit non reuocauit, nec cœpit agere ad reuocandum, hæredes donantis reuocare non posse.

Denique matrem in aliquo alio casu, exceptis tribus nominatis, reuocare donationem factam filio non posse, disponit lex nostra *ibi, d. tit. 63. §. 6. vers. é nam podera reuogar essa May em outro algum caso adoaçao feita a seu filho por outra causa de ingratidam*, rationem Ordinationis vide, *ibi.*

DISPVTATIO V.

De obligatione, quam habent parentes ad constituendum dotem filiabus.

§. I.

Quid sit dos, & quomodo diuidatur, & an pater semper teneatur filias dotare?

EPITOME.

1 *Quid sit dos, & ad quid à parentibus constituatur.*

2 *Bona parapherna, seu paraphernalia quæ sint, & vnde dicantur.*

3 Dos

3 *Dos diuiditur in profectitiam, & aduentitiam.*
4 *Pater non ex iustitia, sed quasi ex iustitia, & paterna pietate tenetur filias dotare, quia tenetur eas alere.*
5 *Pater tenetur filias dotare quamuis non sint in potestate illius.*
6 *Pater tenetur dotare filiam iam nuptam, vt maritus possit subire onera matrimonij.*
7 *Pater an teneatur dotare filiam nuptam viro digno sine consensu patris.*
8 *Pater an teneatur dotare filiam bis, deperdita priori dote, si secundo nubat marito.*
9 *Pater an teneatur dotare filiam de suo, quando ipsa est diues.*
10 *Pater non tenetur filias diuites alere, ergo nec dotare.*
11 *Contrarium est verum, & sequendum.*
12 *Pater non tenetur dotare filiam iure patria potestatis, sed iure sanguinis & legitima propagationis.*
13 *Pater an teneatur dotare filias naturales, & spurias.*
14 *Pater qui promisit, vel dedit dotem pro filia naturali habenti etiam bona propria, censetur dotasse de bonis filia.*
15 *Pater dotans filiam quam Auus dotare teneatur censetur dotasse de bonis Aui.*
16 *Pater quando prasumitur dotare filiam de bonis suis proprijs, & quando de bonis filia? & num. 17.*
18 *Pater promittens dotem de bonis filia, vel de suis certam summam, & alteram de bonis filia nihil amplius tenetur adimplere.*
19 *Pater administrator bonorum filia si promittat dotem de bonis suis, & de bonis filia, debet soluere de bonis suis, si bona sufficiant: & quod deest, de bonis filia.*
20 *Pater prasumitur dotare filiam de bonis suis, esto administret bona filia.*
21 *Administrator soluens dotem pro fœmina, cuius bona administrat, potest repetere, & cur.*
22 *Pater curator filia emancipata, an censeatur dotare tanquam curator, an tanquam pater.*

1 QVÆRITVR primò quid sit dos, & ad quid à patre constituatur? Respondetur primò dotem esse id; quod datur viro ad onera matrimonij sustinenda, siue detur ab ipsa vxore, siue ab alio nomine vxoris, D. Thom. *in 4. dist. 49. q. 4. art.* 1. Molin. *de Iustit. tom. 2. in principio, vers. dos ab Azone*, vbi addit esse, quod viro datur, aut promittitur ratione matrimonij, ad onera illius subeunda, hoc est ad alendam vxorem, & familiam communem.

Quo fit vt sine matrimonio dos esse non possit, *l. 3. dotis, ff. de iure dotium.* Vnde sequitur dotis promissionem, seu traditionem inuoluere conditionem tacitam si nuptiæ sequantur: atque ita dos promissa peti non potest ante celebratas nuptias; habetur *in l. plerumque, § si ante, ff. de iure dotium, & l. item quia, 1. ff. de pactis.*

Ac proinde dotis nomen propriè dici non potest, vbi non est contractum matrimonium: nihilominùs si semel fuerit contractum, & postea dissolutum, non cessat nomen dotis, donec fuerit vxori, vel hæredibus illius restituta: quia tunc gaudet priuilegio dotibus concesso, vt colligitur *ex l. 1. ff. solut. matrim. & l. 1. in fine,* & *l. etiam, ff. de fundo dotali,* Mantica *de tacitis & ambiguis, lib. 12. tit. 1. n. 8. & n. 14.*

2 Quæritur secundò, quæ dicantur bona paraphernà, seu paraphernalia. Respondetur nomine dotis non comprehendi bona paraphernalia, quæ idem sonant atque bona extra dotem: si tamen tradantur marito, bona mariti tacitè videntur pro illis hypothecata: Barbos. *tom. 1. 3. p. legis primæ, n. 31. ff. soluto matrimonio*, & sunt in dominio vxoris, eaque potest vxor repetere, cùm voluerit; quamuis interim ipse habeat eorum administrationem: *l. vltim. C. de pact. conuent.* Bart. & Alexandr. *in l. maritus, in principio, ff. ad legem falcidiam*, idem Alexand. *cons. 36. n. 4. & 5. lib. 6.*

Quinimò bona paraphernà, nisi aliud vxor expresserit, sibi reseruat non solùm quoad dominium, sed etiam quoad vsumfructum, & administrationem; qualia sunt etiam quæ ipsa constante matrimonio acquisiuit per donationem, siue legatum: item, quæ comparat suo labore & industria, saluis tamen operis & obsequiis marito, & familiæ debitis.

Vnde reliqua, quæ mulier nubens non reseruauit sibi expressè, vel tacitè; non erunt paraphernalia, sed dotalia, & censebuntur data viro in dotem, nisi aliter ex coniecturis appareat: ita Gloss. *in l. mulier bona, ff. de iure dotium*, Rebellus 2. *part. de Iust. lib. 6. q. 3. num.* 2. Sanch. *de matrim. lib. 9. disp. 5. num. 9.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 12. tit. 1. num. 20.*

Quæritur tertiò quotuplex sit dos. Respondetur duplex; altera profectitia, & altera aduentitia. Profectitia est quæ à patre, vel ab Auo, vel à Proauo, vel ab alio Ascendente per lineam masculinam de ipsorum bonis descendit, & constituitur; vel ab aliis de ipsorum mandato: *l. profectitia, ff. de iure dotium*, Molin. *d. disp.* 423. Bonacin. *de contractu dotali, quæst. 11. puncto 1. n. 3. vers. dos diuiditur.* 3

Item dos profectitia dicitur, quam extraneus patri donaturus, eius filiæ tradidit; quia ab ipso patre proficisci videtur: *l. profectitia, in principio, vers. quod si quis, ff. de iure dot.* item si pater dotem promittat, & fideiussorem pro se det, si fideiussor soluat, profectitia dos nuncupatur: ex quo pater fideiussori obligatur.

Dos verò aduentitia illa dicitur, quæ à patre, vel eius bonis non deducitur, cuius actio propria est ipsius filiæ, non autem communis patris, & filiæ, vt colligitur *ex l. 2. §. quod si in patris*, cum Glossa, *ff. solut. matrim.* & notat Iason *ibidem, n. 2.* subdens *n. 15. ad finem* in hoc omnes conuenire. Quare dos aduentitia dicitur, quæ datur à matre filiæ, vel ab extraneo. Item quæ datur à patre, qui est debitor filiæ, *l. profectitia, in principio, & §. si pater pro filia, ff. de iure dotium.*

Similiter si pater non quasi pater, sed pro alio dotem promittente fideiusserit, & soluerit tanquam fideiussor; dos aduentitia intelligitur. Idem dicetur quando pater dedit dotem de bonis suis filiæ bene meritæ, per Glossam *in l. si donatione, C. de collationib. & in Authent. vnde si parens, C. de inofficioso testamento.* Eodem modo quando vxor dat marito sub ea conditione, vt pro filia det genero in dotem, dos magis censetur aduentitia, quàm profectitia: Mant. *de tacit. & ambig. conuent. lib. 12. tit. 9. per totum,* præsertim *ex n. 1. vsque ad 5.* Molin. *supra vers. siue dos profectitia, siue aduentitia*, & Rebellus 2. *p. lib. 5. q. 3. ex n. 1.* vbi concordant aduentitiam dotem, dici illam, quæ datur ab ipsa vxore, vel ab alio ascendente per viam maternam, vel à fratre, vel à quouis alio consanguineo, vel extraneo est profecta.

Quæritur quartò, quo iure teneatur pater dotare filiam? Respondetur teneri, quasi ex iustitia, & pietate paterna dotare, quia tenetur illam alere præcepto iuris naturalis: ita Couar. *de sponsalibus, p. 2. cap. 8.* 4

cap.8. §.6. Lara *in l. si quis à liberis. §. parens, à principio, ff. de liber. agnoscend.* Surd. *de alimentis, tit.1. quæst. 1.* Azor. *2. part. Instit. moral. lib. 2. cap. 4. q.1.* & Molina *in emporio iuris, p.1. tit.1. in præludio num. 35.*

Nam ex obligatione alimentandi, vt plurimùm procedit onus dotandi; quia dos, & alimenta ambulant pari passu; & valet argumentum de vno ad aliud: Ruinus *in cons. 104. col. 6. circa medium, vers. vel secundo, non recedendo à communi,* Cald. Pereira *in quæst. forens. cons. 1. num. 33.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 12. titul. 16. numer. 16.* Ergo sicut tenetur alere filiam, sic etiam tenetur dotare.

5 Hæc autem resolutio procedit, siue pater habeat filiam in potestate, siue non, nimirum quando est emancipata: Valasc. *consult. 2. n. 11.* Gama *dec. 155. & 376* Petr. Barbos. *l. 1. ff. solut. matrim. p. 4. à principio, & n. 82.* Cardus. *in praxi Iudicum, verbo pater, n. 16.* Menoch. *de arbitrar. casu 460. & cons. 331. n. 18.* & Cald. Pereira *lib. 1. quæst. forens. quæst. 18. num. 35.*

6 Quinimò tenetur dotare filiam iam nuptam, quia dos debet constitui non solùm vt possit nubere; sed etiam, vt vir subeat onera matrimonij: *l. non tantum, ff. de tutor. & curator. datis ab his,* & *l. dotis fructus, in principio, & l. si is qui, §. ibi dos, ff. de iure dotium,* & *l. pro oneribus, C. eodem titulo.*

Et quamuis Bart. *in l. obligamur, ff. de actionibus, & obligationibus,* & *in Authent. res quæ, n. 16. C. communia de legatis.* contradicat, tamen *in l. nupta, in principio, n. 2. ff. solut. matrim.* hanc etiam sententiam sequitur, quam vti veram, & magis communem tradit Alexand. *in cons. 169. n. 2. & 3. lib. 7.* ex ea ratione, quia etsi filia iam sit nupta, adhuc dos est necessaria, vt vir per dotem vxori commodiùs, & filiis subueniat, & ideò pater semper manet obligatus ad filiam dotandam, quamuis sit nupta.

Nam quamuis cesset ratio vna ob quam dos constituitur, videlicet vt inueniat virum, quoniam iam est nupta, non cessant aliæ rationes, nimirum onera matrimonij, quæ viro incumbunt. Quare semper patri competit obligatio dotandi: vbi namque alicuius dispositionis plures existunt causæ, etiam si vna cesset, non propterea cessabit dispositio: argumento textus, & eorum, quæ *ibi* obseruant Scribentes, *in §. affinitatis, Instit. de nuptiis, l. si non lex ff. de hæredibus instituendis,* quam etiam sententiam vltra præcitatos, tenet Palat. Rubeus *in cap. per vestras, in 3. notabili, §. 22. n. 4.* & Mexia *in pragmatica Toletana, 1. p. fundamento secundo, num. 34.*

7 Quæritur quintò, an teneatur pater dotare filiam iam nuptam, quæ nupsit inconsulto patre viro digno? Affirmat Bald. *in l. 1. n. 9. vers. sed si nupsit filia, ff. solut. matrim.* & *in Authent. res quæ, n. 10. C. communia de legatis,* & Aret. *in d. l. 1. n. 6. vers. sed quæritur, ff. solut. matrim.* Curt. senior *cons. 27. n. 35. & cons. 39. n. 8.* quam sententiam vocat veriorem Socin. sen. *cons. 57. n. 2. vers. sed contraria opinio, lib. 4.* imò Ioan. Andreas, & Imol. *in cap. accedens, de procuratoribus,* hoc extendunt, quamuis filia nupserit viro indigno: sequitur Socin. sen. *d. cons. 57. ad finem,* idem tenet Ripa *in l. 1. n. 59. ff. solut. matrim.*

8 Quæritur sextò, an teneatur pater secundam dotem constituere filiæ, quæ priorem dotem amisit, & vult secundas nuptias contrahere? De hoc diximus, *supra, lib. 1. disp. 1. §. 1. n. 112.* post Rebell *2. p. lib. 5. quæst. 4. num. 2.* constante tamen priori matrimonio, non cogetur pater nouam dotem refundere, quamuis filia sine culpa priorem amiserit.

Quæritur septimò, si filia fuerit diues, an teneatur pater eam dotare? Negant aliqui, inter quos 9
Bart. *in l. si mulier, §. cùm proponeretur, n. 7. ff. ad Trebell.* & *in Authent. res quæ, C. communia de legatis,* quia dos succedit loco alimentorum, sed pater non 10
tenetur filiam diuitem alere, *d. l. si quis à liberis, §. & si filius, ff. de liber. agnoscend.* Couar. *in 4. 2. p. cap. 8. §. 6. num. 6.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 15. n. 46.* Lopes *l. 6. tit. 19. part. 6.* ergo nec dotem præstare.

Verius tamen est dotandam esse filiam, quamuis 11
sit diues, vel emancipata: Glossa *in l. final. §. vtramque, C. de dotis promissione:* vt vult Menesius *in Authent. res quæ, C. communia de legatis, num. 62.* eò quia, causa dotis in hoc casu est fauorabilior: quocirca tenetur dotare, quamuis non teneatur illam diuitem alere.

Nam argumentum de alimentis ad dotem affirmatiuè concludit, non negatiuè: Mantic. *de tacit. & ambig. 1. p. lib. 12. tit. 16. n. 16.* Spino *in suo speculo Glossa 10. n. 12. & seqq.* Dos enim succedit loco legitimæ: sed pater filiis diuitibus tenetur legitimam dare: ergo etiam dotem præstare. Item quia legitima omnibus liberis indiscriminatim debetur, *l. quoniam in prioribus, l. omnimodo, C. de inofficioso testam.* igitur hoc ipsum dicendum est de dote, vt post alios sentit Albornos *de arte contractuum, lib. 4. tit. 15. cap. 4.* & Rebell. *d. quæst. 4. num. 1.*

Quæritur octauò, quo iure teneatur pater, sanguinisne, an iure patriæ potestatis filiam dotare? 12
Respondetur teneri iure sanguinis, & legitimæ propagationis, vt colligitur *ex l. vlt. C. de dotis promissione,* ibi: *ex legibus non est incognitum paternum omnino esse officium, dotem dare pro sua progenie:* & habetur *in l. profectitia, §. vltimo, ff. de iure dotium,* vbi datur intelligi onus dotandi, patri competere iure sanguinis, *§. penult.* ibi: *quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit:* ita lex. vnde *l. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum,* quæ loquitur de filiis in potestate patris existentibus, debet extendi vt locum habeat etiam in filiis emancipatis.

Quamobrem obligatio hæc patris quoad filias maritandas, & dotandas, quamuis non sit de Iustitia commutatiua, est tamen quasi de Iustitia, & fundatur non solùm in charitate; sed etiam in paterna pietate, ex qua, duce lumine ipso naturali, particulare patri onus insidet, veluti capiti familiæ circa statum filiorum; iuxta illud *primæ, ad Timotheum 5. Si quis suorum maximè domesticorum curam non habet: fidem negauit.*

Quæritur nonò, an idem onus dotandi spectet 13
ad patrem circa filias non solùm naturales, sed etiam spurias, si nubere velint, & aliundè non habeant bona quibus maritentur? Affirmat Peres *ad lib. 8. Ordinamenti. pag. 307. in fine* Petr. Barbos. *in d. l. 1. p. 4. n. 64. & 65.* Duennas *regula 366. ampliatione 3.* Ceuall. *commun. contra commun. q. 575.* Surd. *cons. 330. n. 2. & de alimentis, tit. 1. q. 10. n. 15.* Mantic. *supra, d. lib. 12. tit. 16. n. 19.* vbi loquitur de filia non habente, vnde se alat, quam sicut pater tenetur alere, sic etiam dotare vsque ad eam quantitatem alimentorum, Bald. *in l. vlt. C. dotis promissione:* Alexand. *in l. 1. n. 18. ff. solut. matrim.*

Nam dos succedit loco alimentorum: Cald. Pereira *de potestate eligendi, cap. 13. n. 11. & de emptione, cap. 16. n. 45.* Barbos. *in cap. cùm haberet, de eo qui duxit in matrimonium n. 10.* neque ab hoc onere quomodo excusatur pater filiam incestuosam, etiam

etiam de redditibus beneficij: vt Abbas *in cap. pe nenit, n. 1. de arbitris*: vbi indistinctè tradit cum bona conscientia id facere posse: Bart. *in l. vlt. n. 7. ff. de his quibus vt indignis*: Couar. *supra, p. 2. cap. 8. §. 6. à principio, & num. 11.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 15. n. 42.* Gomes. *l. 49. Tauri, n. 37. & 44.* & Petr. Barbos. *d. p. 4. num. 133. vers. qua etiam ratione.*

Quamuis circa dotis præstationem, contrarium affirment Ludouicus à Sardis *in tract. de naturalibus liberis, cap. de obligat. inter patrem, & filium, n. 5.* & Alexand. *in l. 1. n. 16. ff. solut. matrim.*

Nihilominùs hoc restringitur ad quantitatem alimentorum: Mant. *supra, n. 19.* Rebell. *d. q. 4. n. 27. & 28.* vbi concludit esse dotandas per dotem commensurandam alimentis debitis; posséque patrem, si vir adhuc non reperiatur condignus, augere dotem quantùm patres similis conditionis filiabus naturalibus dare soleot, ne earum pudicitia patiatur detrimentum: Rebell. *d. lib. 5. q. 8. sect. 2. n. 6. vers. sit igitur.*

14 Quæritur decimò, quando pater dat, vel promittit dotem pro filia naturali tantùm, quæ ex bonis suis dotari potest, an intelligatur dotasse eam de bonis filiæ? Affirmat Bart. *in d. l. 1. num. 12. ff. solut. matrim.* & Bald. *in d. l. vlt. n. 6. vers. sed nunquid C. de dotis promissione*: & ita intelligitur *l. vxorem, ff. de legat. 3.* Mant. *de tacitis & ambig. lib. 12. tit. 19. n. 32.* vbi vult, quando filia naturalis non habet bona sufficientia, præsumi patrem etiam de suis bonis dare pro ea quantitate, quæ pro alimentis posset sufficere: ita Imol. *in d. l. 1. n. 8. ff. solut. matrim.*

Quòd si dicas patrem non teneri dotare filiam naturalem tantùm: dicendum est in dubio, præsumi illum dotare de bonis suis: *l. 1. §. accedit, C. de rei vxoria actione.* nisi pater dotem constituat, tanquam gerens negotium illius: in quo euentu non præsumitur pater dotare animo donandi, sed compensandi, seu repetendi, & ex consequentibus intelligitur dotare de bonis ipsius filiæ: vt colligitur *ex l. vxorem, §. pater naturalis, ff. de legat. 3.*

15 Quæritur vndecimò, an quando Auus tenetur dotare neptem, & pater soluit dotem pro nepte, censeatur soluisse de bonis Aui? Respondetur affirmatiue, quia quando quis aliquid gerit, quod alius tenetur agere, censetur facere tanquàm gestor negotij alieni: atqui vt supponimus in hoc casu Auus tenetur dotare neptem: ergo pater soluendo dotem, censetur negotium Aui gerere: *l. Nesennius, ff. de negot. gest.* & *ibi.* Bart. Vnde pater qui soluit pro Auo, potest repetere: Cynus *in l. alimenta, C. de negot. gest.*

16 Quæritur duodecimò, ex quibus bonis præsumatur pater dotare filiam, de bonisne suis proprijs, an de bonis filiæ? Respondetur, si pater est inops, & promisit dotē tam de bonis suis, quàm de bonis filiæ; præsumi dedisse dotē de bonis filiæ: vt probatur *ex l. final. C. de dotis promissione*, vt notant *ibi* Scribentes, Campegius *in tract. de dote p. 1. priuilegio 16. n. 2.* Socin. *in l. 1. n. 167. ff. solut. matrim.* Paris. *ibi, n. 113.* & Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 15. n. 28. vers. quartum afferri potest exemplum.*

Item si pater excessiuam dotem promittat, præsumitur de suis proprijs bonis promisisse considerato iure communi, si tot bona habeat, vnde possit soluere, Bald. Nouell. *in tractat. de dote part. 6. priuilegio 6.* Hieronymus Gabriel. *cons. 166. n. 11.*

De iure tamen Castellæ, *l. 1. tit. 2. lib. 5 noua recopil.* vbi certa summa pro dote constituitur, & excessus annullatur, dicendū est de bonis proprijs promisisse dotem filiæ secundùm legitimam filiæ debitam: excessum autem dotis promissæ, soluendum esse de bonis filiæ, quia de his promisisse præsumitur: vel dici potest dotem promissam, quoad excessum esse nullam, cum sit vltra taxam *in d. l. 1. tit. 2. lib. 5.* constituta.

Quin potiùs quamuis pater dicat se dotare filiam 17
de bonis suis, & de bonis filiæ; intelligitur dotare illam de bonis suis, non autem de bonis filiæ, nisi bona sua non sufficiant: tunc enim censebitur dotasse de bonis ipsius filiæ, id quod deest: nam quamuis copula, *Et*, secundum propriam naturam æqualiter diuidat; *l. Reos. §. cum in tabulis, ff. de duobus reis*, quando tamen ponitur copula inter personas, in quibus reperitur necessitatis ordo, intelligitur ordine successiuo, Glossa, & Scribentes, *in l. Gallus §. quam rectè, ff. de liber. & posthum.*

Confirmatur, quia pater tenetur dotem constituere filiæ: igitur si habeat dotem idoneam, seu substantiam; intelligitur priùs de illa dotem promittere: per *l. vlt. C. de dotis promissione*: sequitur Socin. sen. *in l. 1 num. 37. in fine, ff. solut. matrim.* atque ita quando facultates patris non sufficiunt, præsumitur dotasse de bonis ipsius filiæ, quia ratio necessitatis non obligat patrem, nisi pro modo facultatum. Quocirca quando pater dixit se daturum dotem de bonis suis, & filiæ; voluit dicere priùs de bonis suis, & illis exhaustis, de bonis ipsius filiæ: vt habetur expressè *in d. l. vlt. C. de dotis promissione*: & ita secundùm ordinem charitatis, creditur promisisse: ita Morchequus *de diuisione bonorum, lib. 2. cap. 17. ex num. 21. ad num. 25.* Mantic. *supra d. lib. 12. tit. 19. num. 8. & num. 5.*

Quæritur decimotertiò, quando pater promit- 18
tit dotem de bonis filiæ absolutè, aut de suis certam summam, & alteram summam de bonis filiæ? Respondetur nihil amplius teneri facere, nisi promissis satisfacere in specie: Cornens *in consil. 16. num. 4. lib. 3.* Menoch. *cons. 370. num. 32. & d. præsumpt. 15. ex num. 24* Morchequus *d. cap. 17. n. 23. & 24.* post alios *ibi* relatos, vbi magis communem vocat.

Similiter, quando pater administrat bona filiæ, 19
si promittat dotem de bonis suis, & de bonis filiæ, debet soluere ordine successiuo, eo ordine, quo promisit: ideò, si bona sufficiant propria, de illis tenetur soluere, & quod defuerit, supplere de bonis filiæ: *d. l. Gallus, §. 1.* Bald. Nouell. *d. part. 6. de dote, priuilegio 6.* Alciat. *in tractat. de præsumpt. regula 1. præsumpt. 26.* & Menoch. *eodem tit. lib 3. præsumpt. 15. n. 22. & 23.*

Secùs, si promittat pater dotare filiam de bonis 20
suis, nulla facta mentione de bonis filiæ: nam tunc, quamuis administret bona filiæ, præsumitur promisisse de bonis proprijs magis, quàm de bonis filiæ: ita Fulgos. *in d. l. Nesennius, ff. de negot. gest.* Roman. Alexand. & Iason. *in l. 1. ff. solut. matrim.* Probatur *ex d. l. vlt. C. de dotis promissione*, quæ loquitur de filia habente bona matris, quorum pater est legitimus administrator, dummodò facultates patris sint sufficientes ad soluendam dotem promissam: quòd si non sufficiant, quod deest supplendum est ex bonis ipsius filiæ, quia non obligatur pater nisi pro modo facultatum.

Obstat tamen, patrem simpliciter promisisse dotem absolutè: igitur de bonis suis totam dotem promisit: atque ita illi imputandum est; quamuis ad soluendam dotem totam eius facultates non suppetant, vt constat *ex d. l. vltima, in fine, C. de dotis promissione*, his verbis, ibi: *Imputandum est ei, qui nimium effuso sermone, in promptum sui incidit periculum.*

Vnde

Vnde cùm promiserit dotem vltra vires sui patrimonij, in suum promptum periculum veuit, & ob id vltra patrimonij vires tenetur supplere, quando promisit de bonis suis nulla facta mentione bonorum filiæ, quia ex facto & culpa sua id processit cùm potuerit apertiùs loqui, & consulere sibi ipsi, & suæ indemnitati: *l. qui bona fide, §. de illo, ff. de damno infecto, cap. damnum, de regul. iuris, lib. 6. l. quod quis, ff. eodem titulo.*

Nisi dicas patrem, qui simpliciter promisit certam quantitatem, non teneri vltra quam facere potest. Quia hoc intelligitur quatenus facultates illius patiuntur, ne ipse egeat, sed commodè viuere possit: *l. sicut, & sequent. ff. de re iudicata, & l. ex diuerso, ff. solut. matrim.*

Et sic in proposito casu, potest intelligi de suo dotem promisisse, pro modo facultatum, ne absurdum sequatur, promittere videlicet plusquàm erat obligatus ex officio paterno, contra *l. si stipulatus, ff. de vsuris.* siquidem non potest condemnari vltra eam summam, quam cómodè soluere potest. Nemo namque potest excedere terminos suæ potestatis, *Clementina pastoralis, vers. cum & si, in fine, de re iudicata:* Lapus *allegat. 91. n. 7. & 8.* & Curt. Iun. *in cons. 108. n. 32.*

Cæterùm, cùm *in d. l. vlt. C. de dotis promissione,* apertè dicatur patrem potuisse dotem pro viribus suæ substantiæ promittere; manifestè ostenditur, si certam quantitatem pater simpliciter promittat, vltra vires etiam teneri: alioqui in sui promptum periculum non incideret, vt dicitur *ibidem.*

Quare, cùm potuerit pro viribus suæ substantiæ absque vlla promissione cogi ad soluendum dotem, & dicatur *in d. l. vlt.* patrem teneri, non potest intelligi vt soluatur dos iuxta vires tantum patrimonij; sed vt absolutè ex patrimonio ipsius, dos promissa soluatur: eo quòd quando lex disponit patrem non teneri, vult, quòd pater inopia sit omninò detentus: vt colligitur *ex d. l. vers. vbi autem ex rebus.* Ex quibus deducitur, si ex substantia patris possit solui dos promissa, quamuis pater soluendo egeat, aut in paupertatem incidat, non tamen intelligitur de bonis filiæ dotem promisisse: Socin. Iun. *in d. l. vltima, n. 170.*

21 Contra verò quando administrator soluit dotem pro fœmina, cuius bona administrat, censetur soluisse non animo donandi, sed administrandi; & ex consequenti intentione repetendi: Bart. *in l. cum post, §. 1. n. 2. ff. de administrat. tutor. & curator.* Bald. *in d. l. vlt. col. 3. C. de dotis promissione:* iuuat Crauet. *in cons. 129. n. 3. lib. 1.* & Alex. *in cons. 100. dubio 3. lib. 2* dicentes, administratorem semper præsumi soluisse de bonis, quæ administrat, quando expedit negotium domini bonorum.

22 Quin etiam pater administrator filij, si aliquid expendat, præsumitur potiùs expendisse de bonis filij, quàm de proprijs: Iurisconsultus *in l. vlt. ff. de petit. hered.* Mochequus, *lib 2. de diuisione bonorum, cap. 17. num. 37.* argumento tutoris, vel curatoris dotantis pupillam vel adultam, qui ex bonis proprijs non censentur dotare, sed ea bonis pupillæ, seu adultæ, *l. cum post §. 1.* & *ibi* Bartol. *ff. de administrat. tutor.* Secus si pater, qui est curator filiæ emancipatæ dotem promittat: is enim quasi pater magis, quàm quasi curator dotem filiæ dedisse intelligitur, & ob id dicitur dos profectitia: *l. profectitia, §. vltim. ff. de iure dot.*

---

§. II.

Quibus in casibus pater excusetur à dotandis filiabus.

EPITOME.

EXhæredatio est priuatio hæreditatis: Bartol. *in l. 3. §. filius, n. 4. ff. de liberis, & posth.* Iason *in l. 1. n. 1. eodem titulo.* Vnde filius exhæredatus, non potest intelligi exclusus ab Emphyteusi, quæ iure hæreditario non defertur, cùm exhæredatio sit priuatio hæreditatis: Sanch. *de matrim. lib. 3. disp. 47. n. 6.* Spino *Glos. 20. n. 2.* Mantica *lib. 22. tit. 17. n. 16.* 23

Vnde filia, quæ potest exhæredari, potest priuari dote, videlicet, quæ contraxerit matrimonium cum consanguineo, & sic nulliter, quasi nupserit indigno: Bald. *in l. penult. C. de sponsal.* & Palac. *repet. capitis, per vestras, 3. notab. §. 7. à num. 4. fol. 200.* Petr. Barbos. *4. part. legis prima, num. 39. ff. solut. matrim.* quod intelligitur si interueniat copula, quasi peccauerit in corpus suum: fanet lex Lusitana *lib. 4. tit. 88.* & præterea incurret alias pœnas impositas contrahentibus incestas nuptias, quia prædictæ leges videntur punire affectum, & non effectum: *l. cum qui duas, C. de adulteriis, cap. nuper, de bigamis:* & in specie Peres *l. 1. tit. 1. lib. 5. Ordinamenti, pagin. 38. vers. est tamen dubium.* 24

Quid ergo si exhæredatio fiat de filia præ iracundia notabili, intercedente tamen causa iusta? Responsio sit, si tanta est iracundia, vt quid agat pater ferè non percipiat, non valere; nisi confirmetur ab eodem post transitum iracundiæ: Menoch. *de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 14. n. 21.* quia affectus calore iracundiæ præsumitur agere inconsultè, *l. quidquid calore, de regul. iuris,* vbi Decius, & 25

carere

carere intellectu censetur, Bald. *in cap. 1. §. si qui vero, in fine, de pace tenenda:* Tiraquel. *de pœnis legum, causa prima.*

26 Quæri potest, an pater ex quibus causis possit filias exhæredare, possit etiam dote priuare? Respondetur primò non posse exhæredare, nisi propter causas expressas *in Authent. vt cum de appellatione cognoscitur, §. aliud quoque, vers. causas, collat.* 8.

Respondetur secundò propter alias causas, *eodem* §. non expressas, posse eisdem filiabus dotem auferri, quæ satis erant ad hoc de iure antiquo, non tamen hodie sufficere.

Cæterùm, ex quibus causis filia potest exhæredari, ex eisdem dos negari potest regulariter: Bald. *in l. final. n. 11. C. de dotis promissione:* Alexand. *in l. 1. n. 32. ff. solut. matrim.* Iason in specie, *in Authent. sed si post, n. 2.* & alij, quos refert, ac sequitur Barbos. *4. p. legis primæ, ff. solut. matrim. n. 32. ad medium, vers. vnde pariter,* concludens filiam, ex quibus causis exhæredari potest, ex eisdem posse dote priuari, & alimenta ipsi denegari: Glos. *in l. si quis a liberis,* & *ibi,* Lara *§. idem Iudex,* vbi Bart. *de liber. agnoscend.* Couar. *in 4. 2. p. cap. 8. §. 6. in fine:* Rebell. *de Iust. lib. 2. q. 14. num. 32. fol. 297.* & Spin. *d. Glos. 20. num. 67.*

27 Quæres, quæ sint causæ ob quas possint filij exhæredari? Quatuordecim numerantur, *in d. §. causas, in Authent. vt cum de appellatione cognoscitur, ex §. aliud, vsque ad §. sine igitur, collatione* 8. Iul. Clar. *§. testamentum, q. 41. n. 1.*

Totidem habentur, *in l. 4. & duabus sequentibus, tit. 7 part. 6.* Molin. *de Iust. tom. 1. tract. 2. disp. 176.* vbi singulas refert, & explicat: sequitur Cardos. *in praxi Iudicum, verbo pater, n. 8.* Ordinat. Lusit. *l. 4. titulo* 88.

28 Ambigitur tamen, an possit pater ob alias causas similes, vel maiores expressis exhæredare filios? Iul. Clar. *supra n. 2.* affirmat, nimirum si filius fuerit proditor patriæ, vel reus læsæ maiestatis: Molin. *supra, vers. dubium deinde est,* Aloysius Ricc. *in collect. decis. collect.* 1221.

Sed contra, Ordinatio Lusitana, *lib. 4. tit.* 88. disponit, & repetit easdem tantùm causas, quæ habentur *in d. Authent. vt cum:* vbi præter ipsas, inquit, nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.

Hoc tamen non obstante communis est sententia posse filios exhæredari ob alias causas, quæ vel maiores sint expressis, aut etiam pares: vt notat Gomes. *variar. tom. 1. cap. 11. n. 12.* vbi ait ab hac opinione non esse recedendum: Couar. *in cap. Raynutius, in principio, n. 16. de test.* sequitur Ægid. Lusit. *l. 1. 1. p. §. 5. n. 7. de sacros. Eccles.* quibus accedit sapientissimus P. Ferdinand. Peres. nostræ societatis *in priuatis scholiis, in tract. de hæreditatibus, art. de quantitate, & de diuersitate.* vbi id tradit videlicet vltra illas quatuordecim causas ingratitudinis, posse filios per alias maiores, aut similes exhæredari.

Ratio germana, quia vbi est eadem ratio iuris, non est extensiò iuris, sed idem ius: *l. illud, ff. ad legem Aquil. l. illud, C. de sacros. Eccles. l. si postulauerit, §. 2. ff. ad legem Iul. de adulteriis:* quare vbi eadem ratio est, ibi dicitur esse eadem lex non extensiuè, sed comprehensiuè, *l. his solis, §. satis etiam cautè putamus, C. de reuocand. donat.* Surd. *dec.* 276. *numer.* 8. Gutier. *pract. lib. 3. quæst. 17. numer.* 84. & Gonsales *ad regul.* 8. Cancell. *§. 7. proœmial. n.* 105.

Hac autem in re ratio iuris non est, quòd sit in hoc, vel in illo crimine contra parentes ingratitudo, sed quòd sit ingratitudo sufficiens, & digna exhæredationis: & ita hæc est communis opinio.

Ad *Authentic. vt cum de appellat. cognos.* respondet Cuesta *3. p. §. & quid si tantum, n.* 175. Iustinianum noluisse excludere alias quascunque maiores, aut æquales causas, sed tantum illas, quæ per antiquiores leges designatæ erant, quòd iudicauerit eas esse minores, quàm ad exhæredandum sufficerent.

Numquid mater luxuriosè viuens possit exhæredare filiam meretricem, in dubium verti potest? 29
Nihilominùs non posse exhæredare tradit Barbos. *in l. viro, atque vxore, n. 16. ff. solut. matrim.* per legem *in arenam 11. C. de inofficioso testamento:* ibi, *nisi & ipse similis eo ac histrionis sit.* Ratio quia pari turpitudinis vitio est affecta; & ideo non potest punire filiam pœna exhæredationis: Bernard. diaz *regul.* 457. Molin. *d. disp.* 179. Gregor. Lopes *l. 5. tit. 7. part. 6.* quod intellige, nisi sit iam extra statum turpitudinis, & emendata: tunc enim poterit exhæredare, sicut quæcunque alia mater honestè viuens potest filiam suam sine consensu nubentem ante vigesimum quintum annum, exhæredare, quoad portionem duntaxat ex parte ipsius matris filiæ competentem: Rebell. *d. quæst. 14. a numer.* 30. Barbos. *in Remissionib. ad Ordinationem Regiam, libr. 4. tit. 88 §. 1.*

Porrò, Ægid. Lusitanus *in repetit. l. Titiæ, p. 3. n. 38. & 41.* & *de iure, & priuilegio honestatis, art. 7. n. 11.* & Cald. Pereira *in quæstionibus Forensibus, ad §. soror. n. 31. Institut. de inofficioso testam.* agentes de matre, quæ luxuriosè vixit, & postea pœnituit, & emendata est, volunt posse filiam meretricem exhæredare; artisque esse, quòd sit emendata tempore, quo fecit testamentum.

Pater autem luxuriosè viuens siue emendatus sit, siue non, filiam minorem viginti quinque annis, inhonestè viuentem potest exhæredare.

Quas verò pœnas incurrant filiæ nubentes clandestinè inconsulto patre de iure Castellæ? Respon- 30
sio deducitur, ex *l. 49. Tauri,* per hæc verba: *Præcipimus vt qui cum aliqua contraxerit matrimonium, quod Ecclesia clandestinum iudicauerit, ipso facto contrahens cum iis, qui interfuerint, & qui eiusmodi matrimonij testes fuerint, incurrant in amissionem omnium suorum bonorum, quæ applicentur ad nostrum Cubiculum, atque ab his nostris regnis exulent, nec redeant sub mortis pœna. Et vt hæc sit iusta causa propter quam pater, & mater, si velint, possint filias exhæredare, quæ huiusmodi matrimonium contraxerint quod nemo alius possit ad Iudicem deferre, & accusare præter patrem, aut matrem defuncto patre.*

An autem lex hæc potuerit fieri in hoc regno Castellæ? quamuis videatur prima facie fieri non posse à Principe circa matrimonium; affirmari tamen potest: quia quando lex non se intromittit super substantiam matrimonij, sed coadiuuat, declarat, & ampliat ipsum Ius Canonicum, ad maiorem eius obseruantiam in iis, quæ prohibentur, & ponuntur ab ipso iure Canonico, licitè, & iustè fieri possunt: ita Bart. *in l. edicimus, Cod. de murilegulis, libr.* 11. Bald. *in rubrica, extra de constitutionibus, ad finem,* & *in cap. tenor. ex re iudicata:* Palac. Rubeus *in capit. per vestras, fol. 89. col. 2. vers. has autem leges.* ideò Lex ista videtur iustissima, & seruanda, ad euitanda tot damna, quæ contingunt in seductionibus puellarum, quæ decipiuntur in nuptiis cum indignis faciendis.

Hodie etiam attento Concil. Trident. *sess. 24. de reformat. matrimonij, cap. 1. ex vers. verum, cum sancta Synodus:* graues contra contrahentes matrimo-

nia hæc, pœnæ imponuntur, nec non contra mediatores, & intercessores eorundem: Cenedus *ad decretales, collect.* 81. *ex num.* 1. Sanch. *de matrim. lib.* 3. *disputat.* 1. *& disputat.* 45. *cum seqq.* & Manent. *l.* 1. *Glossa* 3. *& Glossa* 4. *tit.* 1. *lib.* 5. *nouæ recopil.*

Quoad reliquas filias palàm, seu clam nubentes ante vigesimum quintum annum, siue contemptu patrum, siue nubant digno, siue indigno; diximus 1. *p. lib.* 2. *disp.* 4. *q.* 2. *n.* 293. 295. 296. *vsque ad num.* 308.

31 Quid dicendum de filio exhæredato propter ingratitudinem, si postea ingrediatur religionem, poteritne capere hæreditatem tanquam non exhæredatus? Non est dubium vitæ anteactæ dedecus, & infamiam deleri, & restitui bonam famam per professionem castam, hencque capacem iuris succedendi: ita Spin. *in speculo, Gloss.* 20. *n.* 64. *vers. cum difficultati.*

Nihilominùs, Franciscus Molina *de ritu nuptiarum, lib.* 3. *q.* 20. *n.* 13. quem sequitur Augustinus Barbos. *in cap. propter, de donat. n.* 10. opinantur ingratitudine remissa per patrem, adhuc filium esse inhabilem ad succedendum: quod etiam tenet Glos. *in Authent. de monachis, in principio*, non tolli scilicet ingratitudinem per ingressum religionis: sequitur ratione *Authent. non licet, C. de liberis præteritis*; per text. *in l. Deo nobis, C. de Episcopis, & Clericis*, §. 1. Sed magis placet, quod tollatur ingratitudo, secuta professione.

32 Vt autem exhæredatio, siue in testamento, siue extra, sit valida: debet fieri propter causam iustam, alias si non interueniat causa expressa in ipsa exhæredatione, non valet: ita Bartol. *in l. filio præterito, ff. de iniusto rupto.* idem Barthol. & Scribentes per text. ibi *in Authent. ex causa, C. de liberis præteritis*, Alexand. per textum, *in Authent. non licet, C. eodem titulo.* Item causa est exprimenda per patrem in testamento, vt sit valida exhæredatio, & hæres scriptus debet probare causam ingratitudinis: quin etiam quamuis testator locum, seu tempus commissæ ingratitudinis non exprimat, hæres tamen id probare tenetur: ita Alexand. *cons.* 203. *num.* 9. *vol.* 2. Iason *in Authent. non licet, n.* 110. *C. de liberis præteritis.* Adde, si testator plures causas ingratitudinis declaret, satis esse, quod hæres vnam tantùm legitimam probet, per textum, *in Authent. sine agitur.* Bald. *in d. Authent. non licet, in fine, C. de liberis præteritis*: & Mantic. *de coniecturata mente testatoris, lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 34.

33 Ambigi potest, an exhæredatio indicta contrahentibus clandestinè, incurratur ante Iudicis sententiam? Omissis hinc inde argumentis, dicendum est: vt exhæredatio plenum habeat effectum, necessariam esse Iudicis sententiam: nam pater volens exhæredare filiam, seu filium, debet causam exhæredationis probare: *Authent. non licet, C. de liberis præteritis*, & habetur, *in l.* 10. *tit.* 7. *part.* 6. Cùm ergo debeat probari coram Iudice, constat requiri Iudicis sententiam.

Nec sufficit patrem scire causam sufficientem exhæredandi: quia si ipse non probet causam, hæredes illo mortuo tenentur probare coram Iudice: atque ita non debet executioni mādari hæc pœna, donec coram Iudice probetur, & sententia feratur, cùm sit pœna grauissima: vnde non debetur ante Iudicis sententiam: D. Thom. 2. 2 *q* 62. *art.* 3. *ad tertium*, & Glos. *in cap. fraternitas, verbo cum augmento*, 12. *q.* 2.

34 Requiruntur tamen tres conditiones, vt filia sine consensu patris nubens exhæredetur. Prima si pater velit alioqui filiam clocare in matrimonio. Secunda, si velit eam dotare pro ratione sui patrimonij. Quæ duæ conditiones ex textu habentur, & requiruntur *in d.* §. *causas.* Tertia si pater velit filiam dare in matrimonium viro digno, & ipsa repugnante patre, nubat in aliàs digno, non potest ipsa exhæredari, ex *l. oratio, ff. de sponsalibus*, per quam declaratur lex Lusitana, in quo casu fit iniuria filiæ, dum traditur viro indigno, nec est filiæ imputandum, si in contemptu nuptias procuret sibi dignas. P. Rebell. *de instit. supradict.* 14. *q.* 14. *n.* 26. Vnde sicut non debet exhæredari filia sine consensu patris nubens, quando pater alioqui non vult filiam nuptui tradere, nec dotare prout decet; sic etiam quando pater vult illam dare viro indigno, & ipsa repugnante patre nubit digno.

Requiritur item, vt valeat exhæredatio filij quòd nominatim proprio nomine exhæredetur, per signum specificum, putà: Exhæredo filium meum Franciscum Ferdinandi. §. *nominatim, Institut. de exhæredatione liberorum*: posito nomine, & prænomine, siue agnomine, *l.* 1. *de liber. & posth.* §. *si quis in nomine, Instit. de legatis.* 35

Satis tamen erit, vt fiat exhæredatio, quando habet tria nomina, per illud, quo meliùs & aptius demonstretur persona exhæredari: quod si exhæredatio maneat anceps, esto in codicillis exhæredatio fieri nequeat, vt ostenditur *in l. non codicillum, C. de testam.* §. *penult. Instit. de codicillis* potest tamen declarari ambiguitas personæ in codicillis, Menchaca *de successionum creatione*, §. 20. *requisitorum, declaratione* 1.

Nihilominus valebit exhæredatio per expressionem nominis proprij, nec corruet ex eo quòd prænomen, vel cognomen non exprimatur: ex traditis per Gregor. Lopes iuncto textu *in l.* 3. *tit.* 7. *part.* 6. Iuuat *l. duo sunt Titij, de testamentaria tutela* ibi: *non deficit ius, sed probatio.* Quòd si pater habeat vnicum filium, si illum exhæredet, parum refert; si in exhæredatione illum suo nomine non vocauerit; nec oportet quòd nominet; cùm verificetur ex eo, quòd vnicum filium habeat: secus si plures habeat filios, tunc enim nullus censetur exhæredatus, quia exhæredatio est odiosa.

Denique ad exhæredandam filiam nubentem ante vigesimum quintum annum, sine consensu patris, satis est, quòd matrimonium sit ratum, nec requiritur, quod sit consummatū: ita Manuel Barbos. *in Remissionibus, ad ordinationē Regiam, lib.* 4. *tit.* 88. §. 1. *n.* 10. cum Petr. Barbos. & P. Rebello quos refert ac sequitur, ex eo, quia hoc verbum, *casar*, propriè de matrimonio rato verificatur, antequàm consummetur: vbi addit filiam impuberem nubentem per verba de præsenti, inconsulto patre, non posse exhæredari, quia ex defectu ætatis tale matrimonium resoluitur in sponsalia, quibus exhæredationis pœna non conuenit. 36

---

§. III.

Mater quando teneatur dotare filiam, & Auum dotare nepotem ex filia, vel ex filio, & quid de filiis, & hæredibus parentum.

EPITOME.

37 *Mater de iure Portugaliæ, & Castellæ, an teneatur filias dotare.*

38 *Mater, & ascendentes per lineam maternam, non tenentur dotare, nisi in subsidium.*

39 *Filius*

39 *Filius non tenetur dotare matrem, quamuis sit pauper, & iuuenis.*

40 *Si pater, & mater simul promittunt dotem filia, qualiter teneantur.*

41 *Si mater, vel Auus, qui non habet filiam in potestate promittentes dotem, ex quibus bonis censeantur promittere.*

42 *Si mater, vel extraneus promittat dotem excedentem substantiam fily, vel filia an teneantur supplere de suo, quod deest.*

43 *Mater, & Auia filium, aut nepotem, si domi alant censentur facere de suo: secus si sumptus faciant in bonis fily, aut nepotis.*

44 *Ascendentes per lineam paternam quando teneantur dotare nepotes ex filiis.*

45 *Haredes filiorum, aut filiarum quando teneantur dotare filias illorum, quorum sunt haredes, si legitima non sufficiant.*

46 *Fratres quando teneantur dotare sorores possessorum maioratuum.*

47 *Frater possessor maioratus, an teneatur fratres, & sorores pauperes alere, & dotare, & eorum filias aut filios, parentibus defunctis.*

48 *Fratres possessores maioratus non tenentur dotare sorores, nec fratres alere, si parentes habeant diuites, vel Auos.*

49 *Frater maioratus possessor vsque ad quantitatem alimentorum, teneatúrne dotare fratres, & sorores, legitimos, nec non naturales, & spurios. & an debeat dotem dare iterum?*

50 *Bona data à parentibus vel fratribus in dotem spuris, loco alimentorum; vtrum post mortem illorum reuertantur ad eos, qui dederunt.*

37 DVodecim quæ *in hoc* §. quæstiones continentur breuiter expedientur. Quoad primam, in mater teneatur in Regno Portugaliæ filias dotare; dicendum est contractum societatis omnium bonorum inter coniuges, obseruari regulariter: idcircò indistinctè ex bonis communibus dotes esse soluendas: atque ita non procedit regula *l. neque mater, C. de iure dotium*, neque regula *l. final. C. de dotis promissione*, nisi in hoc sensu, quòd solus vir potest conueniri, & cogi ad promittendum dotem filiabus: solutio tamen debet fieri ex bonis communibus ratione societatis vniuersalis contractæ, quæ fit in hoc regno, dum contrahitur matrimonium simpliciter per chartam medietatis, iuxta vulgatem Regni consuetudinem: Ordinatio Lusitana, *lib.4. tit.46. in principio, & §. 1. ibi, seram meeires.*

Idem procedit quando celebratur coniugium per dotem, & Arthas, addito pacto vt lucrata & acquisita durante matrimonio communicentur: tunc etiam ex quibuscunque lucris, & acquisitis possunt dotes constitui, etiam repugnante vxore, pro dimidia illius; quasi soluatur debitum dotandi, durante societate contractum: *l. omne as, ff. pro socio*, & in specie Anton. Gomes. *l. 53. Tauri, num. 24.*

Quinimò etiam secluso pacto in Portugalia considerata supradicta societate contracta per coniugium, per chartam medietatis, dos ex bonis communibus potest constitui, vt in specie tradit Greg. Lopes *l.6. tit. 10. p.5. Glos.1.* Ratio, quia ibi præsumitur pactum interpositum, cùm societas vniuersalis omnium bonorum contrahitur.

Secùs quando celebratur connubium per dotem, & Arthas: nam vt dictum est communicantur solum ex pacto lucra constante matrimonio acquisita, opera & industria, tam mariti, quàm vxoris, & reliqua, quæ accrescunt ex emptione, locatione, vel alia simili via ad lucrum ordinata: Valascus *de partitionibus, c.6. n.10.* Cald. Pereira *in l. si curatorem, verbo sua facultate.*

In Regno tamen Castellæ ex bonis lucratis constante matrimonio possunt dotes constitui, quamuis pro dimidia sint vxoris, vt disponit *l. 8. tit. 9. libr. 5. Ordinamenti*: etiam si hæc societas lucrorum non sit omnino vniuersalis, sed potiùs particularis, determinata nimirum quoad lucra tantùm.

Cæterùm cùm onus dotandi filias, ac debitum ex ipso matrimonio per se proficiscatur, & ipsa lucratorum bonorum communicatio ad idem debitum exsoluendum, per consensum saltem tacitum vtriusque coniugis, videatur tendere, ex bonis lucratis dotatio, & solutio illius fieri debet.

Imò quamuis solus maritus dotem pro filia communi promiserit, vt fieri posse tradit Gomes. *ad l. 50. Tauri, n.24.* si bona lucrata Castellani habeant, dimidium totius dotis ex eisdem bonis quæsitis, ab vxore erit exoluendum, quamuis maritus pro filia dotem promittat: Barbos. *4.p. legis 1. ff. solut. matr. num. 91.*

De quæsitis enim durante matrimonio dos soluta præsumitur, vt habetur *in l. 53. Tauri*, quæ in noua recopil. est *l. 8. tit. 9. lib. 5.* Morcheq. *de bonorum diuisione lib. 2. cap. 17. n. 1.*

Ambigitur tamen an possit mater sine consensu viri dotem promittere filiæ communi? Matienso *in l. 5. Glos. 6. n. 8.* & Spino *in suo speculo Glossa 10. n. 23. & 24.* ex eo videntur affirmare; cùm opinentur vxorem posse ad pias causas inconsulto marito donare: ergo dotare, cùm dos sit causa pia, vt habetur *in l. cum his, §. si in ea opinione sit mulier, ff. de condict. indebiti.*

Cæterùm cùm de iure, onus dotandi incumbat patri: *l. final. C. de dot. promission* & *l. qui liber. ff. de ritu nuptiarum, & l. 9. tit. 11. p. 4.* dicendum est non valere dotem promissam ab vxore, inconsulto marito: ita Azeued. *in l. 8. n. 1. & 2. tit. 9. lib. 5. noua recopil.* post Baeçam *cap. 11. de dotibus, n. 55.* Morcheq. *d. lib. 2. c. 17. n. 4.*

Quoad secundam quæstionem, quia de iure communi dotare filiam spectat ad patrem: vt *in d. l. final. C. de dotis promissione*, & *l. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum*: mater non tenetur dotare filiam, nisi ex rationabili causa, & in subsidium, *per d. l. neque mater, C. de dotis promissione*: sicut alimenta in subsidium tenetur ministrare, *l. si quis a liberis, §. 1. vers. igitur matrem, ff. de liberis agnosc. l. cognouimus, ad finem, C. de hæreticis, & manich.* Bart. *in l. 1. n. 12. ff. solut. matrim.* & *in Authent. res quæ n. 3.* & alij omnes communiter, *C. comm. de legat.* Boërius *dec. 129. n. 3. vers. sed vbi mater esset diues.* 38

Eodem modo Auus maternus non tenetur dotare neptem, sicut nec mater nisi in subsidium: Bald. Nouell. *in tract. de dot. p. 6. priuilegio 16.* & Ripa *in l. 1. n. 81. ff. solut. matrim.* Dicitur autem mater, & Auus maternus dotare filiam in subsidium, & neptem, quando nec pater, nec Auus paternus supersunt, vel quando neuter eorum habet facultates idoneas.

Intelligitur autem pater, vel Auus paternus, non posse dotem constituere, quando dote constituta nequeunt viuere salua dignitate: *l. nepos Proculo, ff. de verbor. significat.* idque explicat. Aret. *in cons. 17. n. 16. & sequentibus*, & Iason *in §. fuerat, n. 118. Instit. de actionibus.*

Filius tamen non tenetur matri constituere dotem, si vidua sit, quamuis sit iuuenis, & nullas habeat facultates: Bald. *in l. qui liberos, in fine, ff. de ritu nupt.* Alexander *in l. 1, numer. 20. ff. solut.* 39

matrim. & *ibi* Angel. *n.* 3. & Imol. *num.*7. & Roman. *n.* 12. Mantic. *de tacit.& ambig. lib.*12.*tit.*16. *n.*24. quamuis matri debeat alimenta: *l.*1.§.1.*ff. de tutel.* quia ex secundo matrimonio filius iniuria afficitur: Barbos. 4 *p. l.*1.*num.*136. *ad finem*, quem sequitur Rebell. 2 *p.lib.*5.*q.*4.*n.*51. ideo non debet filius cogi ad matrem dotandam.

40 Ad tertiam quæstionem, quando scilicet pater, & mater simul promittunt filiæ dotem qualiter teneantur? Baldus Nouel. *de dot. privileg.*3. *in fine:* opinatur matrem præsumi non promisisse animo donandi, sed intercedendi pro marito, vt patet *ex l. vir vxori*, §. *fin. ff. ad Velleianum*: nisi maritus apertè nequeat totam dotem promissam soluere, & id vxori constet: in quo euentu mulier pro sua parte voluit se obligare, & tenetur.

Quod si non existant bona lucrata constante matrimonio, & maritus, & vxor simul dotem promittant, in Regno Castellæ de bonis vtriusque æqualiter dos est soluenda, per *l.* 59. *Tauri*, per quam corrigitur *l. final. C. de dotis promissione*, secùs si ipse, vel ipsa certam partem dotis promisit: nam promissum à quolibet est soluendum: quòd si maritus tantum promisit, vxor ad nihilum tenetur: vt habetur *in d.l.*59. & *ibi* Gomes. *n.*4. & Morcheq. *d. cap.*17.*n.*9.

41 Ad quartam quæstionem quando mater, & Auus maternus, qui non habent filiam, vel neptem in potestate, an promittant dotem ex bonis filiæ? Responsio sit in dubio videri promittere de bonis filiæ, seu neptis, non verò de proprio patrimonio & substantia, cùm de necessitate non teneantur dotem constituere: ideò videntur potiùs de bonis illius, quàm de propriis dotare, vt habetur expressè *in l. cum post mortem*, *ff. de administrat. tutor.* & *in l. vxor.* § *pater naturalis*, *ff. de legatis* 3. & Gloss. expressa *in d. l. final. C. de dotis promission. in verbo intelligi*, & *ibi* Scribentes: idem dicendum de extraneo promittente dotem alicui puellæ, quando est eius administrator, *ex l. vnica*, §. *accedit*, *C. de rei vxor. actio.* Gomes. *in l. Tauri*, 53.*n.*23.

42 Si pater tamen, aut extraneus dotem promittat, quæ excedit patrimonium filiæ, matrem non habentem filiam in potestate, teneri excessum de suo patrimonio soluere, ratio naturalis coniunctionis, pietatis, & affectionis ostendit, quia videtur donare: ita Bald. Nouel. *in tract. dotis*, 6. *part. in* 3. *priuilegio*, nec non *in priuilegio* 45. Palat. Rob. *in cap. per vestras*, *fol.* 46. *col.* 2. *vers. ex istis*, *alias*.

Contra verò dicendum est de extraneo promittente dotem excedentem patrimonium puellæ, videlicet non teneri, etiam si puella pro qua promisit, non sit soluendo; quia in dubio præsumitur promisisse tanquam administrator, nisi probetur promisisse animo donandi; vel scienter, & dolosè, sciens & cognoscens substantiam patrimonij puellæ non sufficere; tunc enim ab extraneo excessus solui debet: vt habetur, *in d.l. cum post mortem*, §.1. & *ibi* Gloss. Ordinaria, Bart. Alber. & communiter Scribentes post Gomes. *supra*, *num.*24. *ff. de administr. tutor.*

43 Ad quintam quæstionem facilè respondetur matrem, & Auiam, si filios, aut nepotes domi alant, censeri facere de suo patrimonio: expensas autem factas pro bonis filiæ, aut nepotis, non præsumi fieri ex suo, sed ex bonis illorum, colligitur *ex l. alimenta*, *C de negot. gest.* quia maior est affectio matris ad filium, & nepotem, quàm ad eius bona: Rebell. 2.*p. lib.*17.*q. vnica n.*16. vbi addit matrem, si filium redimat ex captiuitate, ex suo præsumi redimere: *l. liber captus*, *C. de postliminio reuersis* nisi in contrarium graues præsumptiones inclinent.

Quod intelligitur, quando filij, seu nepotes bona propria non habeant: tunc enim parentes ad redimendum, ad alendum, & dotandum tenentur, & in defectum patris mater, & in defectum vtriusque, Auus, & Auia: Palat. Rub. *supra*, *rubrica de donat. inter virum*, & *vxorem*, §. 66. *num.* 17.

Ad sextam quæstionem, quando ascendentes per lineam paternam teneantur dotare neptes ex filio, dicendum est teneri ab Auo: *l. qui liberos*, & *ibi* Bald. *in vers. Auus autem paternus*, *ff. de ritu nuptiarum*; & *l. dotem dedit*, & *ibi* Bart. *ff. de collat. bonorum*, quod intelligitur incumbere illi hoc onus, si pater non possit ex suis facultatibus filias dotare, quia id magis est officium patris, quam Aui, per *d. l. vltimam*, ibi: *omnino paternum esse officium dotem pro sua dare progenie: Cod. de dotis promissione.* 44

Cùm ergo Auus teneatur neptes dotare propter filium, *d.l. dotem dedit*, *ff. de collat. bonorum*: priùs tenetur filius: quia propter quod vnum quodque tale, & illud magis. Vnde si filius est idoneus; Auus non tenetur: Bart. *in Authent. res quæ n.*12.*C. communia de legatis*, Salicet. *in l. si filius famil. in id*, *n.*3. *ff. ad Maced.*

Hæc tamen doctrina intelligitur, quando pater dotare commodè non potest: dicitur autem non posse commodè quando deducto ære alieno, & salua dignitate viuere non potest, *l. nepos proculo*, *ff. de verbor. significat.* Aret. *in cons.* 17. *à num.*16, *& seqq.*

Sed contra videtur dicendum, Auum scilicet maternum non teneri dotem constituere nepti, nisi inops sit: Glos. final. *verbo intelligis*, *C. de dotis promissione*, Campegius *de dote* 1.*p.q.*18. Iason *in Authent. res quæ n.* 32. *C. communia de legatis*, & *ibi* Curt. Iun. *n.*15. Alexand. *l.*1. *n.*19. *ff. solut. matr.* Guillel. *in cap. Raynut. verbo dotem*, *n.*68. Ergo Auus paternus tenetur dotare neptes diuites, quamuis habeant bona, vel patrem diuitem: nam onus dotandi proficiscitur à patria potestate: *l. qui liberos. ff. de ritu nuptiarum*, & notat Bald. *cons.* 323. *Materia n.* 1. *lib.* 3. Atqui Auus habet neptes de iure communi in potestate, non autem filius, *in principio*, *Instit. de patria potestate*, *l. sic eueniet. ff. de adulteriis*: ergo ad illum onus dotandi spectabit primo loco. Quod non potest procedere in Hispania, cùm in illa neptes non sint in potestate Aui: Petr. Barbos. 4.*p. legis primæ*, *n.*124.

Dicendum tamen est, quia neptes multis in locis non sunt in potestate Aui paterni, non teneri Auum eas dotare, nisi in subsidium, quando scilicet filius earum pater non est soluendo, vel neptes inopes sint, præsertim in Hispania, vbi neptes non sunt in potestate Aui.

Quòd si filius, pater illarum, relinquat hæredes, ipsi compellendi sunt ad dotandum filias defuncti, quia defunctum repræsentant: attamen si neptes sint inopes, & habeant matrem diuitem, & Auum paternum etiam diuitem, primo loco paternus Auus dotabit neptes; secundo autem mater, aut Auus maternus: vt tradit Petr. Barbos. *vbi supra*, *ex numer.* 113. quem sequitur Rebell. *supra lib.* 5. *quæst.* 4. *num.* 23. *vers. et plana conclusio*: & alter Barbos. post plures, quos ibi refert, ac sequitur *in remiss. ad ordinationem Regiam*, *l.* 4. *titul.* 99. §. 1. *numer* 20. vbi de Auo paterno loquitur dicens teneri dotare neptem, quando pater non habet vnde dotet, & *num.* 21. vbi ait teneri Auum maternum dotare neptem in subsidium; & *numer.* 22. concludit existentibus

Auo,

Auo paterno, & matre diuitibus, priùs cogendum eſſe paternum Auum, quàm maternum, & quam matrem ad dotandas neptes inopes.

Ad ſeptimam quæſtionem, de obligatione hæredum, circa dotandas filias eorum, quorum ſunt hæredes, dicendum eſt, illos debere dotare filias pro hæreditariis portionibus, quando teſtator iuſſerit ſimpliciter eas dotari: Corneus *conſ. 197. n. 15. cum ſeqq. lib.* 1. quod extenditur ad hæredes etiam extraneos, quoniam ex perſona hæredis non mutatur conditio obligationis: *l. 2. §. ex his, ff. de verbor. obligat.* non enim poteſt hæres extraneus à ſe remouere obligationem, quam defunctus non poterat: *l. poſtulante, in principio, ff. ad Trebel.* quod multò fortius procedit ob fauorem dotis, *l. ſi ego §. 1. ibi, ſed benignius eſt: ff. de iure dotium.*

Quinimò hæres etiam tenetur dotare, quamuis ſit minor viginti quinque annis, cùm ex perſona ſua non dotet, ſed ex perſona defuncti, cuius eſt hæres: ideò non dicitur donare: *l. rem legatam, ff. de adimendis legatis:* Ruin. *in conſ. 200. num. 4. lib. 1.*

Sed contra poteſt dici: pater compellitur filias dotare per ſolum Iudicis officium, vt colligitur ex *l. qui liberos, ibi: per Proconſules, Præſideſque prouinciarum. ff. de ritu nuptiarum*: ſed quando verba ad Iudicem referuntur nulla inducitur obligatio, ſed ſolùm excitatur Iudicis nobile officium: ergo iure obligationis pater non cogitur dotare filias, & ex conſequenti nulla datur obligatio, quæ tranſeat ad hæredes patris.

Quocircà hæredes non habent onus dotandi filias defuncti, vt in ſpecie volunt Bald. & Alexand. *l. ſi ſocer, in principio, ff. ſolut. matrim.* Accedit filiis alimenta per ſolum Iudicis officium deberi, *ex l. ſi quis à liberis, in principio*, & *ibi* Gloſſa, *verbo cognoſcet*, Bart. & Alberic. *ibid. ff. de liber. agnoſc.* & ob hoc ius alendi non tranſmittitur in hæredes patris, niſi quando ita egent, vt nullum omnino habeant ſubſidium vnde ſe alant, neque aſcendentes, vel fratres à quibus poſſent ali: Bart. *in d. l. ſi quis à liberis §. reſcriptum*, & Gomeſ. *l. 40. Tauri, num. 75. ad finem*: vbi addit, ſi mater miniſtraſſet alimenta prædictis filiis, poſſe repetere à filio maiori, actione negotiorum geſtorum, ſicut poſſet repetere à patre ſi viueret: vt tradunt Cynus, *in l. alimenta, C. de negot. geſt. q. final.* & Roderic. Soar. *in l. quoniam in prioribus, C. de inofficioſo teſtam. fol. 64. col. 3. verſ. ex quibus infertur.*

Verius tamen eſt obligationem dotandi in hæredes patris tranſmitti, vt in ſpecie vult Bart. *in l. ſicut, §. penult. quibus modis pignus vel hypotheca ſoluitur*: Curt. Senior *conſ. 27. num. 48.* Menoch. *conſ. 81. num. 1. lib. 1.* Laſa *l. ſi quis à liberis, §. non tantum, num. 56. ff. de liber. agnoſcend.* Baëca *in tract. de non meliorandis filiabus, cap. 2. num. 26.*

Ad contrariam partem reſponderi poteſt, officium Iudicis nullam præſupponere obligationem propriam, ſed quaſi obligationem: ita vt quod ſolo Iudicis officio debetur, quaſi æs alienum reputetur: atque ita ſatis eſt, quòd hæc quaſi obligatio ad hæredem tranſeat: *l. quod ſi minor, §. final. ff. de minoribus*: Alexand. *conſ. 169. num. 5. lib. 7.* Ruin *conſ. 131. n. 10. lib. 4.*

Ex quibus verius etiam eſt, obligationem alendi filios tranſire ad hæredes patris: Couar. *de ſponſal. 2. p. cap. 8. §. 6. num. 14.* Duennas *regula 377. num. 4.* Molin. *lib. 2. de primog. cap. 15. num. 43.* Item filiæ teſtatoris debent dotari ab hæredibus ſcriptis in teſtamento, quamuis ſint præteritæ, & nolint dicere de nullitate teſtamenti, ſed ſimpliciter dotem petant: Bald. *in l. vltima, num. 8. ff. ſolut. matrim.*

Quinimò neptes ex filia etiam illegitima quando aliter dotari non poſſunt, dotari debent ab hæredibus Aui eo modo, quo ipſe Auus tenebatur, Abbas *in conſ. 115. in principio lib. 2.* quamuis dos ipſa non debeat excedere quantitatem alimentorum, quæ filiæ ſpuriæ debentur: idem Abbas *d. conſ. 115. verſ. attamen dico*: quibus accedit Rebell. *2. p. lib. 5. q. 4. num. 7.* vbi concludit obligationem dotandi ad hæredes patris tranſire, teneri que eos filias defuncti dotare, ſi legitima non ſufficiat; ſicut etiam tenentur eiuſdem filiis alimenta miniſtrare, attenta qualitate perſonæ.

Ad octauam quæſtionem, quando fratres teneantur dotare ſorores. Dico in primis fratrem, qui poſſidet Maioratum, non ſolùm teneri fratres, aut ſorores legitimos alere, ſeu dotare ex fructibus maioratus, ſi ſint inopes, tam conſanguineos, quàm vterinos; ſed etiam naturales. text. *in Authent. licet, C. de naturalibus liberis*: Ripa *in l. 1. num. 35. ff. ſolut. matrim.* Gregor. Lopez *in l. 4. tit. 19. part. 4. Gloſſ. final.* quod intelligitur de dote, quæ ſuccedit loco alimentorum. Validum namque eſt argumentum de dote ad alimenta, & è conuerſo: Molin. *de primog. lib. 2. cap. 15. num. 62.* quia quoad alimenta attinet, nihil differt inter fratres, atque ſorores conſanguineas, vel vterinas, ſed vtrique ſunt neceſſariò præſtanda à fratre poſſeſſore Maioratus alimenta. 46

Secùs de dote excedente alimenta, vel de dote æſtimanda iuxta valorem legitimæ: tunc enim frater Maioratus poſſeſſor, non tenetur dotare ſororem vterinam, neque conſanguineam, neque vtrinque ſibi coniunctam: Iaſon *in Authent. res quæ*, per text. *ibi, C. communia de legatis*: Tiraquel. *in l. ſi vnquam, verbo ſuſceperit filios, n. 92. C. de reuocand. donat.* Molin. *d. cap. 15. n. 62.*

Barboſ. tamen aliter diſtinguit *4. p. legis primæ, num. 117. ff. ſolut. matrim* dicens fratrem vterinum duplici nomine conueniri poſſe, vel vt hæredem matris, vel vt fratrem vterinum. Si primo modo conueniatur, teneri ſororem alere, & dotare: ſi ſecundo modo, non teneri dotare, vel alere, quia id non conſtat ex iure: conſentit Rebell. *d. q. 4. n. 10. ad finem*: ſororem autem ſpuriam, aut fratrem ſpurium non teneri à poſſeſſore Maioratus ali: tradit Molin. vbi *ſuprà, n. 65.* quia *cap. cùm haberet*, hoc onus imponit duntaxat patri, non autem fratri, & ex conſequenti ad fratrem non extenditur obligatio, ſed ad Auum, vel Proauum, quandò pater ipſe non habet vnde filium poſſit alere.

Hæc autem obligatio fratris ad ſorores procedit, etiamſi frater non ſit hæres patris, modò diues ſit, & ſorores non habeant, vnde poſſint dotari: in quo euentu dos erit tantùm in ſubſidium, prout tradit Socin. iun. *in d. l. 1. num. 199. ff. ſolut. matrim.* Baëça *tract. de non meliorandis filiabus, cap. 12. n. 26.* Barboſ. *ſuprà, num. 125.* ſecùs de ſpuriis, niſi frater ſit hæres patris: Molin. *de primog. lib. 2. cap. 15. num. 66.*

Quando verò extiterint fratres, aut ſorores ex primo Maioratus inſtitutore deſcendentes, dicendum eſt, poſſeſſorem Maioratus teneri alere, & dotare huiuſmodi ſorores inopes, nec non omnes fratres, & ſorores ſibi ex parte Maioratus inſtitutoris attinentes, quamuis non ſint deſcendentes à primo inſtitutore: ita Molin. *d. lib. 2. cap. 15. n. 59.*

Quoad nonam quæſtionem, ex dictis ſoluitur, fratrem videlicet, quamuis teneatur alere ſorores

tam consanguineas, quàm vtrinque coniunctas, seu ex eodem patre natas, vt dictum est; non teneri tamen alere fratrum, aut sororum filios, aut filias, parentibus defunctis: Molin. *d. cap.* 15. *num.* 67.

Nec similiter frater tenetur sobrinas filias sororum dotare, quod hoc iure cautum non inuenitur, & in specie consuluit Alexand. *cons.* 66. *num.* 3. *lib.* 4. Syluan. *cons.* 2. *num.* 26. & probat Campegius *de dote* 1. *p. q.* 19. Imò nec alimenta præstare tenetur, quia etiam id iure cautum non est, vt post alios resoluit Costa *select. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 2. & Garcia *de expensis*, *cap.* 3. *num.* 35. post Angel. Ripam, & Imol. *l.* 1. *ff. solut. matrim.* quos ibi referens sequitur. Idem tenet Lara *in d. l. si quis à liberis*, *§. idem rescripsit*, *à num.* 108.

Nec refert dicere fratrem debere fratris, & sororis filios alere, cum eadem ferè ratio reperiatur, & fratrum nomine filij fratrum intelliguntur, *§. cùm filius*, *Instit. de hered. quæ ab intestato deferuntur*, *cap. quæritur* 22. *q.* 2. vbi soror dicitur, quæ filia fratris erat: Quia id nulla lege decisum reperitur, & leges naturæ iam euntes in transuersum degenerant à fratribus valde, ad fratrum filios: atque ita sobrinus non tenetur alere Auunculum, aut patruum: ita Lara *in d. §.* idem rescripsit, quia non reperitur hoc decretum iure: ita Barbos. 4. *p. legis* 1. *ff. solut. matrim. num.* 142. post alios, & Rebell. *d. lib.* 5. *q.* 4. *num.* 26. *vers. nona conclusio.*

Nec obest textus *in cap.* 1. *de cohabitatione Clericorum*, vbi incumbit sobrino clerico amitam suam alere: quia ibi hoc iubetur non quòd sit amita, sed quòd sit pauper, & clerici ex reditibus Ecclesiasticis tenentur pauperibus præsertim consanguineis subuenire, *cap. non satis* 14. *dist.* 86.

48 Quoad decimam quæstionem, constat fratrem Maioratus possessorem non teneri ministrare alimenta fratribus, vel sororibus habentibus patrem, vel saltem matrem, qui eis dem alimenta, vel dotem possint contribuere: quod intelligitur etiam, quando parentibus defunctis habent Auos, vel Proauos diuites, qui possint sub uenire.

Nam patri hoc onus incumbere certi iuris est, vt diximus. De matre colligitur apertè *ex d. l. si quis à liberis*, *§. vtrum*, *ff. de liber. agnoscend.* vbi onus alendi filios defuncto patre competit matri, vt ibi notat Bart. & communiter Scribentes.

Et quamuis frater teneatur fratribus, si egent, & sororibus dotes & alimenta constituere, *l. quo filium*, *ff. vbi pupill. educari debeant*; & notat ibi Bart. *in* 2. *lect.* tamen quando concurrit mater, & frater, onus alendi incumbit matri, non verò fratri, quoniam ius sanguinis maius est in matre, quàm in fratre: text. *in d. §. vtrum.*

Item quando solus frater extat, tunc tenetur, non vt hæres, sed vt frater. Quod intelligitur, quando esset ex eodem patre: igitur extante matre, aut Auis, & Proauis maternis, seu paternis; in ipsus, & non in fratrem, esto sit possessor Maioratus, onus alendi filios transfunditur: & in ipsum fratrem, in subsidium solum, eisdem deficientibus, transit: vt habetur etiam *in l.* 4. *tit.* 19. *part.* 4. Molin. *d. cap.* 15. *num.* 68. post Gomesium, *in d. l.* 40. *Tauri n.* 75. *vers. tamen quando concurrit mater.*

49 Quoad vndecimam quæstionem, an frater, qui est in possessione Maioratus, teneatur alere sorores legitimas, seu dotare; necnon & naturales pro qualitate alimentorum toties, quoties voluerint nubere? Pars affirmans ex eo placet, quòd frater dicitur tenetur fratres, seu sorores naturales, & à fortiori legitimas tam consanguineas, quàm vterinas alere: per text. & ibi Scribentes *in Authent. licet*, *C. de naturalibus liberis*: Bartol. *in d. l. si quis à liberis*, *§. vtrum*, *num.* 5. *ff. de liber. agnosc.* Gregor. Lopes *in l.* 18. *tit.* 16. *part.* 6. *in Gloss. verbo casar*: idem dicendum de possessore Maioratus.

Non tenebitur tamen frater nisi tantum semel dotare sororem: etiamsi forte casu dos amittatur: *l. si socius* 82. *vers. ceterum*, *ff. pro socio*: Boerius *decis.* 131. *num.* 7. Nec repugnat patrem tener plures filias dotare: per *Authent. quod locum*, *C. de collationib.* & per Bartol. *in l. si cum dotem*, *§.* 1. *n.* 2. & ibi, Alex. *num.* 6. *ff. solut. matrim.* quia hæc obligatio competit patri, non autem fratri, ex dispositione *legis*, *qui liberos*: dotare filias, quæ non intelligitur de vnica tantum vice: *l. veluti*, *§. hac vox*, *ff. de edendo.*

Secùs quando dispositio legis fundatur in sola æquitate, & procedit per regulas speciales, & extraordinarias, & in subsidium: nam tunc dispositio legis intelligitur de prima vice; cùm frater ex æquitate, & in subsidium duntaxat sorores dotet: Ripa *in l.* 2. *§. quod si in patris*, *num.* 15. & 16. *ff. solut. matrim.* Molin. *de primog. cap.* 16. *num.* 26. post plures *in principio*; quamuis in *vers. sed contrariam*, oppositum sequatur, nullam faciens distinctionem inter patrem, & fratrem. Nihilominùs salua pace tanti viri, alioqui doctissimi, oppositum est sequendum cum sapientissimo Bartola, 4. *part. l.* 1. *ff. solut. matrim. num.* 140. quem eo tacito sequitur Rebell. *d. lib.* 5. *q.* 4. *num.* 19. non teneri scilicet fratrem, nisi semel, sororem dotare.

Quoad duodecimam quæstionem, vtrùm dos data filiæ spuriæ ad hæredes ipsius transeat, an debeat cedere ad hæredes dotantis post mortem spuriæ? In primis dos data spuriæ non debet excedere quantitatem alimentorum; cùm loco illorum subrogetur: sic Boër. *decis.* 127. *num.* 2. Ruland. *cons.* 74. *num.* 40. *lib.* 1. Aretin. *l. final. num.* 1. *in fine*, *ff. de acquirend. hered.* ideò non valebit excessus alimentorum: Molin. *lib.* 2. *de primog. cap.* 15. *ex num.* 50. post alios; & Matiens. *l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Ordin. Glos.* 1. *num.* 33. Hæc autem dos spuriæ constituenda est iuxta facultates, & dignitatem parentum: ita Ponot. *cons* 115. *num.* 1. *lib.* 2. Decius *cons.* 61. *num.* 8. in quo euentu sequenda est patriæ consuetudo; dummodò tamen spuriæ non tribuatur tanta dos, quanta tribuitur legitimis filiis, sed multò minor. 50

Dicendum ergo est genero sciente vxorem esse spuriam, & accipiente dotem alimenta valdè excedentem, posse reuocari excessum constante matrimonio, secundùm dispositionem *Authentica*, *ex complexu*, *C. de incestis nuptiis*: quæ reddit incapacem bonorum paternorum spuriam, in excessu alimentorum; nec lex Ciuilis à iure Canonico est abrogata, nisi quatenus spuriis negabat congrua alimenta: quamobrem excessus dotis est ipso iure nullus, ac proinde ab hæredibus dotantis potest reuocari, quæ sententia est communis.

Vnde maritus etiam ignorans vxorem esse spuriam, tenetur restituere excessum dotis, prout vult Barbos. *supra num.* 78. *vers. contrariam tamen sententiam*, post Palatium *in cap. per vestras*, 3. *notabili*, *§.* 14. *n.* 3. Couar. *de sponsal.* 2. *p. cap.* 8. *§.* 6. *n.* 12. Gomes. *l.* 9. *Tauri*, *n.* 44.

Ratio, quia non præsumitur ignorare maritum dispositionem *d. Authentica*, *ex complexu*, *C. de incestis nuptiis.* Item quia ignorantia mariti non facit, vt valeat dos vltra quantitatem alimentorum, cùm spuria nequeat habere ex bonis patris vltra congrua alimenta, etiam consentientibus fratribus legitimis: Angel. *cons.* 223. *num.* 2. *in fine*: Alexand. *cons.* 129. *num.* 15. *lib.* 6. vt per Tellum, *l.* 10.

l. 10. *Tauri num.* 8. Rebell. *lib.* 5. *q.* 8. *sect.* 4. *n.* 17. vbi concludit dotem excedentem alimenta, non posse esse validam per bonam fidem mariti.

Hinc sequitur alimenta data in dotem filiæ spuriæ extingui defuncta spuria, nec ad hæredes transmitti: *l. cum hi*, §. *modus*, *ff. de transactionibus*, sed reuerti ad hæredes patris dotantis: ita Cald. Pereira *lib.* 1. *forensium*, *q.* 18. *num.* 17. vbi ait hanc opinionem esse seruandam apud Lusitanos nisi pater spuriæ dicat, quando dotem constituit, se velle vt dos loco alimentorum data, transeat ad nepotes; modò pater non habeat filios legitimos: Nam tunc nepotibus nihil dari potest: *l. final. ff. de his qui. vt indignis* & Decius *cons.* 62. *num.* 20. eo quod dos succedit loco alimentorum, ac proinde alimentorum assumit naturam, *l. si eum*, §. *qui iniuriarum*, *ff. si quis cautionem*. & ea consequenti, sicut alimenta morte filiæ extinguuntur, neque ad hæredes transeunt: *l. cum hi*, §. *modus autem*, *ff. de transactionibus*: sic etiam ipsa dos non transmittetur ad filios, vel hæredes, sed extinguetur morte illius: & ita reuertetur ad dotantem, vel ad eius hæredes: per ea quæ vult Bald. *cons.* 456. *vol.* 5. vbi docet legatum factum filio spurio pro alimentis, non transmitti ad hæredes spurij, quia non ratione proprietatis, in qua non valuit legatum, nec ratione alimentorum, quæ cum vita extinguntur: *d. l. cum hi*, §. *si vni*, *ff. de transactionibus*; & in specie Bald. *in l. tam quam col.* 10. *C. de fideicommissis*, quem sequitur Decius *in cons.* 311. *col.* 11. *in fine*. Roland. *cons.* 74. *num.* 51. *& sequent. lib.* 1. & Menoch. *cons.* 60. *num.* 29. *lib.* 1. Ergo nullo modo ad hæredes spuriæ.

Contraria tamen pars, quæ vult dotem datam spuriæ transmitti ad filios, vel hæredes filiæ, & non redire ad patrem dotantem, nec ad hæredes illius, multis placet nec sine fundamento; ex eo quia, sicut pater potest relinquere suo spurio pro alimentis: ita etiam poterit relinquere filiæ spuriæ pro dote: Bart. *in Authent. ex complexu*, *& in l. final. col.* 11. *vers. idem dico in dote*: subdens se de facto ita respondisse: cùm ergo pater teneatur dotare filiam spuriam, vt dictum est; quando de facto dotat, censetur velle dotare iuxta naturam reliquarum dotium, & secundùm materiam subiectam.

Quæ dispositio cum sit generalis est accipienda secundùm naturam rei, de qua loquitur dispositio *l. si stipulatus ff. de vsuris*, quod procedit etiam in materia stricti iuris: Bald. *in l. final. ff. commun. diuidundo*, & in specie *cons.* 456. *Recolo*, *num.* 9. *lib.* 5. eò quia dos semel fuit separata, & diuisa à bonis patris, & tradita spuriæ, vt proprium patrimonium: *l.* 3. §. *sed vtrum*, *ff. de minor.* igitur defuncta spuria non debet dos reuerti ad patrimonium patris.

Item quia dos constituta filiæ spuriæ, constituitur non solùm pro alimentis ipsius, sed etiam pro substantia filiorum futurorum ex illo matrimonio. Ex quo negat Vincent. de Franch. *decis.* 183. *à n.* 10. *in* 2. *p.* dotem spuriæ succedere loco alimentorum, sed semper remanere in sua natura: quare defuncta spuria alimenta filiis negari non debet: sequitur Roland. *d. cons.* 74. *ex num.* 60. ex Molin. *de Iust. tom.* 1. *tract.* 2. *disp.* 168. §. *in dotem*: vbi vult quantitatem spuriæ datam, posse illam, seu generum alienare, tam in vita quàm per mortem, neque teneri illam relinquere hæredibus dotantis: ex ea ratione, quia id fuit marito datum ad competentem alimentorum sustentationem, tam vxoris, quam sobolis futuræ: tum vel maximè, quia quantitas dotis data fuit filiæ, quasi æstimata absque vlla obligatione.

Si quid autem vltra competentem dotem, & sustentationem traditur, restituendum est, etiam antequàm petatur à marito, & vxore, quasi sit ipso iure nullum. Quod debet fieri in foro conscientiæ: ita Molin. *supra*.

Cæterum P. Sà *verbo filius*, *num.* 40. tradit spurium relicta à patre, posse retinere vsque ad condemnationem Iudicis: ergo etiam data in dotem vltra congrua alimenta. Bartol. verò, & alij apud Couar. 2. *p. Epitome*, *cap.* 8. §. 6. *num.* 11. tradunt excessum non esse restituendum, constante matrimonio: sed eo dissoluto, quod non placet; quando ex filia Clerici in Sacris, vel ex spuria coniugati soboles superstes manet: tunc hæredes Clerici id possunt repetere, quando ea spuria defuncta, non manet proles legitima.

Secùs si maneat, quia tunc cederet in iniuriam mariti, si soboles superstes priuaretur bonis datis, vxore mortua in matrimonio; præsertim quia hoc nunquam vidi esse in vsu in hac regione, & prouincia Interamnensi, vbi non desunt spuriæ ex Clericis in Sacris, in matrimonium datæ maritis nobilibus, ex quibus soboles legitima remanet; & nunquam percepi post mortem earum redijsse dotalia ad hæredes prædictorum Clericorum.

Quinimò mariti, vel eius hæredes, celebrato matrimonio secundùm Regni consuetudinem, legésque nostrates, *lib.* 4. *tit.* 95. § 4. *per chartam medietatem*, medietatem bonorum vxoris consequuntur, etiam quando nulli supersunt filij.

Nihilominus quidquid sit de Iure nostro; de Iure communi non est recedendum à communissima opinione, quæ tradit dotem spuriæ subrogari loco alimentorum: ideò non transmitti ad filios, & hæredes spuriæ, sed censeri extinctam, & sic reuerti ad patrem spuriæ, vel ad eius hæredes: cùm spuria sit incapax bonorum paternorum: *d. Authent. ex complexu*. & tantùm sit capax alimentorum, vt habetur *in cap. cùm haberet*, *in fine*, *de eo qui duxit in matrim.* atque ita dos penes spuriam debet manere, nec transmitti potest: *l.* 4. *ff. de alimentis*, *& cibariis legatis*.

Neque ex hoc sequitur, filios spuriæ priuari alimentis, si dos per mortem illius debeat restitui: quia in primis nepotes possunt cogere Auum, vt illis egentibus congrua alimenta præstentur; & pater eorum tenetur illos alere: *l. vnica*, §. *taceat*, *vers. sileat*, *C. de rei vxor. action.* Barbos. 4. *par. l.* 1. *solut. matrim. num.* 71. Rebell. *d. quæst.* 8. *num.* 17. *&* 18. cum per mortem spuriæ dos, vt alimenta expirauerit.

Extra verò causam dotis præter alimenta supradicta, si quid vel relinquant, vel tribuant partes descendentibus spuriis, peccant mortaliter, tam dantes, quam accipientes, si quantitas donata sit notabilis, & manent obnoxij restitutioni in foro conscientiæ, cùm sint incapaces ad accipiendum, & dominium retinendum: vt vult Bartol. *in l. vltima ff. de his quibus vt indignis*, *num.* 8. & alij quos sequitur Gomes. *ad l.* 9. *Tauri*, *num.* 21. *&* 33. Couar. *in epitome*, *part.* 2. *cap.* 8. §. 5. *num.* 3. *&* 8. Iul. Clar. §. *testamentum*, *quæst.* 31. Et est communis: restitutióque facienda est dantì, nulla expectata sententia: quòd si defunctus sit; hæredibus illius, vel ex testamento, vel si non testetur, ab intestato succedentibus.

Si autem intra duos menses hæredes excessum datum non petant, fiscus potest illum sibi exigere: argumento text. *l.* 1. §. *vltimo*, *C. de naturalibus liberis*. Couar. *d. num.* 3.

Nihilominùs his adde nepotes ex legitimo matrimonio

trimonio , poſſe inſtitui ab Auo Clerico in teſtamento, vt poſt multos tenet Gama *deciſ.* 136. Non tamen poſſunt nepotes ſuccedere Auis ab inteſtato , etiam quando Aui legitima prole carent ; per Gloſ. cum text. *in l. final. C. de naturalib. lib.* Gama, & alij *ſupra num.* 4.

---

§. IV.

Quid dicendum de contractu celebrato apud Luſitanos , per chartam medietatis , & de contractu per dotem , & Arrhas.

EPITOME.

51 *In Luſitania contractus matrimony celebratur, ſecundùm conſuetudinem Regni regulariter , & quid in Regno Caſtella.*

52 *Exteri contrahentes matrimonium in Luſitania an cenſeantur contrahere tanquam Luſitani.*

53 *Exterus contrahens matrimonium in Luſitania, ſine animo reſidendi quomodo cenſeatur contrahere.*

54 *Communicatio omnium bonorum inter coniuges non datur in hoc Regno niſi poſt copulam , nec ſufficit copula pracedens, & quid ſi per culpam alterius non detur copula.*

55 *An copula per vim habita intra tempus datum ſponſa à iure ad ingrediendum in religionem, ſufficiat ad communicanda bona.*

56 *Acquiſita ex donatione , vel ex ſucceſſione conſtante matrimonio quando communicentur , & an legata debeant communicari.*

57 *Donata à Rege militibus , & bona caſtrenſia an ſint communicanda.*

58 *Matrimonio ſimpliciter contracto an detur communicatio reſpectu acquiſitorum.*

59 *Vxor putatiua in bonis,& in eorum lucris, an communicet cum marito.*

60 *Vtrùm contrahentes per chartam medietatis debeant ſoluere ex bonis communibus debita contracta ante matrimonium , & quid de expenſis factis illicitè.*

61 *Contrahentes mala fide propter impedimentum an habeant communicationem in bonis , quando neuter habet bonam fidem , & quid ſi alter habeat , & quid de filiis natis ex eo matrimonio ?*

62 *Coniux mala fidei , impedimenti non ignarus , an teneatur reſtituere à coniuge bona fidei accepta ?*

63 *In matrimonio, de iure communi , quidquid acquiritur ex propria induſtria , an ſit communicandum ?*

64 *Donationes remuneratoria an ſint communicanda , ſiue fiant propter opera , qua inducunt onus iuſtitia , ſiue propter ſolam gratitudinem ?*

65 *Arrha de iure Luſitano , & Caſtellano , in quanta quantitate promitti poſſint.*

66 *Arrha propter quid ſoleant promitti , & an debeantur quando dos integra non ſoluitur ?*

67 *In matrimonio per dotem , & Arrhas , an liceat vtrique coniugi non inire contractum ſocietatis quoad lucra , quidquid ſit de Iure Luſitano , & Caſtellano ?*

68 *In matrimonio per dotem , & Arrhas , qua bona ſint communia , & quando incipiat communicatio ?*

69 *Matrimonio ſoluto culpa mariti , poſtea per eum quaſita debent communicari cum vxore , non autem è contra. Quaſita tamen conſtante matrimonio maritus acquirit pro dimidio.*

70 *Arrharum donatio facta vxori putatiua an valeat , & an poſſit fieri per minorem ſine decreto Iudicis ?*

71 *Arrharum donatio an valeat vltra taxam facta quoad exceſſum.*

72 *Arrha an debeantur integra, habita fide de dote ſoluenda ?*

73 *Arrha poſt contractum matrimonium , & poſt conſummationem ; an poſſint conſtitui apud Caſtellanos , & Luſitanos ?*

74 *Maritus ſi fuit in mora recipiendi dotem tenetur eius hæres Arrhas perſoluere , & habetur dos pro tradita , & quando dicatur maritus eſſe in mora ?*

QVæſtiones viginti , *in hoc* §. excutiuntur: 15
quarum Prima ſic habet; quomodò cenſeatur celebrari contractus matrimonij in Luſitania, quo- ad communicationem bonorum ? Conſtat ſolutio ex Ordinatione Regia , *lib. 4. tit. 46. in principio* : per hæc verba : *todos os cazamentos feitos em nossos Reinos , è ſenhorios, ſe entendem ſerem feitos per charta da metade. Saluo quando entre as partes outra couſa for acordada.*

Celebratur ergo per chartam medietatis communiter matrimonium , niſi aliud inter ſe conueniant coniuges , & de reſtitutione dotis poſſunt, vt voluerint , paciſci : iuxta *l. ex morte in fine , C. de pact. conuent.* Roland. *de lucro dotis , quaſt.* 28. *num.* 2. Barboſ. *p.* 2. *rubric. ff. ſolut. matrim. num.* 1 c c. Valaſc. *conſult.* c 38. *vir quidam Luſitanus , num.* 3. Rebell. *de obligat. iuſtitia , p.* 2. *lib.* 6. *quaſt.* 1. *num.* c. & 2. vbi ait: omnia bona fieri communia tam præſentia , quàm futura per matrimonium conſummatum , iuxta conſuetudinem Regni : proinde ſoluto matrimonio bona ſecundùm æquas portiones ſunt diuidenda etiam poſtea acquiſita inter vtrumque coniugem , aut eius hæredes.

Non eſt tamen vera , & propria hæc ſocietas : itavt gaudeat priuilegiis omnibus ſocietatis omnium bonorum: Garcia *de expenſis , cap.* 13. *num.* 14. & *in tract. de coniugali acqueſtu , num.* 30. Valaſc. *de partitionib. cap.* 5. *in principio , cum numeris ſeqq.* & Barboſ. *in Remiſſionib. ad Ordinationem Regiam , d. lib.* 4. *tit.* 46. *num.* 2.

Porrò in Regno Caſtellæ per matrimonium non communicantur bona inter coniuges , quia contrahunt in forma iuris communis , deducendo dotem ſuam : *vt in titulo , ff. ſolut. matrim. l. ſi ab hoſtibus , tit. eodem , l. dos à patre , C. eodem , iuncto capito* 1. *de donat. inter virum , & vxorem* : & inſuper detrahendo medietatem lucrorum ſecundùm conſuetudinem illius Regni , quæ reducta eſt ad *legem* 1. *tit. de las ganancias , lib.* 3. *fori* : de qua optimè agit Roderic. Soar. *in praxi.*

Secùs in Luſitania , vbi mutua ſocietas videtur quaſi contracta , ac proinde ſeparato ex cauſa matrimonio , etiam quoad thorum auctoritate Eccleſiæ , pro dimidia parte diuidi debent omnia bona inter vtrumque. Petr. Barboſ. *d. p.* 1. *rubrica , num.* 48. & 61.

In Caſtellæ autem Regno, matrimonio ex cauſa licita ſeparato, dos eſt reſtituenda vxori : vt per Segur. *in l. vnum ex familia, §. ſi fundum , num.* 59. *ff. de legat.*

legat. 2. Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 6. §. 8. num.* 16. Gutier. *Canon. lib. 1. cap. 24. num.* 14. & *de Iurament. confirmat. p. 1. cap. 1. num.* 61. requiritur tamen, vt per maritum restituatur vxori dos, quòd ipsa per sententiam Iudicis Ecclesiastici sit ab eo separata: vt per Bald. Nouel. *de dote speciali* 11. *n.* 7 Barbos. *d. p. 2. rubrica n.* 41. sed de hoc § *sequenti.*

52 Quæstio secunda, an exteri contrahentes in Lusitania matrimonium simpliciter, censeantur contrahere per chartam medietatis, vt Lusitani? Cabed. 1. *p. decis.* 165. *num.* 2. ait exteros etiam milites, qui viuunt legibus Castellæ, neque habent animum acquirendi domicilium in Lusitania, non videri contrahere matrimonium, nisi secundùm leges Castellæ, nisi aliud exprimatur in contractu, & in scriptura dotali: sequitur Valasc. *consult.* 138. *num.* 9. & *num.* 13. Ratio, quia contrahens extra Regnum suum videtur contrahere veluti forensis, & aduena statim recessurus: vt in specie vult Riminald. *cons.* 30. *vol.* 1. Alciat. *respons.* 55. & Roland. *de lucro dotis, q.* 13. *n.* 5.

Nec refert si dicas exteros posse fieri vicinos nostri Regni, per tempus à lege Lusitana præfixum: *lib. 2. Ordinationis tit.* 56. §. 1. & 2. nec non Cabed. 2. *p. decis.* 117. *num.* 12. Quia id intelligitur si non habent animum mutandi domicilium: quòd si habeant hunc animum semper censebuntur contraxisse matrimonium secundùm leges Regni proprij: & ita fuisse iudicatum refert Cabed. *d. decis.* 165. *num.* 4. *ad finem.* nam domicilium est habitatio animi destinatione perpetua: Menoch. *de arbitrar. casu* 86. *à num.* 6. & *lib.* 6. *de præsumpt. q.* 42. *num.* 2. Cenual. *commun. contra commun. q.* 604. *à n.* 54. Sanch. *de matrim. lib.* 3. *disp.* 23. *à principio.*

53 Hinc deducitur, exteros apud Lusitanos contrahentes, quando aliud non exprimitur, censeri contrahere matrimonium iuxta leges sui Regni; nec censeri Ciues illius ciuitatis in qua domicilium non habent: *l. pupillus, §. incola*, & *ibi* Glossa, *ff. de verbor. significat.* Ioan. de Platea *in l. est verum, n.* 5. *C. de incolis.* Et quamuis ibi habeant bona immobilia non propterea dicuntur incolæ, nec moratores, cùm non habeant domicilium ad effectum, vt præsumatur matrimonium fuisse contractum secundùm leges, & consuetudinem nostri Regni. Iuuant tradita per Cabed. *p.* 2. *decis.* 117. *num.* 11. nec contrahitur domicilium per mille annos, quando quis habet animum recedendi: *l. nostra d. lib.* 2. *tit.* 56. §. 2. *verbo continuadamente.*

Sequitur inde Lusitanum vxorem ducentem in Regno Castellæ, nulla facta Scriptura de dote reddenda, soluto matrimonio omnia bona, & lucra quæsita, esse ex æquo diuidenda inter filios, & coniugem superstitem: si quidem Lusitanus præsumitur contraxisse secundùm consuetudinem sui Regni: per text. expressum *in l. exigere dotem, ff. de iudiciis*: vbi habetur pro repetenda dote mulieris standum esse consuetudini, vel legi domicilij mariti, prout volunt *ibi* Bald. Fulgos. Paul. & alij, & Alexand. *cons.* 155. *num.* 2. *lib.* 7 & Socin. iun. *cons.* 14 *per totum, vol.* 1. accedit, maritum extra Regnum contrahentem matrimonium, contraxisse vt aduenam statim rediturum ad propriam patriam, vbi soluto matrimonio bona sunt diuidenda, secundùm consuetudinem Regni.

Nec obstat Castellanam mulierem præsumi contraxisse, secundùm consuetudinem Castellæ: quia in contractibus non statur cogitationi vnius, ex contrahentibus; cùm sit actus duorum: *l.* 1. *ff. de pactis*: atque ita considerandum est, quid ambo senserint, aut quid sensisse censeantur, & in eo vtrumque consensisse, vt seruetur circa dotem statutum domicilij mariti, cùm vir sit caput vxoris: vt *in cap. si quis acceperit,* 33. *q.* 1. & quamuis contractus matrimonij initus sit in Regno Castellæ, censetur fœmina contraxisse, vt aduena: nam matrimonium censetur celebratum regulariter, iuxta consuetudinem Regni mariti: *d. l. exigere*, & *ibi* Bartol. *ff. de iudiciis.* Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 7. in principio, num.* 6. Gomes. *in l.* 50. *Tauri, num.* 50. Valasc. *consult.* 138. *ex num.* 14. *vsque ad* 29. & Cabed *d. decis.* 165. *n.* 3. *p.* 1.

Quæstio tertia quando detur communicatio omnium bonorum, per matrimonium simpliciter contractum in hoc Regno? Constat dari per copulam maritalem, ex Ordinatione, *lib.* 4. *tit.* 46. Barbos. *d. p.* 2. *rubrica, ff. solut. matrim. num.* 110. Rebel. *d. lib.* 6. *q.* 1. *num.* 2. 54

Vnde non datur communicatio per copulam fornicariam ante matrimonium: vt ex Costa probat Barbos. *vbi proximè*: Cald. Pereira *in quæst. forensibus lib.* 1. *q.* 17. *num.* 11. contra Gamam *decis.* 124. *num.* 1. affirmantem per traductionem vxoris ad domum mariti, dari communicationem omnium bonorum, quamuis non detur copula, quod non est tenendum. Quare mortua vxore ante copulam, nulla datur communicatio, vt habetur expressè *in lege nostra, d. lib.* 4. *tit.* 46. *num.* 1. idem Barbos. ex Costa, 3. *p. rubrica, ff. solut. matrim. d. num.* 110. eò quia traductio ad domum mariti, non induit rationem copulæ, quam lex nostra exigit conditionaliter ad effectum communicandi bona: ideò si huic conditioni non sit formaliter satisfactum, non est locus prædictæ Ordinationi, vt ferè in specie deducitur ex traditis per Baldum *in l. vlt. in fine, post principium, C. de bon. quæ liber.*

His tamen videntur obstare, quæ tradit Sanch. *lib.* 1. *de matrim. disp.* 1. *num.* 3. dicens, satis esse ad communicationem, matrimonium celebrari per verba de præsenti, quamuis copula sequuta non sit, quia nuptias non facit copula, sed consensus; quibus respondet Barbos. *in Remissionib. ad legem Regiam, d. l.* 4. *tit.* 46. § 1. *num.* 5. dicens, si lex Lusitana *ibi* non exprimeret ad præfatam bonorum communicationem necessariam esse copulam; contrarium dicendum esse: per ea, quæ tradit P. Sanch. *d. disp.* 1. *num.* 1. & 5.

An verò detur communicatio inter coniuges, quando per culpam vxoris steterit quòd ipsa non fuerit cognita? Commonis resolutio est tum quoad effectum communicandi bona, tum quoad alios effectus in eius præiudicium fœminam habendam pro cognita, quantumcunque lex Lusitana conditionaliter copulam exigat: ita Paul. *cons.* 154. *in fine, lib.* 1. Alexand. *cons.* 129. *num.* 2 *lib.* 7. secus si culpa careat.

Contra verò si per maritum steterit quominùs copula interueniret, nulla dabitur communicatio cum viro, si intersit mulieris non fieri communicationem. Si autem interfuerit vxoris factam fuisse communicationem, in eo euentu in præiudicium mariti censebitur matrimonium, & iudicabitur quasi copula consummatum: *argumento Authentica, sed quæ nihil, C. de pactis*, Petr. Barbos. vbi *suprà, num.* 11 *ad finem*, & *in l.* 2. *in principio, p.* 1. *num.* 153. *ff. solut. matrim.* Valasc *consult.* 137. *num.* 8. quamuis P. Rebell. *de Iust. p.* 2. *lib.* 6. *q.* 1. *num.* 3. non admittat hanc distinctionem; dicens indistinctè exigi in hoc casu copulam, tanquàm necessariam conditionem ad communicationem bonorum: sed magis placet distinctio, qua vtitur Petr. Barbos. vbi *supra, num.* 11. *ad finem.* & alter Barbos. *in Remissionib. ad lib.* 4. *d. tit.* 46. §. 1. *n.* 7.

Quæstio quarta, an copula per vim habita impediat sponsam de præsenti, ne intra tempus bimestre 55

datum

datum ad deliberandum de religionis ingressu, confugiat ad religionem, & sit sufficiens ad communicationem bonorum? Prius quàm fiat satis quæstioni: quidam opinantur per hanc copulam, consummari matrimonium; & fieri indissolubile omninò, quia per illam fiunt coniuges vna caro: item quia vir sponte consummauit: ergo ex parte viri matrimonium est indissolubile: ita Victor. *in sum. matrimonij*, *num.* 255. Henriq. *lib.* 11. *eodem titulo*, *cap.* 8. *num.* 10. Petrus de Ledesma *eodem verbo*, *q.* 61. *art* 1. *fol.* 583 Lopes 2. *p. Instructorij*, *cap.* 54. *fol.* 1167. Manuel, *tom.* 1. *summæ in* 2. *edit. cap.* 239. *num.* 2. Sanch. *lib.* 2. *de matrim. disp.* 22. *num.* 4. post alios quos *ibi* referens sequitur, & ex consequenti asserentes sponsam vi cognitam, non posse ingredi religionem.

Contraria sententia, posse adhuc intra bimestre non obstante copula ingredi religionem, placet Henrico, *in cap. final. num.* 4. *de sponsa duorum*, Armillæ, *verbo diuortium*, *num.* 6. Sequitur vt probabilem hanc partem Palud. *in* 4. *dist.* 27. *q.* 3. *art.* 2. *concl.* 1. *num.* 10. & tanquam certam tradit Ioan. Andreas *de regul. iuris c. qua contra ius*, *in* 6. vbi vult copulam debere esse de consensu vtriusque sponsi: quod etiam clarè volunt Abbas *in cap.* 2. *de conuersione coniugatorum*, *in fine*; & Syluestr. *verbo diuortium*, *quæst.* 5. dicentes non videri sponsam corpus suum tradidisse, nec communicasse, cùm per vim fuerit oppressa.

Ex quorum sententia, adhuc sponsa potest per vim cognita ad religionem transire, quia non censetur matrimonium sponte consummatum: Augustin. tamen Barbos. *in cap.* 2. *de conuersione coniugatorum num.* 8. putat consummari matrimonium, per copulam per vim habitam, posse tamen sponsam transire ad religionem.

His positis, Dico primò esse valdè probabile, & fortè probabilius, quàm oppositum, non consummari matrimonium per copulam vi extortam, quoniam matrimonium perfectum, & consummatum repræsentat vnionem Christi cum Ecclesia per carnem, & inde omnimodam indissolubilitatem sortitur, ex illo Christi Domini, *Matth.* 19. ibi: *Quos Deus coniunxit, homo non separet*, & 1. *ad Cor.* 7. *His, qui matrimonio coniuncti sunt, præcipio, non ego, sed Dominus, vxorem à viro non discedere*: ergo per eam solam copulam perficitur, quæ hanc vnionem potest repræsentare: atqui vnio Christi fuit voluntaria: igitur coniunctio, seu copula debet esse voluntaria, & non violenta, & ex consequenti non fiunt coniuges vna caro per violentam coniunctionem, sicut Christus Dominus per carnem est vnitus Ecclesiæ.

Quocirca absolutè dicendum est, hanc sponsam intra bimestre posse ingredi religionem, quia sine culpa sua nemo priuatur iure suo: *cap. discretionem*, *ad finem*, *de eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ*, vbi fœmina à consanguineo mariti violēter cognita nullius culpæ rea est, omnémque euadit pœnam: vt per Sanch. *de matrim. lib.* 7. *disp.* 15. *num.* 10. vbi etiam decidit mariti consanguineum, qui violenter accessit ad eius vxorem, tanquam verè incestus reum, incurrere impedimentum contrahendi matrimonium: sequitur Augustin. Barbos. *in d. cap. discretionem*, *num.* 2. Idem ostenditur argumento coniugatæ violenter cognitæ ab affine, quæ non impeditur à potestate petendi debitum, eò quia affinitas per iniquitatem contracta non nocet coniugi innocenti, sed nocenti: Sanch. *de matrim. lib.* 9. *disp.* 31. ergo sponsa per vim cognita gaudet priuilegio ingrediendi religionem intra bimestre: cùm ex parte sua non consummauerit matrimonium: ita Cardin. *cap.* 2. *q.* 2. *de conuersione coniugatorum*, & *ibi* Abbas *in fine*: Bald. *in l.* 1. *§. remouet*, *ff. de postulando*, & *ibi* Angel. *in principio* Felin. *in cap. causam*, *de probat*: Hyppol. *in l.* 1. *in principio*, *num.* 87. *ff. ad legem Corneliam*, *de Sicarijs*, & *l.* 1. *§ præterea*, *d. num.* 12. *ff. de quæstionib.* Gregor. Lopes *l.* 4. *tit.* 1. *part.* 4. Peres *lib.* 5. *Ordinamenti*, *tit.* 1. *l.* 1. *fol.* 12. Valasc. *consult.* 29. *num.* 5. & Sanch. post alios *de matrimonio lib.* 2. *disp.* 22. *num.* 6.

Nec obstat quòd copula habita cum inuita, ignorante, seu dormiente, aut insana, sit sufficiens ad contrahendam affinitatem: vt Sanch. *lib.* 7. *de matrim. disp.* 64. *num.* 17. quem sequitur Barbos. *de officio, & potestate Episcopi*, *p.* 2. *allegat.* 51. *n.* 169. ergo sponsa per vim cognita contraxit impedimentum ad ingrediendum religionem: quia id non vrget; cùm ipsa violenter passa fuerit iniuriam, & nō fuit priuata priuilegio ingrediendi religionem.

Dico secundò, per copulam vi extortam in hoc casu non dari communicationem omnium bonorum: quia copula fuit iniusta ex parte viri, & iniustè periuit: ergo nō debet vir ex sua iniustitia reportare commodum: Glos. *in cap. vlt. dist.* 5. *verbo inuita*, ibi: *non afferat præiudicium*: vbi dicitur, quòd qui inuitus patitur, nullum illi debeat parari præiudicium: quia tamen potest contingere, vt sponsa sit opulenta, & sponsus pauper, & vt fiat socius bonorum, inferat vim sponsæ; dicendum est non lucrari quicquam ex bonis sponsæ cùm iniustè illam cognoscat, quia dolus nemini debet patrocinari, nec culpæ reus commodum debet reportare ex violentia illata: *l. nec ex dolo*, *ff. de dolo*, *l.* 3. *ff. de transact. l. si qui dolo*, *ff. de rei vendicat. l. penult. ff. de iure dot.* Tiraquel. *de retract. lign. §.* 1. *Gloss.* 9 *num.* 67. Menoch. *de arbitrar. casu* 182. *num.* 60. & *cons.* 121. *num.* 5. & Cardos. *in praxi Iudicum*, *verbo delictum num.* 7.

Igitur nulla debet sequi communicatio per copulam per vim; cùm iniquum sit ob suum facinus aliquid lucri facere: vt dicit *l. si ab hostibus*, *§.* 1. *ff. solut. matrim.* & *l. vltima*, *in fine*, *C. de rebus cred.* & *l. itaque*, *§.* 1. *ff. de furtis*: vbi dicitur, quod *nemo de improbitate sua consequitur actionem*.

Iuuat *lex si remunerandi*, *§ Mauritius*, *ff. mandati*; ibi: *nullam actionem eum propter suam calliditatem habere*. & *l. verum*, *§. tempus*, *ff. pro socio*, vbi scribitur, æquum non esse, dolum suum quenquam releuare: faciunt *cap. sedes*, & *cap. ex tenore*, *de rescriptis*, & *cap. ex literis*, *quod est* 2. *extra. de dolo & contumacia*, & *ibi* Barbos. *num.* 5. ex quibus ostenditur, non dari communicationem bonorum per copulam violentam.

Quæstio quinta, an quando acquisita per dona- 56
tionem, & successionem constante matrimonio cōmunicentur inter coniuges, etiamsi sint legata? Certum est communicari, quando contrahitur per contractū medietatis, non secùs atque ea, quæ ex vtriuslibet coniugis opera, & industria sunt acquisita.

Quia in contractu matrimonij per Chartam medietatis celebrato; expressè, vel tacitè datur societas vniuersalis, vel quasi omnium bonorum vndecunque prouenientium: quocirca quidquid legatum est, vel donatum (quod non sit à Rege) vni coniugi, aut quacunque alia ratione accedat, æqualiter vtrique acquiritur, ex vi *l.* 3. *§. cum specialiter*, *ff. pro socio*: sequitur Cald. Pereira *in l. si curatorem*, *verbo sua facultate*, *num.* 14. Rebell. 2. *p. lib.* 6. *quæst.* 1. *num.* 13. & Valasc. *de partitionib. cap* 5. *num.* 10. *fol.* 14. *vers. item*, & *secundò conueniunt*, vbi concludit hanc esse praxim, vt quidquid acquiritur quacunque ratione, comunioni

nioni acquiratur; siue acquisita, sint hæreditates, siue legata, siue donationes.

57 Dictum est, quod non sit donatum à Rege, quia quæ à Rege donantur vni, ambigi potest, an sint communicanda alteri coniugi? Nihilominùs esse communicanda, quæ donantur à Rege non est dubium, ob merita communibus expensis procurata: ex ea ratione, quia quando damnum expensarum fuit commune, ratio postulat, vt commodum inde proueniens sit etiam commune: nam qui de beneficio certat, is de lucro capiando certat: Tiraquel. *de retract. lign. §. 1. Glos. 10. num. 122.* eò quòd socius omnium bonorum quæcunque, & vndecunque eis fuerint acquisita, communicari debent; proindeque non solùm hæreditas, & legatum, & quod donatũ est, in commune redigitur: sed etiam ea, quę fuerint aliùde acquisita, siue sint castrensia, siue quasi castrensia, vt est casus *in l. si fratres, §. idem Papinianus, ff. pro socio*: cum Glos. *in verbo stipendia, & in verbo salaria*: Mant. *de tacit. & ambig. lib. 6. tit. 15. ex num. 7. & ex num. 13.* Gregor. Lopez *verbo igualmente, l. 3. & l. 6. tit. 10. part. 5.* Burg. de Paz *quæst. 11. n. 29.*

58 Quæstio sexta an contracto matrimonio inducatur saltem societas respectu acquisitorum? Respondetur de iure communi acquisita à marito per propriam industriam conuenire illi duntaxat, nec communicari vxori. Eodem modo vxorem non communicare marito, quod ex propria pecunia, vel ex industria, vel ex bonis parapharnis conquisiuit: Nauar. *in sum. cap. 17. num. 155.* Barbos. *p. 1 leges 1. num. 34. ff. solut. matrim.* post Bald. *in l. si vxorem, num. 6. C. de condit. insertis*: & Boer. *decis. 81. num. 3.*

In matrimonio tamen per dotem, & Arrhas, nisi aliud exprimatur, fas est non celebrari contractum, quoad lucra: de iure autem Lusitano, & Castellano datur communicatio quoad omnia lucra constante matrimonio quæsita: ita Gama *decis. 314. num. 4.* diuerso tamen modo: nam in Regno Portugaliæ, cùm communicatio fiat ex conuentione partium, *lib. 4. Ordin. tit. 47.* non autem ex dispositione legis, lucra futura non communicantur ipso iure, sed iuxta dispositionem *l. si quis societatem, ff. pro socio.*

In Regno autem Castellæ quæsita postea communicantur ipso iure: quia hæc communicatio fit secundùm aliquos, ex decreto *l. 47. tit. 28. part. 3. & l. 6. tit. 10. part. 5.* dari verò communicationem ipso iure, in eo Regno de postea quæsitis non est dubium, vt notat Palat. *in repet. rubrica §. 66. num. 24.* Baëça *tract. de non meliorand. filiabus cap. 11. n. 106.* Segur. *de bonis lucratis constante matrimonio, n. 44. & num. 62.* Mariens. *l. 2. tit. 9. lib. 5. Ordin. Glos. 3. num. 2.* & P. Rebell. *de Inst. d. lib. 6. q. 1. num. 4.* vbi *num. 6.* addit in matrimonio per dotem, & Arrhas inito, non dari communicationem inter coniuges ex acquisitis castrensibus, vel quasi, aut ex illis quæ donantur à Rege, nisi vt paulò ante dictum est, quando communibus expensis fuerunt acquisita.

Fructus verò communicantur, qui proueniunt ex istis bonis, sicut fructus propriorum bonorum: vt dicitur *in l. 2. tit. 4. lib. 5. Ordin.*

Contra verò si bona superlucrata sunt quasi castrensia, quæ scilicet acquirit Officialis publicus, qualis est Auditor, Iudex, Aduocatus, diuiduntur inter coniuges; quoniam ius Castellæ, solum excipit bona castrensia quæsita ex salario militari: ita Palat. *supra fol. 39. col. 1. vers. ex his infertur.*

Nec refert *l. 4. tit. 4. lib. 15. Ordin.* quia Lex illa loquitur duntaxat de Officiis, & donationibus factis à Principe, vel à Rege. Hæc namque dona, & beneficia non communicantur: lucra verò, maximè: quia sunt fructus: idcircò meritò communicantur, vt declarat Roderic. Soar. *in d. l. 1. limitat. 3. fol. 16. col. 2.* quem referens sequitur Gomes. *l. 50. Tauri. num. 72. fol. mihi 413.*

Quid si contingat virum vxori mortem inferre propter adulterium, non tamen repertæ in eo actu? Respondetur nihil acquirere hoc ex bonis datis in dotem, aut per successione[m], aut donationem ab ipsa acquisitis. Quòd si .. hæc bona alia habuerint, quæ ambo compararunt, hæc maritus in solidum consequetur; hæredes autem fœminæ nihil obtinebunt. Nihilominùs maritus solum omnia bona vxoris acquiret, quando illam accusauerit adulterij, & ipsa fuerit ob illud ad mortem damnata, aut quando simul eam, & adulterum occiderit in adulterio repertos: ita Lex Lusitana *lib. 5 Ordin. tit. 38. §. 2.* An autem in Regno Castellæ hoc sit integrum viro de iure communi, & speciali, consule Gomesium *in l. 80. Tauri ex n. 64.*

Quæstio septima, vtrùm vxor putatiua communicet in bonis, & in eorum fructibus cum marito? Gama *decis. 89.* affirmat, ea ductus ratione, quod in Regno Lusitaniæ *lib. 4. tit. 46.* disponitur, non solùm lucra quæsita constante matrimonio, sed etiam dotem, & cætera alia bona communicari inter coniuges: subdens id etiam locum habere in matrimonio putatiuo. Idem repetit *decis. 220.* Quod intelligitur, si coniuges bona fide contraxerunt in facie Ecclesiæ, præmissa solemnitate requisita à Concil. Trident. *sess. 24. cap. 1.* quamuis contraxerint absque denunciationibus ex aliqua causa iusta relictis: secus si ex malitia denunciationes omiserint, ne detegeretur impedimentum: Gatcia *in tract. de coniugali acquæstu, à num. 159.* Auendan. *respons. 20.* Flores *in additionibus ad Gamam ibi num. 1.* Barbos. *in l. si cum dotem §. final. num. 12. & 13. ff. solut. matrim.* 59

Porrò si coniuges conscij fuerunt impedimenti, nec bona eorum, nec fructus sunt bona communia, iuxta *l. 1. ff. de conditione ob causam*: atque ita fiscus habet ius agendi contra prædicta bona: ita Scribentes *in l. cum hic status §. vltimo, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Ratio, quia contractus communicationis coniugalis fundatur in vero contractu matrimonij: ideò scientes impedimentum dirimens, nolunt communicationem in bonis, sed illam tantùm simulant.

Si tamen alter coniux bonam fidem duntaxat habeat, in fauorem illius dabitur communicatio, Gama *decis. 89 & ibi* Flores, *& decis. 220.* Gomes. *in d. l. cum hic status, num. 56. ad finem.* Nam vbi adfuit bona fides, non debet abesse communicatio, Gama *decis. 176. num. 1. & decis. 207. num etiam 1.* vbi dicit ita fuisse iudicatum in Senatu Lusitano. Nec refert tale matrimonium esse irritum: quia æquum est, vt coniux innocens, non priuetur effectibus matrimonij, sed solùm ille, qui fuit conscius impedimenti.

Hinc fit, vt vxor bonam fidem habens possit capere à marito malæ fidei ea, quæ maritus ex testamento, vel ex contractu inter viuos eidem dederit, vel reliquerit. Costa *ad cap. si pater 1. p. in verbo vxorem,* post alios *de testam.* Rebell. *supra num. 19. vers. atque hinc.* Vnde in matrimonio putatiuo interueniente bona fide in vtroque coniuge datur communicatio, stante consuetudine, pacto, seu lege per quam non solùm lucra veri coniuges constante matrimonio quæsita, sed etiam reliqua bona communicant, & soluto matrimonio inter se diuidunt æqualibus portionibus: proinde omnia circa veros coniuges Statuta, quæ de hac communicatione disponunt, locum habent in putatiuis, quando contrahunt in facie Ecclesiæ: Gomes. *l. 53. Tauri n. 37. vers.*

verſ.extende ſecundò ad finem,& num.77. Tiraquel. *poſt leges connubiales Gloſſa 8.num. 270.* Couar. *de ſponſal.p.2.cap.7.§.1.n.7* Auguſt.Barboſ.*in cap.2.de donat.inter vir.& vxor.*

Quare de lucro, & de dote dicendum eſt in matrimonio putatiuo quod dicitur de vero ſecundùm conſuetudinem noſtri Regni celebrato, præcedente bona fide vtrinſque, communicari ſcilicet lucra acquiſita etiam conſtante matrimonio. Bona tamen, quæ quiſque adduxit, non communicari alteri, ſed in ſolidum eſſe reſtituenda illi ſoli, cuius erant, vt ait Gama *vbi ſupra deciſ.* 176. *&* 207. Rationem huius diſcriminis reddit Barboſ. *in d.l.ſi cum dotem, ff.ſolut.matrim ex num.* 14. dicens communicationem lucrorum fieri immediatè ex eo, quod acquiſita per virum, conſeruentur per vxorem, & ita communis labor & induſtria inſuper lucratis repetitur: ſequitur Couar. *de ſponſal. 2.p.cap.7.§.1. num.8. ad finem*,& Marienſ.*l.2.tit.9.lib.5.Ordin. Gloſſa 2 n.6.*

Item,& fortè melius, diſcrimen erit inter communicationem lucrorum, & inter communicationem dotis, & omnium bonorum, quæ fit inter coniuges ſecundùm Legem noſtram, eò quia maius commodum vxor, quàm vir ex communicatione ſibi acquirit. Cùm ergo hoc reſpiciat fauorem vxoris & tendat quaſi in augmentum dotis, locus erit communicationi lucrorum etiam in matrimonio putatiuo.

Cæterùm communicatio dotis, & omnium bonorum, facta inter coniuges ſecundum leges Luſitaniæ, à communiter accidentibus tendit in damnum,& diminutionem dotis:& ideo, vbi eſt fauor mulieris,& vbi inducitur quaſi incrementum dotis, diſpoſitio, quæ procedit in matrimonio vero, procedit etiam in matrimonio putatiuo: Barboſ. *in d. l.ſi cum dotem,num.*15.*ff.ſolut.matrim.* Rebell. *d.q.*1. *num.*19.*verſ. & ſi propoſita concluſio*, vbi concludit ex lucrorum communicatione accreſcere vxori maiorem vtilitatem. Secùs ſi communicetur dos,& reliqua bona, quæ vterque coniux ſecum adducit.

Quinimo vxor damnum capit ex matrimonio putatiuo conſummato, maiórque multo vilior matrimonio ſoluto, & longè maiori dote indiget, vt ſecundò nubat viro pari. Confirmatur, quia nemtet nulliter contrahens vult à ſe remouere dominium ſuorum bonorum, niſi quando matrimonium eſt validum: igitur ſi reperiatur nullum,& inualidum quilibet ſua bona,& dotem recuperabit. Vide tradita per Gomeſ.*in l.*50.*Tauri n.*56.*per totum.*

60 Quæſtio octaua, ex quibus bonis debita contracta ante matrimonium ſint ſoluenda? Reſolutio colligitur expreſsè ex *l.cum duobus, verbo, ſi fratres,§. vltimo ff.pro ſocio,l.adeo,§.penult. ff.eodem*, vbi dicitur, ſocium innocentem non teneri ſoluere debita, nec pœnam pro ſocio delinquente: ſequitur Ordinatio Luſitana *lib.*4.*tit.* 95.*§.*4.ibi *ou per charta de ametade*, ex quo deducitur, vxorem nubentem per dotem,& Arrhas non teneri ſoluere debita, quæ vir contraxit ante matrimonium, vel poſt illud, & ex conſequenti nec eius hæredes, Gama *deciſ.* 367. *num.*6. Cabed. *deciſ.*1.*p.q.*131. *num.*1. Valaſc. *conſult.*128.*num.*5.vbi vxorem excuſat à ſoluendis debitis contractis conſtante etiam matrimonio, quamuis ſint debita ſeruitiorum famulatum, ſeu famulorum vtrinque impenſorum,& quamuis ſint facta pro alimentis vtriuſque familiæ.

Si tamen bonis indiuiſis poſt ſolutum matrimonium, ipſa vxor exiſtat in poſſeſſione bonorum omnium, aliqui putant teneri vxorem ſoluere petita à creditoribus, & poſtea in diuiſionibus, ſeu partitionibus poſſe deducere quod pro illo ſoluit: ſequitur Rebell. *d. lib.*6.*q.*2. *num.*5. vbi tradit non teneri mulierem ſoluere debita contracta per maritum ante matrimonium ex lege Luſit. *d.lib.*4.*tit.* 95.*§.*4.ibi, *Nam ſe faça execuçaõ. viuente marito, ſenaõ dos bens que elle trouxe, E por ſua morte nos que lhe cabem à ſua ametade*, quò loci ſermo eſt de contrahente per Chartam medietatis: concinit Rebell.*ſupra n.*1.

Sed quid dicendum quando contrahitur per dotem, & Arrhas, & debita ſunt contracta ad ſuſtentandam familiam, & nulla reperiuntur lucra, vel non ſufficiunt, nec fructus extant? Gama *deciſ.*366. probabiliter affirmat fuiſſe iudicatum debita contracta non teneri vxorem ſoluere ex dote ſua, quando maritus habet vnde ſoluat; imò licèt ipſe non habeat vnde ſoluat, quamuis fuerint contracta ad vxorem,& familiam alendam, dummodo communibus lucris renunciet: quibus non accedit Gama putans de dote vxoris eſſe ſoluenda, quando in alimentis vxoris, & familiæ ſimiles expenſæ factæ ſunt.

Nihilominus mihi magis placet opinio Molinæ cui adhæreo *tom.*2.*diſp.*435.*verſ tertium eſt fol.*1195, non eſſe ſcilicet ſoluenda hæc debita ex dote vxoris: quam partem approbauit Sapientiſſimus Noſter Ferdinand. Perez *in priuatis ſcholiis*, teſte Rebello *d.q.*2.*num.*9. præſertim ſi vxor renunciet lucris: tunc enim multo fortius non tenebitur vxor ad debita contracta à marito conſtante matrimonio, ſed ab illis excuſabitur, ſecundùm *l. vltim.C. ſolut.matrim.*

Non me latet Palatium *in repetitione Rubricæ §.*66.*num.*6.accedere ad opinionem Gamæ: tamen abſolutè dicendum eſt dotem integram eſſe reſtituendam vxori, quando contrahitur per dotem, & Arrhas, & ſolum marito conceduntur fructus ad onera matrimonij, ſibique imputet quod maiores feciſſet expenſas, quàm eſſent fructus: ideoq; maritus tenetur ſoluere in ſolidum debita contracta, aut eius hæredes, & nullo modo vxor; etiamſi vir non ſit ſoluendo, nec propterea eſt obliganda vxor in ſubſidium. Secùs pro debitis communibus vxori,& marito: quia tunc fieri poteſt executio in fructibus rerum dotalium tam conſtante matrimonio, quàm ſoluto. Quod procedit quando remanent lucra ſeu fructus.

Nec obſtat *l.Titia ff.de iure dotium*, quæ prohibet fieri executionem in rebus dotalibus, & in eius fructibus pro debitis vxoris. Quia id intelligitur pro debitis vxoris, quæ fuerunt contracta ante matrimonium: contra verò dicendum pro contractis conſtante matrimonio, ſaltem in Luſitania, & Hiſpania, vbi non negatur ſolutio, nec executio in eiſdem fructibus pro parte vxoris ſicut etiam non negatur ſolutio, nec executio apud Luſitanos *lib.*4. *tit.*95. *num.* 4. quando contrahitur matrimonium per Chartam medietatis, & alter coniugum ante matrimonium aliquid debebat: id enim ſolui debet ex bonis quæ adduxit, vt *ibi* decernitur: etiamſi executio, & ſolutio nedum ex bonis adductis, ſed etiam ex ſua dimidia bonorum parte conſtante etiam matrimonio acquiſita fieri poſſit.

His accedit, debita contracta à viro, vel ab ipſa vxore propter aliquod delictum poſt matrimonium, ob quod meteatur puniri pœna aliqua pecuniaria, a quo ſint ſoluenda? Dicendum eſt huic dubitationi vnum ſocium non teneri pro alio ad condemnationem ratione delicti, *l. cum duobus, §. damna,l.fratres,§.ſocium, & § per contrarium ff pro ſocio*, vbi oſtenditur in delictis, ſeu maleficiis ſocietatem non contrahi. proinde ſocius delinquens totum damnum ſoluit ex ſuo: ideò maritus delinquendo ex parte ſua damnum illatum reſarcier:& ſi

de

de communi totum expendit, vxori dimidium soluet: Valasc. *consult.* 118. *n.* 5. *& de partitionib. cap.* 24. *num.* 2. *& sequent.* Garcia *de expensis cap.* 13. *num.* 19. Molin. *disp.* 421. *§. quando societas.*

Nec refert ipsum maritum de iure Regio posse alienare mobilia. Quia posse alienare solùm ostendit alienationem mobilium esse validam sine vxoris consensu; non tamen Lex concedit, quòd vxor ex malitia mariti damnum patiatur: *l.* 2. *C. ne vxor pro marito*, Cabed. *p.* 1. *Aresto* 20. vbi refert sic fuisse iudicatum.

Nec obstat virum ludendo, aut delinquendo non dissipare ex proposito & consulto, sed incidenter; & *l. de Nieun* exigit animum nocendi, & propositum fraudandi: Quia respondetur ex Valasc. *d. c.* 24. *n.* 17. *ad finem de partitionibus*, dispositionem illius legis sustineri in Hispania, vbi prohibet maritos dissipare, seu alienare lucra, causa duntaxat fraudandi vxores: at verò in Lusitania vbi seruatur ius commune, & in *lege nostra lib.* 4. *tit.* 64. non requiritur intentio fraudandi, sed satis est, quod præiudicetur vxori tam in damno dato, quàm in donationibus factis à marito: atq; ita ab hac opinione non est recedendum saltem in foro conscientiæ, quidquid sit in foro externo: nam potestas mariti circa administrationem bonorum, non intelligitur de mala, & iniusta administratione: *l. creditor*, §. *Lucius*, *ff. mandati*, *l.* 3. *§. si procurator*, *ff. quod quisque iuris.*

Quocirca ex consumptis bonis à marito ludendo immoderatè, seu meretricando, restituenda est vxori sua dimidia pars: Imò vxor potest seruatis conditionibus iustæ compensationis tantumdem de bonis mariti defuncti occultè accipere, quantum damnificata fuit: ita Petr. Nauar. *lib.* 3. *de restitutione*, *c.* 1. *p.* 2. *dubio* 9. *n.* 115. Ludouic. Lopez *p.* 2. *Instructorij c.* 24. *q.* 7. & Sayro *in claui lib.* 9. *cap.* 16. *n.* 12.

Quare reiicitur Nauar. *in Manuali c.* 17. *n.* 155. dum ait, maritum bona communia dilapidantem, aut etiam acquisita consumentem in ludis, inuita vxore, in notabili quantitate, sine fraude, paulatim; non teneri restituere vxori, cùm sit administrator illorum bonorum: quod non placet; quia idem dicetur de bonis consumptis cum meretricibus, seu cum concubinis; quod non est admittendum.

Non licebit tamen vxori facere compensationem de perditis in ludo moderato; quia quamuis ludus sit illicitus, est tamen contractus fortunæ, & industriæ, in quo maritus sicut potest perdere, ita etiam lucrari: vt notat Petr. Nauar. *vbi supra n.* 117. Ludouic. Lopez *d. q.* 7. & Cordub. *in sum. q.* 125. *puncto* 5. quibus placet accedere.

61 Quid dicendum de contrahentibus mala fide matrimonium, an communicent in bonis, & quid si alter tantùm gaudeat bona fide? Resolutio huius quæstionis, quæ in ordine est noua, habetur *supra n.* 59. *ex vers. porro*: pro reliquis, quæ desunt; certum est, quando vterque coniux, vel alter, sunt in bona fide, filios fieri legitimos, & succedere parentibus: secùs verò, quando vterque coniux est malæ fidei, Couar. post alios 2. *p. Epitome cap.* 8. *à n.* 2.

In dubio autem æquali, coniuges dicendi sunt fuisse in bona fide, quoad hūc effectum, vt filij fiant legitimi in vtroque foro. Imo filij ex matrimonio putatiuo, quoad vtrumque parentem censentur legitimi, si alter tantùm fuit in bona fide, quamuis alter sit in mala: Glos. *in verbo, ambo, in c. cum inhibitio, de clandest. desponsat.* Costa *in cap. si pater de testam. lib.* 6. *verbo vxorem n.* 4. Matiens. *in rubrica, tit.* 1. *Glossa* 1. *n.* 116. *lib.* 5. *noua recopil.* Sanch. *lib.* 8. *de matrim. disp.* 34. *a.* 46. Azor. *Instit. moral.* 2. *p. lib.* 2. *c.* 16. *q.* 3. quæ sententia est vera in fauorem filiorum, & respectu parentis, qui bonam fidem habuit. Secùs de altero parente, qui in mala fide fuit: is enim non gaudet iure, nec prærogatiua legitimi parentis: ita Costa *in d. cap. si pater, verbo, vxorem, ex n.* 21. *cum sequentib.* Barbos. in *l. si cum dotem. §. final. n.* 12. *ff. solut. matrim.* & Sanch. *vbi proximè.*

Cæterum valde probabile est, vtrumque parentem censeri legitimum, ac proinde posse succedere proli suæ: vt latè Auendan. *ad l.* 6. *Tauri glos.* 1. Gutier. *practicar. q.* 74. *lib.* 3. Ceuall. *commun. contra commun. q.* 697. *n.* 16. *cum seqq.* Barbos. *in cap. ex tenore, n.* 5. *qui filij sint legitimi.*

Quin etiam filij ex bona fide parentum legitimi ad Ordines sacros, & ad Episcopatum possunt admitti: de Ordinibus sacris loquitur Soar. *de censur. disp.* 5. *n.* 6. Sayro *eodem tract. lib.* 6. *cap.* 10. *à num.* 31. Auila *eodem titulo p.* 7. *disp.* 3. *dubio* 6. Beller. *disquisit. Clerical. p.* 1. *tit. de disciplina clericali* §. 3. *num.* 23. de Episcopatu item loquitur Castill. *quotidian. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 19. post multos, quos *ibi* sequitur.

Item huiusmodi filij ob bonam fidem parentum succedunt in Ecclesiastica Emphyteusi, vt ait Cald. Pereira *de nominat. q.* 25. & admittuntur ad Maioratus successionem, Mulin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 12. dummodo Maioratus sit simpliciter institutus, hoc est sine clausula; quòd non succedant, nisi qui ex legitimo matrimonio geniti fuerint: tunc enim; quamuis possint admitti, stante hac clausula, legitimi ex bona fide parentum ad Maioratum, prout vult Couar. *supra p.* 2. *cap.* 8. *§.* 1. *n.* 1. Mantic. *de coniect. vltimar. volunt. lib.* 11. *tit.* 8. *num.* 14. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsum.* 77. *n.* 6. & Castill. *quotidian. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 12. *&* 17.

Probabilius tamen est, stante prædicta clausula, non succedere legitimos ex bona fide parentum, quæ sententia in puncto iuris verior est, teste Cald. Pereira *de nominat. Emphyt. q.* 11. *n.* 44. post Curt. iun. *consil.* 64. *num.* 8. *vol.* 1. quem sequitur Fuln. Pacian. *de probat. lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 69. *vers. ex quo infertur.*

Quæstio decima ex dictis facilè soluitur: an scilicet coniux malæ fidei conscius impedimenti teneatur restituere accepta à coniuge bonæ fidei? 62
Conclusio affirmans est certa, quia inter coniuges donatio pura, & simplex non valet, nec confirmatur morte in matrimonio putatiuo, neque habet locum inter eos successio reciproca ab intestato, vt in *l.* 1. *& per totum tit. C. & ff. vnde vir & vxor.* & *ibi* communiter Scribentes: Gomes. *ad l. Tauri* 50. *num.* 77. *ad finem.* Censetur enim in vtroque foro inuoluntarius coniux bonæ fidei, quando donat coniugi malæ fidei, aut illi relinquit in testamento, Rebell. *de Inst.* 2. *p. lib.* 6. *q.* 1. *n.* 20.

In matrimonio tamen putatiuo bona fide inito 63
communicantur omnia bona de iure communi; sicut in matrimonio vero, etiam lucra, inter maritum & vxorem: text. *in cap.* 2. *de donat. inter vir. & vxor.* & *ibi* Abbas text. in *l. si cum dotem*, *§. final. ff. solut. matrim.* vbi dicitur dotem habere sua priuilegia etiam in matrimonio putatiuo: & in specie docent Palat. *in repetit. rubrica, de donat. inter vir. & vxor.* §. 36. *num.* 2. Gomes. *l.* 53. *Tauri*, *n.* 37. *vers. extende* 2. *ad finem*, & Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. *§.* 1. *n.* 7.

Ambigitur tamen in matrimonio de iure communi, an detur communicatio inter coniuges de eo, quod maritus propria industria acquisiuit, aut vxor de bonis paraphernis, aut ex propria industria, vel pecunia fuit consecuta? Communicari ex eo probari potest; quia coniuges dicuntur Socij diuinæ, & humanæ domus, *l. aduersus C. de crimine expilatæ hæred. cap. cum societas*, 27. *q.* 2.

Dicendum autem est, acquisita per propriam industriam à marito iure communi posse sibi retinere, nec communicari vxori, Aymon. *cons.* 30 *n.*2. Tellus *l. Tauri* 16. *num.* 13.

Similiter non communicat vxori, quæ proprio nomine suo vir emit. Eodem modo vxor non communicat marito acquisita ex propria pecunia, vel industria, vel ex parapheruis: Bald. *in l. si vxorem n.*6. *C. de condit. insertis*, & Nauar. *in manuali c.*17.*n.*155.

Interposito tamen pacto, quod communicentur acquisita constante matrimonio, tunc lucra veniunt cõmunicanda inter coniuges: Palat. *supra* §. 62. *n.*3. *in fine*, & *n.* 4. Nam huiusmodi societas censetur particularis ad lucrata scilicet, seu lucranda durante matrimonio: vnde bona ante matrimonium quæsita, non communicantur cùm pactum referatur ad futura lucra. Atque ita si durante matrimonio vsusfructus consolidetur cum proprietate, non communicabitur inter coniuges: fructus autem inde prouenientes inter coniuges diuidentur: Palat. *supra d.* §. 62. *num.* 13.

Ex dictis non infertur, si interponatur pactum in Lusitania supradictum, dari communicationem in fructibus perceptis ex rebus parapheruis, vel ex aliis rebus vxoris; imò infertur communicationem hanc dari interposito pacto: mulier verò bene potest disponere de bonis parapheruis, pacto illo non obstante; quia in Portugalia obseruatur decisio *l. velles C. de reuocand. donat.* per quam licet vxori alienare prædicta bona inconsulto marito, cùm vxor illorum domina sit, & ius suum proprietatis potest alienare: *l. cum illo fundo* §. *quod si alienauerit*, *ff. de iure dotium*: damnum tamen illatum marito, ex alienatione illarum rerum, tenebitur resarcire, supposito pacto: Barbos. 1. *p. l.* 1. *num.*36. *ff. solut. matrim.*

Pacta enim non solùm tempore contracti matrimonij, sed etiam durante matrimonio celebrati possunt, Petr. Barbos. *l.* 1. *ff solut. matrim. p.* 3. *n.* 62. Boer. *decis.* 244. *n.* 2. quos refert, ac sequitur August. Barbos. *in cap.* 2. *num.* 10. *de donat. inter vir. & vxor.*

64 Quæstio vndecima, an donationes remuneratoriæ siue fiant propter opera, quæ inducunt obligationem iustitiæ commutatiuæ; siue propter opera, quæ solùm inducunt gratitudinem, communicentur inter coniuges? Pinell. *in l.* 1. *C. de bonis maternis*, *p.* 3. *n.* 62. tradit has donationes communicari quoad fructus; non tamen, quoad proprietatem quæ in solidum competit donatario, nec venit in communione cum altero coniuge: sequitur Barbos. *in l. si ab hostibus*, §. *final. n.* 69. *ff. solut. matrim.*

Dicendum tamen est donationes inducentes obligationem iustitiæ commutatiuæ propter merita, seu opera facta ab altero coniuge durante matrimonio, communicari, text. in *l. coiri*, *ff. pro socio*, quia censentur lucra acquisita: secùs de donationibus remuneratoriis factis propter gratitudinem: hæ autem non communicantur, Barbos. *in Remiss. ad Ordinationem Regiam*, *lib.* 4. *tit.* 46. §. 1. *num.* 10. *ad finem.*

65 Quæstio duodecima, circa quantitatem Artharum quæ promitti possunt, tam in Lusitania, quàm in Hispania: nam de iure communi non videntur esse in vsu; Valasc. *tom.* 1. *consult.* 2. *n.* 2. Dicendum ergo est quantitatem Artharum in Lusitania non posse excedere tertiam partem dotis ab vxore traditæ, seu à patre, aut extraneo promittente; ibi: *com tanto, que naõ passe o tal promittamento, ou doaçaon de Arrhas da terça parte do que a molher trouxer em seu dote*, quia non sufficit promissio dotis, sed requiritur traditio, & solutio *l.* 1. *C. de dote cauta*, ita vt solùm dos dicatur illa, quæ viro tradita est, & soluta; non enim lex nostra vsa est verbo *promittendi*, sed *ferendi*; seu *aduncendi*, Cabed. 1. *p. decis.* 177. *n.* 1. & 2. Rebell. *p.* 2. *lib.* 6. *q.* 4. *n.* 5. & Barbos. *in d. l. si cum dotem*, §. *si pater n.* 11. *ff. solut. matrim.*

Item sponsa illicò post consummatum matrimonium ius acquirit per illam promissionem Artharum, vt sibi impleatur promissio illarum, aut suis hæredibus soluto matrimonio, & soluatur simul cum dote; quamuis ipsa præmoriatur, Valasc. *consult.* 2. *n.* 3. Xuares *in titulo de las Arrhas in principio in vers. Alia*, & constat ex *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *fori*, & *ex l. nostra lib.* 4 *tit.* 47 *in principio.*

In Hispania autem, quantitas Artharum dotalium non potest excedere decimam partem bonorum, quæ vir tempore promissionis habet: vnde tam in Castella, quàm in Lusitania quidquid vltra quãtitatem præscriptam vel promittitur, vel soluitur, est inualidum: Molin. *tom.* 3. *de Iust. disp.* 431. *vers. in Regno autem*, Valasc *de partitionib. c.* 23. *num.* 10. Rebell. *d. lib.* 6. *q.* 4. *n.* 6. vbi *n.* 7. aduertit id procedere, quando maritus celebs erat, dum vxorem duxit, & Arthas promisit.

Si autem erat viduus, & priori ex vxore filios iam habebat, Lusitanus non potest promittere Arthas excedentes suum tertium tempore, quo secundam duxit vxorem; & de suo tertio debent solui intra illius quantitatem, & non vltra: vt disponitur in *d. l. Lusitana d. tit.* 47. *in principio*, & §. 1. Valasc. *supra*, & Cabed. 1. *p. decis.* 177. *n.* 1. vbi *n.* 3. subdit, quando nihil datum est in dotem ex parte vxoris, nihil posse promitti vxori nomine Artharum: & ita in specie iudicatum fuisse refert Gama *decis.* 371. *n.* 2. vbi alios Doctores citat.

Sed quid dicendum, quando Arthæ excedunt quantitatem præscriptam, an excessus duntaxat sit inualidus, an tota quantitas promissa? Certi iuris est solum excessum *ex l.* 1. *tit.* 2. *de las Arrhas, lib.* 3. *fori*, vitiari; quia vtile per inutile non vitiatur: regula *vtile* 37. *de regul. iur. in* 6. idem patet ex *l. Sancimus* 34. *in principio*, ibi: *si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere C. de donationib.* Ioan. Lup. *l.* 50. *Tauri n.* 11. Molin *disp.* 431. *vers. illud est obseruandum.*

Quinimò excessus ille Artharum non valet in foro conscientiæ, sed debet restitui ante sententiam, quia huiusmodi leges excessum prohibentes in vtroque foro sunt receptæ, vt sonant Sanch. *de matrim lib.* 9 *disp.* 33. *n.* 2. Nec obest si nomine Artharum promittatur fundus excedens quantitatem taxatam. Quia adhuc quãuis inutile nequeat separari in corpore, potest separari in æstimatione, quod sufficit: Ioan. Lup. *l.* 50. *Tauri num.* 12. Axebed. *lib.* 3. *recopil. tit.* 2. *l.* 2. *num.* 20.

Si tamen tertius promittat Arthas, posse excedere quantitatem taxatam, sunt qui docent; ex eo, quia *l.* 1. *tit.* 2 *de las Arrhas lib.* 3. *fori*, approbata *l.* 50. *Tauri* id expressè prohibet homini ducenti vxorem, ne illi possit constituere Arthas vltra taxatam quantitatem. Cùm ergo hæc lex sit pœnalis, non debet intelligi in illo, qui non ducit vxorem: idcò ad alias personas non debet trahi: *l. si vero*, §. *de viro*, *ff. solut. matrim.*

Quod intellige, quando tertius, qui promittit de suo promittit; nec est consanguineus spõsi in gradu valde propinquo: quia tunc censetur sponsus ipse donare: Nam qui per se aliquid facere non potest, nec per alium potest: *l. pupillus*, §. *item ipse*, *vers. sed & si per interpositam*, *ff. de auctoritate tutor.* perinde enim est facere per alium, atque facere per seipsum: regula *qui facit*, alias *qui per alium* 72. *de regul. iur. in* 6.

Simili

Similiter dicendum est in Regno Castellæ non valere donationem Arrharum vltra decimam, quando consanguineus mariti constituens Arrhas vxori, ita constitueret, vt vellet donationem illam acquiri marito, & per maritum donaretur vxori; quia tunc verè donatio illa facta esset à viro. Sanch. *lib. 6. de matrim. disp. 26. n. 11. vers. secunda sententia, & disp. 29. n. 18. ad finem.*

Porrò si vxor constituat Arrhas viro in præmium nobilitatis, vel iuuentutis, Arrhæ nequeunt excedere quantitatem taxatam, quando lex de Arrhis loquens nulla facta distinctione loquatur. Item, quia vir & vxor sunt correlatiua, ideò quod dispositum in Arrhis datis per virum, censetur dispositum in donatis per vxorem. Azebed. *lib. 5. recopil. tit. 2. l. 2. n. 1.*

Quid ergo de minore, poteritne donare Arrhas sine decreto Iudicis? Respondetur, quando bona pro Arrhis constituta sunt immobilia, vel mobilia, quæ seruando seruari possunt, non posse minorem Arrhas promittere sine decreto Iudicis: tunc enim talis promissio est nulla, neque obligatur minor naturaliter, resistente lege promissioni, vel alienationi: *l. si ad resoluendam, l. si quidem, & l. si minor, C. de prædiis minorum.* Nec sufficit auctoritas tutoris, vt possit promittere; Bart. *l. 1. n. 7. & 8.* & ibi Paul. *n. 6. ff. de nouatio-nib.* Sanch. *lib. 6. de matrim. disp. 38. n. 37.* post plures.

Secùs dicendum de Arrhis constitutis in rebus mobilibus, quæ seruando seruari nequeunt: tunc non requiritur Iudicis decretum: Barbos. *l. si ante 6. ff. solut. matrim. n. 24.* Gomez *l. 52. Tauri n. 14.* Desideratur tamen auctoritas curatoris, si illum habeat; vt habetur in *l. si curatorem, C. de in integrum restitutione:* ita Xuar. *lib. 3. fori tit. 2. de las Arrhas*, Matiens. *Glos. 2. n. 3.* & Azebed. *lib. 5. recopil. tit. 2. l. 2. n. 1. n. 1.* vbi Matiens. *supra.*

Si verò sine curatoris auctoritate minor promittat, aut donet Arrhas, obligatur naturaliter, & in foro conscientiæ ex contractu: Ratio, quia obligatio naturalis oritur ex consensu, *l. Stichum, §. naturalis, ff. de solutionib.* qui consensus non deest pupillo, *§. pupillus, Instit. de inutil. stipulation.* Bart. *in l. si quis pro eo, n. 1. 2. ff. de fideiussor.* Glos. *in l. final. verbo non tenebitur, ff. de iureiur.* Nauar. *lib. 4. Consilior. in 1. edit. tit. de sponsalib. consil. 39. n. 11. & in 2. edit. tit. de desp. fœt. impub. co. f 4. n. 11.* Cald. Pereira *in l. si curatorem, verbo, non absimilis n. 27. C. de in integrŭ restit.* & Molin. *de Iust. tom. 1. tract. 2. disp. 224. §. quàm autè.*

66 Quæstio decima tertia, propter quid Arrhæ constituantur, & promittantur; & an debeantur quando dos integra non soluitur? Quoad primum apud Hispanos, teste Couar. *de sponsal. 2. p. c. 3. §. 7. n. 12.* promittuntur in præmium virginitatis, ex quo sequitur viduis non posse promitti; sed hoc est falsum: vt notat Lopez, *l. 1. tit. 11. part. 4. vers. & potuerunt Arrhæ dari viduis.*

Nihilominus non est necessarium, quòd præcisè dentur in præmium virginitatis; sed possunt dari ob alias causas, nimirum ob honorem, ob nobilitatem, ob remunerationem dotis. Gomez *l. 52. Tauri n. 13.* Xuar. *lib. 3 fori tit. 2. de las Arrhas, l. 1. n. 1.* Valasc. *consult. 2. n. 4. vers. & circa*, Sanch. *lib. 6. de matrim. disp. 27. n. 4. vers. cæterum*, cōcludens cum aliis posse promitti Arrhas, tā viduis, quàm virginibus, ob varias causas: sequitur Molin. *tom. 2. disp. 431. §. dubiū est ob quam causam*, atq; ita nō debent restringi Arrhæ ad causam pudicitię virginalis, & ideò nō extinguitur donatio, si arrhæ cōstituantur ob alias causas.

An autem debeantur si dos integra non soluatur, quæ est posterior pars quæstionis; dicendum, est non lucrari sponsam Arrhas integras, si soluatur pars dotis duntaxat: lucrabitur tamen pro rata dotis solutæ: Roland. *de lucro dotis q. 10.* Valasc. *consult. 3. n. 2. & consult. 137. ex n. 1.* Cabed. *1. p. decis. 177. num. 3.* dicens sic fuisse iudicatum.

Si autem maritus fuit in mora recipiendi dotem, censetur tradita quoad effectū vt vxor lucretur Arrhas post mortē mariti; quia quando dos ob culpam mariti nō fuit recepta, habetur pro recepta: *l. Labeo scribit si mihi bibliothecam, ff. de contrahenda emptione l. in executione 85. §. final. ff. de verbor. oblig.*

Dicitur autem maritus esse in mora recipiendi dotem, si lapsus dies ad dotem recipiendam præfixus à partibus, ex Bartol. *consil. 131. col. 2.* sed verius est vt dicatur maritus esse in mora, requiri interpellationem expressam, quia quamuis dies præfixus solutioni dotis post lapsum interpellet pro homine, *l. magnam, C. de contrah. & commutt. stipul.* tutius tamen est quòd interueniat interpellatio expressa: ita Roland. *de lucro dotis, q. 8.*

Sufficiet verò si interueniat oblatio, depositio, & consignatio dotis ad lucrādas Arrhas: habetur enim dos tunc pro recepta: Carolus Ruin. *consil. 110. col. 5. lib. 4. n. 5.* Barbos. *p. 4. rubrica, ff. so. m. matrim. n. 8.*

Quæstio decima quarta, de matrimonio per dotem, & Arrhas, an liceat vtrique coniugi non celebrare contractum quoad lucra, si velint? Dicendum est de iure communi dari viro certum quid in dotem cum vxore, ad subeunda onera matrimonij, seu vt vxor decentem haberet alimoniam: marito tamen dotis administratio incumbebat, & fructus omnes, & alia emolumenta eiusdem dotis durante matrimonio ipse solus recipiebat, & soluto matrimonio vxori dos restituebatur solum, aut hæredibus illius. 67

Insuper vxor vltra dotem administrabat familiam in iis, quæ propria sunt vxoris, præstabatque industriam, & operas secundum qualitatem ipsius, & familiæ, reliqua autem vltra hæc, quæ propria opera, & labore lucrabatur, ad ipsam vxorem, & non ad virum pertinebant; adeo vt cætera alia bona, quæ postea vxori adueniebant, siue ex donatione, siue ex legato, siue ex quocunque alio modo, tam q... ad dominium, quàm quoad administrationem erant vxoris: nec maritus inconsulta vxore quicquam se in his administrandis immiscebat.

Hoc posito ex *l. cum, & sequent. ff. pro socio*, in matrimonio per dotem, & Arrhas inito, contrahitur societas quoad lucra constante matrimonio acquisita, per industriam vtriuslibet, nisi contrarium exprimatur: vnde licitum est vtrique coniugi non inire contractum societatis, quoad lucra, imò potest vxor cedere lucris acquirendis in fauorem viri, quia cum lucra nondum sint in vxoris dominio, non censetur ipsa aliquid ex proprio patrimonio alienare, sed tantùm non acquirere: ita Ioan. Lup. *in rubrica, de donationib. §. 63. n. 2.* Mieres, *de Maioratu 4. p. q. 26. n. 60.* Nauarra *lib. 3. de restitut. c. 1. dubio 9. n. 11. in noua editione*, Rebell. *2. p. de Iust. lib. 6. q. 1. n. 4.* & Sanch. *lib. 6. de donationib. disp. 5. n. 5.* vbi *n. 6.* addit, bene posse maritum in fauorem vxoris renunciare suæ medietati lucrorum acquirédorum: quod etiam docent Perez *lib. 5. tit. 4. l. 4. folio 169. vers. dubitatur vlterius, an alter ex coniugibus*, Matiens. *lib. 5. recopil. tit. 9. l. 9. Glos. 1. n. 5.*

Circa lucra acquisita, maritus nullo modo potest constante matrimonio in fauorem vxoris renunciare lucris acquisitis, Molin. *tom. 2. de Iust. tract. 2. disp. 289. §. ex hac doctrina, & disp. 435. §. contrariam sententiam*, & Gregor. Lopez *l. 5. tit. 11. part. 4. verbo, outra manera*, quia vir est perfectè Dominus, & irreuocabiliter illius medietatis lucrorum, Sanch. *d. disp. 5. num. 7.* vbi *n. 8.* tanquam probabilius tenet posse durante matrimonio vxorem in fauorem mariti cedere lucris acquisitis; quia vxor non propterea fit pauperior donans illa; item nec verè, nec

propriè vxor acquirit dominium illius medietatis lucrorum, nec datur realis incorporatio in patrimonio vxoris irreuocabiliter: Imò *l. 60. Tauri, hodie l. 9. lib. 5. recopil.* decernitur posse vxorem cedere lucris durante matrimonio acquisitis: sequitur Couar. *4. 2. p. c. 7. §. 1. n. 11.* Gomez. *l. 51. Tauri, n. 66. vers. quintus est, ad finem,* Peres *supra,* Garcia *de coniugali acquest. n. 147.* & Gutier. *2. p. q. 126. n. 5.*

De iure Lusitano, vt ex supradictis constat, datur societas inter coniuges, quoad lucra, & communicatio eorum constante matrimonio acquisita, vt ait Gama *decis. 314. n. 4.* quando scilicet aliud non est expressum per contrahentes: quod etiam procedit quoad fructus, & lucra Maioratus, Rebell. *d. q. 1. num. 4.* post Gomez. *in l. 50. Tauri, n. 33. vers. quarto extende,* ibi: *si bona dotalia consistant in Maioratu, vel rebus vinculatis:* Cabed. *2. p. decis. 111. num. 3.* vbi concludit etiam dari communicationem in meliorationibus factis constante matrimonio: quod clariùs tradit Barbos. *in l. diuortio §. final. num. 113. vers. quod circa expensas.*

Secùs tamen in Regno Castellæ per *legem 46. Tauri olim, qua hodie est l. 6. tit. 7. lib. 5.* Ordinamenti, per quam disponitur possessorem Maioratus aliquod opus in Maioratu facientē de nouo, vel reficientem, non teneri, neque eius successorem, aut hæredes, soluere vxori aliquid pro meliorationibus: quinimò hanc legem esse iniustam tradit Palatius; illam tamen esse iustam defendit Molin. *lib. 1. de primog. cap. 26. num. 14. vers. sed mea,* de quo dubitat, Barbos. *vbi supra num. 114.* & sic dimidium soluere tenebitur successor vxoris filiis, & hæredibus meliorantis.

68 Quæstio decima quinta, in matrimonio per dotem, & Arrhas contracto, quæ bona sint communia, & quæ non; & quando incipiat communicatio? Facilè soluitur ex traditis supra, si dicas esse communia vtrique coniugi omnia lucra constante matrimonio acquisita per operam, & industriam vtriuslibet; quia contrahitur societas particularis, quoad hæc; non tamen fiunt communia vtrique coniugi bona castrensia, quæ scilicet ex officio militari, vel ex regia donatione acquiruntur, nisi communibus expensis vir militet, vt iam dictum est; & fructus lucrorum castrensium: Gomez. *l. 50. Tauri num. 72.* post Roderic. Xuarium, quem refert, ac sequitur; addens, si maritus constante matrimonio vendat, vel alienet prædicta bona non dari cōmunicationem vxori, nisi dolosè alienet, vt vxor sua medietate priuetur: tunc enim vxor suam medietatem obtinebit: ita *l. vltim. tit. 4. lib. 5. Ordinamenti.*

Quando autem incipiat communicatio lucrorum communium, tradit Gomez. *d. l. 50. n. 72. Tauri,* videlicet post ductionem ad domum, & simultaneam habitationem. Oportet ergo in Regno Castellæ, vt detur communicatio horum lucrorum, quod ambo viuant simul, & ab eo tempore contracta est societas: Segura *in repetit. l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2. fol. 46.*

Si maritus vero prædicta lucra communia liberaliter donet, vel partem eorum, non poterit vxor reuocare, vt recuperet partem suam, nisi dolo probato in marito donante, qui nunquam præsumetur in dubio, per *l. 1. ff. de his, quæ in fraudem creditor. & in l. penult. C. eodē tit.* Probatur ex *l. final. tit. 4. lib. 5. Ordinamenti,* generaliter dicēte maritum posse alienare: quod debet intelligi titulo onerosu, vel lucratiuo: quæ sententia placet Ancharano *cons. 102.* quam puto verā in donationibus seu alienationibus paruis; secùs in immensis, quia in generali, & libera administratione bonorum cōcessa, non intelligitur facultas donandi, nisi expressè concedatur: Bart. *in l. vltima in principio, & in l. si quis delegauerit 12. ff. de nouat.* Decius *cons. 402. num. 9.*

Ratio, quia quoties lex desiderat, vt aliquid fiat specialiter, non satisfaciunt verba generalia: *l. si quis bona, §. iussum, ff. de acquirend. hæred. l. 1. circa finem, ff. de liber. & posthu.* ergo quamuis maritus possit aliquid ex lucris acquisitis alienare, non potest tamen id facere in præiudicium notabile vxoris: ita Xuares *in sua lectura super leges fori fol. 21. col. 2.* & Palat. *in sua repetitione fol. 47. col. 2. vers. ex his infertur,* per text. *in c. qui ad agendum, de procuratoribus, in 6.* vbi habetur, quod si procurator constituatur generaliter ad omnia etiam requirentia mandatum speciale, non propterea admitti posse in his, quæ mandatum speciale exigunt; nec satisfaciunt verba generalia, quæcunque illa sint: Gloss. *in c. inquisitioni, verbo expressè, de hæreticis in 6.* Glossa *in Clement. dudū, verbo pacta, de sepulturis:* quare donationes factæ à marito, quæ fuerint immensæ, & in notabile præiudicium vxoris; siue matrimonium fiat per dotem, & Arrhas, siue non; possunt repeti, & reuocari ab vxore: secùs si tales non fuerint, vt deducitur ex praxi, & ex *lege nostra lib. 4. Ordin. tit. 64.* Valasc. *de partitionib. cap. 24. n. 15.* Barbos. *in l. 1. p. 1. n. 40. ff. solut. matrim.* & Molin. *de primog. lib. 1. cap. 1[illegible] n. 66. vers. qua ratione,* & Rebell. *d. q. 1. lib. 6. n. 8.*

Quæstio decima sexta soluitur, si dicatur soluto matrimonio ob culpam mariti per eum postea quæsita communicari vxori, quæsita autem per vxorem non communicari marito: Palat. *in repetit. rubricæ §. 64. n. 10. & l. Tauri 16. n. 35.* Peres *l. 4. tit. 4. lib. 5. Ordinamenti pag. 164 col. a.* sequitur Challan. *in consuetudines Burgund. rubr. 4. §. 2. verbo, & acquest. 2. n. 16. pag. 341.* Gama *decis. 357. ad medium,* Couar. *de sponsal. 2. p. c. 7. §. 1. n. 6.* Gutier. *in Canonicis q. c. 24. n. 19.* eò quia tā in Castella, quàm in Lusitania est societas contracta inter coniuges, quæ tantùm durat, quantum ipsum matrimonium: Ergo si maritus ante tempus culpa sua diuertit à matrimonio, non excusatur à tacita societate, & vxor nō tenetur marito cōmunicare, maritus autem vtique; quoniam non liberatur à prædicta societate, à qua vxor est libera: Bald. *l. si vxor, n. 6. in fine C. de condit. insertis,* Decius *l. 1. n. 10. C. vnde vir & vxor.* Maricus. *l. 2. tit. 9. lib. 5. Ordinamenti, Glo. 1. n. 53.*

69 Contra verò si vxor est in causa, vt matrimonium separetur quoad thorum, & cohabitationē, ob adulterium aliamve causam iustam, vxor postea acquirens, marito cōmunicabit, maritus autem nihil vxori: Palat. *d. l. Tauri 16. n. 31.* Masienf. *supra,* & Gutier. *d. cap. 24. n. 14.* Segura *l. vnum ex familia, §. sed si fundum, n. 36. ff. de legat. 2.*

Insuper si culpā vxoris separatur matrimonium, vxori competit filios alere, non autē marito; ne culpa vxoris maneat impunita: *Authēt. si pater C. diuortio facto,* Glos. *in Authēt. vt liceat matri, §. illud, verbo, alantur, collat. 8.* Glos. *in l. alimenta, verbo materna. C. de negot. gestis,* & *ibi* Bart. *n. 1.* Boer. *cons. 17. n. 11.* Syluest. *in sum. verbo, filij, n. 14.* Valasc. *cons. 91. a n. 10.*

Quòd si maritus fuit in culpa, apud eandem matrem filij debent nutriri, patris tamen sumptibus; vt in *Authent. si pater, C. diuortio facto,* Glos. quoque *in verbo, materna, in l. alimenta, C. de negot. gestis:* vbi Paul. *n. 3.* & Alexand. *n. 6.*

De iure tamen Lusitano, matrimonio celebrato per Chartam medietatis, facto diuortio ob culpam vxoris; Valasc. *supra n. 12.* putat apud patrem, & patris expensis filios esse educandos, quia bon. partiuntur ex æquo, & non restituitur dos: ideò non liberatur pater a præstandis alimentis, materque solum punitur in priuatione filiorum: quam praxim se *ibi* vidisse refert.

Facta

Facta denique separatione iudicio Ecclesiæ ob culpam mariti, si bona etiam diuidantur, & cuilibet pars sua tradatur, quam quilibet separatim gubernet; dicendum videtur, nullam dari inter coniuges societatem, neq; communicationem: censetur namque soluta societas de consensu vtriusque: per text. in l. itaque 65. ff. pro socio: Menoch. cons. 12. num. 27. lib. 1. & quilibet coniux etiam apud Lusitanos non obstante lege Regia, lib. 4. tit. 48. prohibente marito ne possit alienare immobilia sine consensu vxoris; in casu supra dicto, quilibet de parte sua disponere potest ad libitum: Gama decis. 357. ad finem, & Gutier de Iurament. confir. 1. p. c. 1. n. 54. & sequent.

Denique si fiat separatio, propter votum castitatis emissum de communi consensu ab vtroque coniuge; videtur cessare societas tacitè, & ex consequenti communicatio; etiam si bona non sint diuisa: ita Didacus de Castillo l. Tauri 16. Glossa magna col. vltima, & ibi Palat. n. 34.

70 Quæstio decimaseptima, an valeat donatio Arrharum facta vxori putatiuæ? Negat Rebell. 2. p. lib. 6. q. 7. n. 5. Attamen affirmat Palat. repet. rubric. §. 36. n. 9. ex ea ratione; quia dantur in præmium pudicitiæ amissæ: l. res vxoris, & ibi Bald. C. de donat. inter vir. & vxor. Contrarium tamen est tenendum, quia Arrhæ non confirmantur per legem, propter pudicitiam simpliciter deperditam; sed propter pudicitiam amissam per copulam coniugalem, seu ma-

71 trimonialem. Cùm igitur vxor putatiua non fuerit vera vxor; non lucrabitur Arrhas, nec maritus tenebitur soluere: Barbos. 1. p. l. 2. in principio, n. 158. ff. solut. matrim. post Gomez. l. 50. Tauri, n. 70.

72 Quæstio decimaoctaua, an Arrhæ debeantur integrè, habita fide de dote soluenda? Affirmat Valasc. consult. 3. n. 6. nam quamuis vxor, quæ non soluit integram dotem, non lucretur Arrhas integras, sed eas tantùm lucretur pro rata dotis solutæ; habita tamen fide de dote soluenda, & matrimonio soluto ante aduentum diei, debentur Arrhæ; licèt adhuc dos non sit tradita: habita enim fides de pretio, pro numeratione habetur: l. quod vendidi, & ibi Glos. ff. de contrahenda emptione: Angel. & alij, in §. vendita, Instit. de rerum diuisione: iuuat Afflict. decis. 333. n. 1. & 2. & quæ tradit Barbos. 4. p. rubrica, ff. solut. matrim. n. 8. neque est imputandum mulieri cur ante diem dotem non soluit: Valasc. supra.

73 Quæstio décimanona, vtrùm Arrhæ post contractum & consummatum matrimonium possint constitui in Castellæ Regno; & quid in Lusitano? Ioan. Lupus in rubrica, de donat. inter vir. & vxor. §. 12. incipit, Aduertendum: Monial. in l. 1. tit. 2. lib. 3. fori, & Gomez. l. 50. Tauri, n. 12. volunt posse constitui tempore sponsaliorum, vel matrimonio constante, sicut potest fieri dos: argumento text. in l. cum multa, § si igitur, & in l. si constante, C. de donat. ante nuptias: sequitur Couar. de sponsal. 2. p. cap. 3. §. 7. n. 12. ex eo, quia constante matrimonio, donatio propter nuptias potest fieri de nouo, etiam cum pacto, quòd vxor eam lucretur: per l. si constante, C. de donat. ante nuptias: in quo imitatur conditionem nostratum Arrharum. Ideo sicut donatio propter nuptias fieri poterat post matrimonium contractum; sic etiam Arrhæ in Hispania.

Gregor. tamen Lopez l. 1. tit. 11. part. 4. verbo em España, de hoc dubitat, & valdè ambigit; quasi Arrhæ, si fiant constante matrimonio, sint veræ donationes, & sic inualidæ, nisi morte donatis præcedente traditione confirmentur: quinimò, vt valeat talis donatio, desideratur donantem in eadem voluntate perstitisse vsque ad mortem: Sanch. de matrim. lib. 6. disp. 15. & Molin. de Iust. tract. 2. disp. 289. n. 11. vers. secundus euentus.

Cæterùm Valasc. d. consult. 4. existimat priorem sententiam locum habere in Hispania; non autem in Portugalia, vbi constitui nequeunt Arrhæ constante matrimonio iam; ex verbis Ordinationis Regiæ, lib. 4. tit. 47. ibi: em os contractos de seus cazamentos, & infra: mas podera cadahum em o contracto dotal prometer, E dar à sua mulher por Arrhas; per quæ verba ostenditur Arrhas posse constitui, aut promitti in contractu dotali, ante celebratum, & consummatum matrimonium, non verò constante iam matrimonio; nisi constitutio Arrharum, aut additio, fiat post contractum matrimonium à viro, in compensationem, aut remunerationem nobilitatis, vel dotis vxoriæ, vel alterius causæ æquipollentis; quod videlicet vxor valdè nobilior ipso marito sit, vel multò plus ipsa diuitiarum adduxerit, quàm maritus mereretur; & constaret remunerationem fuisse causam principalem talis constitutionis, seu additionis Arrharum: Valasc. consult. 4. n. 5. Rebell. de obligat. Iustitia, p. 2. lib. 6. q. 4. n. 11. Barbos. ad Ordinationem Regiam, lib. 4. tit. 47. n. 1. & Petr. Barbos. in l. si ante, ex n. 8. ff. solut. matrim. in quo euentu habebit locum sententia Palatij, in repetitione rubrica, §. 36. n. 9. dicentis, posse etiam soluere Arrhas vxori putatiuæ; quia talis donatio, non fit vxori putatiuæ à viro, sed in recompensationem, seu remunerationem aliquarum ex causis supra dictis, nobilitatis scilicet, vel dotis, vel alterius causæ æquiualentis, ob quam vxor est benemerita: Rebellus supra n. 12. Valasc. d. consult. 4. n. 6. & 7. ex traditis ibi.

Quæstio vigesima, quando maritus est in mora recipiendi dotem, an teneantur eius hæredes Arrhas persoluere, & habeatur dos pro tradita? Diximus in hoc §. q. 13. n. 66. ad finē vers. quoad posteriorē partem. 74

---

§. V.

Quid faciendum, quando matrimonium separatur ex causa licita, siue matrimonium fuerit contractum per chartam medietatis, siue per dotem, & Arrhas.

EPITOME.

75 *Vtrùm maritus, qui contraxit nulliter, gaudeat priuilegio restituēdi dotem, vltra quā facere potest.*
76 *Vtrùm maritus possit carcerari, si non restituat dotem integram.*
77 *Matrimonio vero licitè separato; an dos sit restituenda integrè? Et quid significet; Maritus debet restituere quatenus facere potest.*
78 *Marito restituenti dotem, si pauper sit, aliquid est relinquendum in vita subsidium.*
79 *Priuilegio, quod maritus non teneatur vltra quàm facere potest, an ab eo renunciari possit.*
80 *Et qui gaudeant hoc priuilegio vltra maritum.*
81 *Et quando cesset.*
82 *Separatio thori ob adulterium vxoris impeditur, si vxor excipiat de eodem crimine à viro patrato.*
83 *Ob adulterium, cui maritus dedit occasionem, vxoris, etiam fit separatio thori.*
84 *Maritus ob adulterium non potest vxorem propria authoritate domo expellere.*
85 *Diuortium quoad thorum, licitum est propter hæresim; non tamen dissoluitur matrimonij vinculum.*
86 *Vtrùm maritus, soluto matrimonio, si restituere dotem vxori statim non possit, an teneatur id cauere?*

87 *Maritus, soluto matrimonio propter nullitatem, an teneatur impensas deducere factas cum uxore?*

88 *Maritus si post diuortium fructus seminet, & percipiat, licitè non potest eos percipere; & an impensas factas in fructibus possit deducere.*

89 *Et quando dicatur impensas facere propter fructus.*

90 *Matrimonio soluto, intra quantum tempus dos uxori, aut eius heredibus est restituenda, & ad quem pertinent fructus rerum dotalium.*

91 *Matrimonio soluto, interim dum dos uxori non soluitur, quousque alimenta uxori sunt ministranda.*

92 *Matrimonio separato, quando vir, aut heredes illius sunt in mora soluendi dotem; quid uxor, aut heredes illius possint accipere pro illa mora? Et quid de marito, cui dos promissa non soluitur?*

93 *Matrimonio separato; Emphyteusis, quando est diuidenda inter utrumque coniugem, siue contraxerint per dotem, & Arrhas, siue non.*

94 *Matrimonio soluto per mortem uxoris occisæ, negatur actio marito occidenti, quam habebat ex pacto de dote lucranda, si uxor premoreretur.*

95 *Matrimonio soluto, interfecto marito ab uxore, quid faciendum.*

96 *An possit uxor de adulterio accusare maritum, ad amissionem dotis.*

75 QVæritur primò, an matrimonio separato, vt nulliter contracto, sit restituenda dos integrè à marito in solidum; non attento priuilegio, de quo *in l. maritum, ff. solut. matrim.* secundùm quod non debet fieri exequutio in bonis mariti in totum, nisi quatenùs maritus facere potest? Dico primò integram dotem esse restituendam, nulla facta deductione ob priuilegium mariti, quia non fuit verum matrimonium, nec ipse verus maritus ob impedimentum dirimens: Couar. *de sponsal. 2. p. cap. 6. §. 8. num. 26.*

Item quia priuilegium, de quo *in d. l. maritum*, ne ipse conueniatur vltra quàm facere potest in restituenda dote uxori, non competit marito putatiuo, sed legitimo: Barbos. *in d. l. maritum, n. 5. & num. 10.* Molin. *de Iust. tract. 2. tom. 2. disp. 415. n. 3. & n. 8. & disp. 442. n. 5.* Idem ex antiquioribus concludunt, Ioan. Andreas, *in cap. 1.* & ibi Panor. *de donationib. inter vir. & uxor.*

76 Quæritur secundò, an maritus diues possit carcerari, si non restituat integram dotem. Dico secundò posse, quia non gaudet beneficio competentiæ in dote quam commodè soluere potest: neque dicitur in hoc casu teneri vltra quàm facere possit: ita Ioan. Baptista *de priuilegiis dotalibus, centuria 4. num. 50.* Brunus *tractatu de cessione bonorum, 4. p. q. 24. num. 1.*

77 Quæritur tertiò, an maritus matrimonio legitimè contracto, & ex causa licita separato, teneatur integram dotem restituere? Respondetur affirmatiuè, si potens sit soluendo: aliàs satisfacit, si restituat quatenùs facere potest. Quæ verba significant, quòd maritus non patiatur exequutionem ratione dotis, vltra quàm facere possit: proinde non omnia bona viro sunt auferenda, sed relinquenda aliqua in vitæ subsidium, attenta dignitate, & qualitate personæ: *l. nepos proculo, ff. de verbor. significat.* Glos. *in cap. Episcopus, verbo vilia, 10. q. 2.* Glos. *in cap. nobis, verbo, modestè, de Iure patronatus*, & in specie Bald. *in l. 2. C. quod cum eo*: dicens relinquendum
78 esse marito vnde viuere possit decenter: sequitur Iason, *l. sunt qui, num. 2. ff. de re iudicata*: Lara *in l. si quis à liberis, §. sed si filius, num. 174. ff. de liber. agnoscend.* Baëça *de inope debitore, cap. 17. num. 68.* quo etiam priuilegio gaudent omnes, qui nequeunt conueniri vltra id, quod facere possunt; siue mariti sint, siue non; vt volunt Imola, & Angel. *in l. Nesennius, §. final. ff. de re iudicata.*

Quæritur quartò, an separato matrimonio ex causa licita, vltra dotem sit aliquid amplius restituendum? Certi iuris est lucra, durante matrimonio quæsita, esse communia; vt dictum est: Gama Lusitanus *decis. 314. n. 4. & 5.* Valasc. *consult. 103.* & *de partitionibus cap. 5. n. 4.* Spin. *in speculo, Glos. 18. ex num. 4.*

Insuper si fiat separatio ex causa adulterij, ob culpam uxoris, in eo euentu non est restitutio facienda uxori: *cap. plerumque de donat. inter vir. & uxor.* quia per adulterium mulier amittit dotem: Couar. *supra, cap. 7. § 5. num. 3. 2. p. de sponsal.* Gomes. *l. 80. Tauri, num. 47.* Molin. *de Iust. tom. 4. tract. 3. disp. 90. n. 2.* Sanch. *de matri. lib. 10. disp. 8. n. 2.* & Cabed. Lusit. *p. 1. decis. 124 & 125.*

Si tamen culpa mariti, fiat separatio iudicio Ecclesiæ, tota dos est restituenda uxori: text. *in cap. mulieres, de donat. inter vir. & uxor.* & ibi Scribentes: quod intelligitur, quamuis non sit culpa adulterij commissi à marito; sed satis est si fiat separatio, quoad thorum, & mutuam cohabitationem in perpetuum. Quinimò culpa uxoris matrimonio separato authoritate Ecclesiæ; vir nec dotem, nec alimenta, durante causa separationis, uxori restituere, aut præstare tenetur: Garcia *de expensis, cap. 13. n. 56.* Roland. *cons. 50. n. 6. lib. 1.* semper autem in restituenda dote requiritur separatio per sententiam Iudicis Ecclesiastici, vt per Nouel *de dote speciali 11. n. 7.* Petr. Barbos. *in rubrica ff. solut. matrim. p. 2. num. 41.* Augustin. Barbos. *in d. cap. mulieres, n. 6. & 7.* quia dos non amittitur ob aliquod crimen ipso iure, sed per sententiam: Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 7. § 6. n. 1.* & Sanch. *de matrim. lib. 10 disp. 8. n. 13.* Palat. *in repetitione rubrica, §. 64. n. 8. & 9.* vbi multa refert hac de re.

Quæritur quintò an priuilegio, quòd maritus non teneatur vltra, quàm facere potest, possit ab eo renunciari? Negat text *in l. alia, § eleganter, ff. solut. matrim.* vbi latè Petr. Barbos. *à n. 1.* quia est inuentum hoc priuilegium, propter externam reuerentiam debitam maritis: quocirca huiusmodi renunciatio esset contra bonos mores: Couar. *in c. quamuis, p. 2. in principio, n. 8* Gomes. *tom. 2. variar. cap. 11. n. 53.* Lara *in l. si quis à liberis, §. sed si filius, num 94. ff. de liber. agnoscend.* 79

Est enim maritus caput mulieris: proinde mulier illi tanquam capiti præstare debet reuerentiam: *cap. Ordo, & cap. mulierem, 33. q. 5.* & ius reuerentiale remitti non potest pacto: Glos. final *l. qui exceptionem, 40. §. final. ff. de condictione indebiti.* Quare non potest maritus renunciare priuilegio huic, neque generaliter, neque in causa particulari: Felin. *in cap. si diligenti, n. 24. de foro competenti*: Barbos. *in d. l. maritum, n. 28. & 29 ff. solut. matrim.*

Præterea quibusnam competat priuilegium hoc, ne quis conueniatur vltrà quàm facere potest, sicut marito; dignum est scitu: nam si maritus damnetur ad restituendam dotem uxori, non debet fieri executio in solidum in eius bonis, sed solùm quatenùs facere potest. Dicendum igitur est, debitores regulariter à suis creditoribus in solidum conueniri posse, paucis exceptis, qui gaudent hoc priuilegio; quales sunt socij, si conueniantur à socijs ex causa societatis. Item patronus, & patrona, & liberi eorum, si conueniantur à libertis: vnde si pro debito conueniantur non respondent vltra quàm facere possunt, atque ita non reddent omnia, sed retinebunt 80

quantum

quantum opus esse videatur, ne fame pereant, aut saltem ne egeant.

Similiter gaudebit hoc priuilegio donator, si conueniatur à donatario: & relinquetur donatori, quantum opus est, ne egat: *l. inter eos, ad princ, ff. de re indicata.*

In quo etiam donatore est notandum, vt quod deducitur in gratiam donatoris, non teneri donatorem restituere donatario, quamuis postea ad pinguiorem fortunam deueniat. A quo onere non liberatur maritus, quando ex dote aliquid sibi reseruauit, propter inopiam, si postea fiat potens ad soluendum: *l. vnica, §. cum autem, C. de rei vxoriæ actione:* Barbos. post Fabrum, & Angelum, *in d. l. maritum, n.* 100. & Molin. *tom. 2. disp.* 413.

Deinde præter coniuges inter se ipsos, gaudet priuilegio hoc socer, quando dos ad illum peruenerit, & à Nuru sua conuenitur, pro eadem restituenda: tunc enim non poterit conueniri vltra quàm facere potest: *l. sicut autem* 30. *ad initium, ff. de re iudicata:* vt post alios tradit Zasius, *in l. non tantum, n.6. ff. eodem.* Quia socer respectu Nurus est loco parentis: *l. quia parentis, ff. eodem titulo.*

Constat enim filium non posse connenire parentem, vltra quàm facere potest: *l. sunt qui, in fine, & l. sequenti, ff. de re indicata.* Imò socer pater vxoris, si conueniatur ex causa dotis à genero, pro dote promissa, quamdiu durat matrimonium gaudebit hoc priuilegio: Barbos. *supra ex n.* 62. Soluto autem matrimonio, cùm dos promissa necdum soluta, regulariter peti non possit à marito, non gaudebit Socer pater vxoris hoc priuilegio: vt habet Gloss. a. *l. ex diuerso,* 18. *ff. solut. matrim.*

Absolutè tamen dicendum est, socerum patrem vxoris gaudere hoc priuilegio, vt non conueniatur vltra quàm facere potest ex causa dotis, tam durante matrimonio, quàm eo dissoluto; nisi dolus ex parte soceri reperiatur, & probetur: eo enim probato non gaudebit hoc priuilegio, si conueniatur matrimonio soluto: Est communis, & probat *l. penult. ff. de iure dot.* Campeg. *de dote* 3. *p. q.* 250. *ad finem:* Rebell. *de Iust. lib.* 5. *q.* 9. *sect.* 2. *n.* 17. & 18. ex causa, & persona; quia quamuis non sit actualiter Socer post mortem filiæ: fuit tamen; & adhuc apparent reliquiæ obligationis reuerentialis.

Interueniente autem dolo excluditur Socer ab hoc priuilegio; etiam quando constante matrimonio conuenitur: Gloss. *in d. l. penult. verbo ex causa, ff. de iure dotium:* Paul. *in l. res indicata, §. Secero, n.* 8. *ff. eodem.* Palat. *in repetitione Rubrica.* §. 21. *n.* 14. Couar *variar. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 9. & ita fuisse iudicatum refert Gama *decis.* 25. *n.* 2. Argumento mariti, qui etiam propter dolum non gaudet hoc priuilegio: *l. etiam, § licet, ff. de reindicata:* ergo Socer propter dolum priuabitur etiam hoc beneficio: Molin. *de inst. tract.* 2. *tom.* 2. *disp.* 442. *vers. quod attinet ad vltimum.*

Censebitur Socer commisisse dolum, si quando dotem promisit; sciebat se non esse soluendo: ita Petr. Babos. *in d. l. maritum, num.* 76. Rebell. *supra num.* 23. Non præsumitur autem dolus in marito recipiente dotem, quamuis sit pauper; quia cùm non teneatur nisi post matrimonium dissolutum dotem restituere, meritò sibi persuadere potest, si quid insumat ex illa, posse comparare ante tempus restituendi: secùs in socero, qui statim dotem debet tradere: ideò si promittat sciens se non esse soluendo præsumitur dolus, nec gaudebit priuilegio deducendi sibi alimenta, quando dolosè fecit, ne posset soluere: Surd. *de aliment. tit.* 1. *quæst.* 78. *num.* 43.

Socer item vxoris mariti pater solum conueniri ab vxore potest, circa dotem, quantùm commodè facere potest: *d. l. res iudicata, §. vlt. ff. solut. matr.* Crot. *in l. si constante, n.* 162. *ff. eodem:* Surd. *de aliment. d. tit.* 1. *q.* 68. *n.* 14. Quod si vxor non habeat aliundè ea quibus se alat: tunc omnes debitores tenerentur eidem dare necessaria alimenta: nec sufficeret tribuere quantum facere possent, quia debitores non gaudent eo priuilegio aduersus debitorem: Molin. *supra, de inst. disp.* 413. & 442. *vers. quod attinet.*

Porro, quando promittens dotem marito non est pater vxoris, nec alius ex ascendentibus per lineam masculinam, sed extraneus; non gaudet priuilegio soceri, etiam si promittat ex liberalitate dotem vxori. Vnde soluto matrimonio per mortem viri, vel facto diuortio, si dotem ab illo liberali promissore exigeret, non debebit soluere vltra quàm facere posset: contra verò procedit, si filij post mortem matris ab eo dotem repeterent, eo quia in filios translatum est ius patris, quod pater ea titulo oneroso obtinuit.

Surd. tamen *tit.* 1. *de aliment. q.* 78. *n.* 15. tradit extraneum dotantem mulierem, quam dotare non tenebatur, aliquando etiam ex pacto sibi acquirere hoc priuilegium, deducendi scilicet ex dote, ne egeat, & ex consequenti gaudet priuilegio, ne conueniatur vltra quàm facere possit: atque ita deducet semper alimenta propria, vt est textus, *in l. si quis crediderit. & ibi* Bald. *ff. de pactis.*

Quæritur sextò, in quibus casibus cesset hoc pri- 81
uilegium? Respondetur primò, quando promissio est iurata: quia iuramentum excludit priuilegium ne quis conueniatur vltrà quàm facere possit, & obligat præcise ad factum, *cap. querelam,* vbi Butrius, *ne Prælati vices suas,* & tollit contrariam exceptionem, *cap. debitores, de Iureiur.*

Secundo cessat, quando maritus negat matrimonium, tunc perdit priuilegium; secùs si negaret dotem datam, vel contractum celebratum Alexand. *in l. maritum, col.* 1. *vers. vndecimo fallit, ff. solut. matrim.* vbi loquitur de marito.

Tertio, quando vxor etiam eget, nec habet vnde viuat, neque ex quibus alatur: in quo euentu maritus potest conueniri vltra quàm facere posset, quia charitas incipit à se ipso: *l. præses, C. de seruitut. & aqua,* & in æquali necessitate mulier præfertur: *l. assiduis, §. exceptis, C. qui potior. in pignore habeantur:* Bart. *in d. l. maritum, versus finem.* Bald. *in l. si quis crediderit, ff. de pactis;* & *in l.* 2. *n.* 5. *C. quod cum eo qui:* vbi notat non procedere hoc priuilegium in aliis personis, quibus non indulgetur causa miserationis, sed propter mutationem status, cum aliàs ad nihilum tenerentur; quia æquius est, vt maritus egeat, quàm mulier, quæ bona habet.

Quartò cessat, quando priuilegiatus habet Officium ex quo viuat, non gaudet priuilegio, ne conueniatur vltra quàm facere possit: quia tunc nihil deducit ex substantia sui patrimonij: iuxta Gloss. final. *l. si maritus ind., ff. solut. matrim.* & in specie volunt Ioan. Faber *in §. fuit præterea, vers. item si de dote, & ibi* Iason *num.* 7. & Aret. *num.* 3. *Instit. de actionibus.*

Quintò non gaudet hoc priuilegio maritus, quando propter paupertatem constante matrimonio, ab eo dos aufertur: Gloss. *in l. vbi adhuc, in verbo, fullertationem, C. de iure dot.* non enim tunc maritus potest allegare hoc priuilegium, quoniam non potest agere, cùm dos sit recuperata.

Sextò cessat priuilegium, quando dos consistit non in pecunia, neque in alia re mobili; sed vel in re immobili, vel in specie certa, vt deducitur

ex l. si filio, *ff. solut. matrim.* & *ibi* Imol. & multò melius, *in l. vnica*, *§. cum autem*, *C. de rei vxoriæ actione*, per quem text. ita voluit Bald. *in cap. 1. de not. feudi*, quæ opinio non videtur carere difficultate: & Bart.contrariam defendit, *in l. Nesennius, §. si fundus. ff. de re iudicata.* Prima tamen opinio defendi potest, quando vxor actionem realem mouet ad rem, non autem vteretur personali de dote. Septimò cessat, quando maritus est putatiuus, tunc non gaudet hoc priuilegio, *ex cap. 1 de donat. inter vir. & vxor.* & *ibi* Gloss. nam vir putatiuus non est verus coniux: Ioan. Andreas *ibi*: Alexand. *in d.l. maritum*, *vers. septimo*, *limita non procedere* & Imol. *in l. si filio*, *la 2. ff. solut. matrim.*

82 Quæritur septimò, vtrùm separatio thori propter adulterium vxoris, possit impediri ab ipsa vxore excipiente de adulterio mariti, vel è contra? Responsio est affirmatiua: potest enim fieri mutua compensatio vnius adulterij, cum alio: siue quis vnum, siue plura commiserit adulteria; eodem tempore, siue diuerso: ita Corta *in memorabil. verbo, vxor suscepta de adulterio*: Sanch. *de matrim. lib. 10. disp. 5. n. 2. & disp. 8. n. 29. cum seqq.* Farin. *in praxi criminal. q. 143. ex n. 73. ad n. 77.*

83 Non tamen impeditur separatio thori propter adulterium, quando vir dedit occasionem vxori adulterandi expellendo illam de domo, vel negando alimenta, aut quid simile: Farin. *d. q. 143. n. 12.* Barbos. *in cap. significasti, de diuortiis, n. 9.* nec ipsa vxor excusabitur à crimine, dicens se fecisse propter famem, vel propter sæuitiam mariti: Barbos. *l. 2. in principio, p. 1. num. 97. ff. solut. matrim.* Menoch. *conf. 31. n. 30.* non enim dici potest fuisse adulterium commissum culpa mariti, cùm ad illud non fuerit ordinata culpa mariti, nec vxor ob id eiecta domo, *l. non omne, ff. de statulibe. l. si is qui, ff. de obligationib. & actionib.* & ex consequenti potest maritus adhuc illam accusare, quidquid velit Tiraquell. *l. 1. connubial. Glos. 1. n. 24.* ita Roland. *consil. 30. n. 8. lib. 1.* & Lara *in l. si quis à liberis, §. si quis his, n. 210. ff. de liber. agnoscend.* & Barbos. *in d. cap. significasti, de diuortiis, n. 5.*

84 Quæritur octauò, vtrùm maritus possit vxorem adulteram propria auctoritate domo expellere? Respondetur semper desiderari Iudicis sententiam, vt licita sit thori separatio: Castro *lib. 2. de lege pœnali, cap. 8. vers. vt igitur.* Cardin. Bellarmin. *in suis controuersiis lib. 1. de matrim. cap. 14. vers. secundum est.* Peres *l. 7. Glossa 1. col. 2. tit. 15. lib. 8.* Surd. *de aliment. tit. 7. q. 17. n. 19.* & habetur *in cap. porro, de diuortiis.*

Aliqui tamen limitant non procedere, vbi adulterium esset tam notorium, vt nulla ratione, vel circuitione celari posset: tunc enim sine Iudicis sententia licitè fieret thori separatio ab ipso coniuge, propria auctoritate, qui est innocens, non expectata Ecclesiæ sententia: quod procedit etiam in foro externo, in quo coniugi expulso non competit beneficium restitutionis propter notorietatem.

Idem dicendum, si coniux in iudicio fateatur adulterium: æquipollet enim confessio adulterio notorio. Quare quando ita est notorium, vt nulla tergiuersatione celari possit, benè potest expelli à coniuge innocenti, propria auctoritate: Innocentius *in cap. significasti, num. vnico, de diuortiis.* Barbosa *in rubrica, ff. solut. matrim. 2. p. num. 26.* & ex Theologis, Sot. *in 4. dist. 36. q. vnica, art. 3. conclus. 2.* Vera Cruz *3. p. specul. art. 5. concl. 5.* Henriq. *lib. 11. de matrim. c. 17. n. 2. & in commente litera L.* Ludouic. Lopes *2. p. Instruct. de matrim. cap. 55. de diuortio quoad habitationem, col. 2.*

Cæterùm, si adulterium non sit ita notorium, vt oculis pateat, sed possit defendi aliquali tuitione à coniuge adultero, & expellatur propria auctoritate à coniuge innocente, tanquam temerè, expulsa mulier restituetur ad primã cohabitationem, si velit: ita Alberic. *in suo Repertorio, littera M. verbo matrimonium 8. vers. quid si aliquis coniugum:* Turrecremata *cap. sæculares, n. 2. 33. q. 2.* Henriq. *in d. cap. significasti, de diuortiis n. 6.* Dinus Antoninus *3. p. tit. 1. cap. 21. §. 5. & tit. 9. c. 8. §. 5.* & multò fortius restituetur, si adulterium est occultum, non admittitur in foro externo expulsio propria auctoritate; in quo casu loquitur Caput *significasti, de diuortiis*, ibi: *sine iudicio Ecclesiæ dimissa*: hoc est, non posse virum propria auctoritate vxorem dimittere in foro externo: Couar. *supra, p. 2. cap. 7. §. 5. n. 8. vers. est tamen necessarium iudicium Ecclesiæ:* Comitol. *respons. moral. lib. 1. q. 142.* Farinac. *in praxi criminal. p. 5. q. 143. n. 229.* vbi n. 232. id extendit cum alus, non posse virum de domo expellere vxorem ob adulterium prætensum, licet de illo certior fiat per virum aliquem extrajudicialiter, etiam fide dignissimum; quia hoc non sufficit vt vxorem ex sua domo eiciat palam.

In foro tamen conscientiæ coniux innocens, certus de adulterio occulto, sublato scandalo, potest diuertere ab eius habitatione: vt probatur *ex cap. de Benedicto, 32. q. 1.* quod est Pelagij Pontificis, vbi deciditur non esse cogendũ virum innocentem habitare cum vxore, quæ ab ipso recessit, & fornicata est: patet etiam ex illo *Matthæi, 5. & 19.* vbi Christus Dominus dixit, licitam esse vxoris dimissionem propter adulterium: ergo non solùm quoad thorum sed & quoad habitationem, licita erit in foro conscientiæ separatio, cessante scandalo, propter adulterium occultum: Nauar. *in sum. cap. 22. n. 23. & lib. 3. consiliorum, tit. de conuersione coniugatorum, in priori editione, cons. 3. ad finem, & in posteriori cons. 14.* Henriq. *supra cap. 17. n. 2.* Barbos. *rubrica, ff. solut. matrim. 2. p. n. 26.* Quocirca, cessante scandalo, licita est dimissio in hoc foro: imò vbi matrimonium est clandestinum potest innocens propria auctoritate recedere, quoniam cessat scandalum: Syluest. *verbo diuortium, q. 8.* vbi Armil. *num 7.* & Henriq. *vbi proximè.*

Quæritur nonò, vtrùm diuortium, quoad thorum, licitum sit propter adulterium spirituale, hoc est propter hæresim? Non est dubium licitum esse, vt colligitur *ex cap. final. de conuers. coniugatorum, & ex cap. 2. de diuortiis*, & ex D. Paulo *ad Titum, 3.* ibi: *hæreticum hominem post vnam, & secundam correctionem deuita*: vbi loquitur indistinctè de omnibus, & neminem excipit. 8

Imò ita licitum est diuortium etiam propter hæresim, vt vxor propria auctoritate possit virum hæreticum domo eiicere, non expectato Ecclesiæ iudicio: sic Surd. *de aliment. tit. 7. q. 21.* per text. *in cap. de illa, de diuortiis*, ibi: *sine iudicio Ecclesiæ*: vbi etiam dicitur si maritus sit hæreticus, posse vxorem propria auctoritate diuertere, quoad thorũ & quoad cohabitationem, per *d. c. de illa*, & *ibi* Butr. *n. 2.* Quia hic est casus, in quo vxori, vel marito agenti possessorio recuperandæ coniugis, quæ diuertit propria auctoritate, obstat exceptio spiritualis fornicationis; quoniam non potest salua fide vxor esse tuta cum marito: & hoc est discrimen inter carnalem, & spiritualem fornicationem. Nam pro carnali non expellitur vxor à marito propria auctoritate, nisi quando hoc ita est notorium, vt pateat oculis: attamen hoc licet pro spirituali fornicatione ob periculum infectionis: Gondisal. *in tract. de hæreticis, q. 15. n. 10.*

Vt dicatur autem Catholicus auctoritate Ecclesiæ separatus

separatus ab hæretico, non requiritur sententia specialis super diuortio, sed sufficit sententia Iudicis Ecclesiastici, in qua dicatur virum fuisse hæreticum, seu fœminam fuisse talem: Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 7. §. 5. n. 5.* Grassis *lib. 2. cap. 84. num. 16.* Barbos. *2. p. rubrica, n. 21. & 22. ff. solut. matrim.* Castro *l. 2. cap. 7. de iusta hæreticorum punitione:* Henriq. *lib. 11. de matrim. cap. 17. n. 6.* August. Barbos. *in d. cap. de illa, de diuortiis, n. 4.* vbi *n. 5.* post alios notat, vxorem separatam à viro hæretico, per sententiam Iudicis Ecclesiastici declarantis, illum fuisse hæreticum, non teneri redire amplius ad illum, etiam redeuntem ad fidem: Roias *de hæreticis, 2. p. assertione, 40. num. 235.* vbi absolutè docet non esse cogendum virum habitare cum vxore reconciliata, & refert pro se Castro, & Couar. Simanch. *de Catholicis institutionibus, cap. 40. num. 16.* addens, etiam Catholicum, altero coniuge repugnante, in religionem posse ingredi: sequitur Valentia *in controuersiis, lib. 1. de indissolubilitate matrimonij, cap. 6.* quatenùs ait integrum esse Catholico diuertere in perpetuum à coniuge separato, peculiari iudicio, & sententia Ecclesiæ.

An autem matrimonij vinculum dissoluatur per hæresim? Constat neutiquam solui, nisi per mortem coniugis: ita vt aliam non possit ducere. Quod intelligitur post perfectum matrimonium & ratum: text. *in cap. 2. de diuortiis,* ibi: *semper tamen coniuges erunt:* Surd. *decis. 249. num. 12.* Barbos. *p. 2. rubrica, n. 19.* Sanch. *lib. 2. de matrim. disp. 13. & 14.* vbi de matrimonij indissolubilitate, & *lib. 10. disp. 15. n. 3. ad finem,* ex Concil. Trid. *sess. 24. de matrim. canon. 5.* vbi sic ait: *Si quis dixerit propter hæresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam à coniuge dissolui posse matrimonij vinculum, anathema sit:* idem Sanch. *n. 7.* vbi addit ex aliorum sententia, quos *ibi* refert, posse Ecclesiam in pœnam hæresis statuere, vt matrimonij vinculum dissoluatur per lapsum alterius coniugis in hæresim, argumento matrimonij infidelium, quod soluitur iure Ecclesiastico per alterius conuersionem, altero coniuge in sua perfidia perseuerante.

Attamen ex eo solo Ecclesiæ Statuto, in quo Pontifex dispensare potest, discrimen inter matrimonium fidelium, & infidelium constituitur. Posse ergo Ecclesiam in pœnam hæresis statuere, vt per lapsum hæresis matrimonij vinculum dissoluatur, tradunt Hostiens. *in cap. ex parte, col. 2. n. 3. verbo ratum, de conuers. coniug.* & *ibi* Ioan. Andreas subdens id procedere maxime, si matrimonium nondum est consummatum: atque ita si est iam consummatum, est omnino falsa hæc sententia; siquidem ex Christi Domini dispensatione, solui matrimonium infidelium per alterius cõuersionem, explicata per D. Paulum, *1. ad Corinth. 7.* vide Sanch. *lib. 2. de sponsal. disp. 15. n. 11.* vbi concludit in matrimonio consummato non dari dispensationem quidquid dicant aliqui, quos refert, & reprobat Couar. *4. decretal. 2. p. c. 7. §. 8. n. 15.* & Henriq. *lib. 11. de matr. c. 2. n. 3 in cõmento, litera T.* idem Sanch. *lib. 10 disp. 15. n. 7. ad finem,* subiungens probabile esse posse Pontificem dispensare in matrimonio rato, sed verius esse non posse: quod prius dixit, *lib. 2. disp. 14. n. 4.* de quo diximus *supra parte secunda, lib. 1. de Summo Pontifice, disp. 1. n. 169.* sequuti partem negantem in matrimonio consummato, & *n. 170. & 171.* partem affirmãtem vti probabiliorem in matrimonio rato.

86 Quæritur decimò, vtrùm maritus soluto matrimonio, si restituere dotem vxori statim non possit, teneatur ei cauere? Dico primò maritum, si est pauper, teneri fideiussores præstare vxori, pro securitate dotis: quia quamuis regulariter vir nequeat, nec debeat vxori dare fideiussionem de dote restituenda, vel cõseruanda; id tamen limitatur, nisi maritus pauper sit, vt probat caput *per vestras, de donationib. inter vir. & vxor.* proinde si contrahat matrimonium cum viro paupere, scienter, non excluditur a petenda cautione de dote seruanda: ita Nouel. *de dote, p. 7. priuileg. 32.* Palat. *in d. cap. per vestras, rubr. §. 11. & sequent. n. 12.* D. Barbos. *in l. si constante, n. 27. ad finem, ff. solut. matr. vers. infertur etiam.* Aloys. Ricc. *in collectaneis decis. p. 4. collect. 1310.* vbi tradit regulam de dote assecuranda, cum suis ampliationibus, & limitationibus.

Petes tamen, cur regulariter maritus non debeat cauere pro securitate dotis? Dico secundò, pro dote restituenda vxori à marito, vel patre, vel alio recipiente, non dari fideiussorem; eò quia cùm marito principaliter persona vxoris tradatur, non est rationabile, nec iustum, quòd dos cõmittatur sub fideiussione; ne aliàs inter coniuges oriatur suspicio perfidiæ, & discordia, text. *in l. 1. & 2. C. ne fideiuss. dot. dẽt.* & *ibi* Gloss. ordinaria, Bart. Alberic. Bald. & Angel. & alij, quos referens sequitur Gomes. *l. 50. Taur. n. 26.* Rebell. *2. p. lib. 5. q. 9. n. 31.* vbi *n. 32.* docet, quando dos traditur marito ante contractum matrimonium, tunc posse dari cautionem restituendæ dotis, si matrimonium non sequatur: *l. Titio centum, §. Titio genero, vers. sed cum ante nuptias, ff. de condit. & demonst.* Gutier. *p. 1. de iuramento confirmatorio, cap. 21.*

Similiter potest dari fideiussor soluto iam matrimonio, quia cessat iam prædicta ratio prohibitionis: ita Glos. ordinaria, *in d. l. 1. C. ne fideiussores, & mandatores dotium dentur,* & *ibi* communiter Scribentes, Gomes. *supra.*

Eodem modo, quãdo extraneus dotem tradit sub ea lege, & conditione, quòd dos ad ipsum dotantem redibit soluto matrimonio absque sobole relicta, eò namque, quia causa ob quam prohibetur per vxorem peti à marito fideiussores pro restituenda dote, cessat etiam in hoc casu: ita Rebell. *d. q. 9. supra* post Bartol. Gomes. & alios.

Quæritur vndecimò, quando maritus separato matrimonio propter nullitatem, possit impensas factas cum vxore deducere? Bald. Nouel. *de dote p. 11. in principio, n. 16 vers. sed circa:* hoc dubium distinguit. si mulier repetat dotem à marito constito nullitatis matrimonij & vir impensas necessarias fecerit in persona mulieris posse illas sibi retinere, ne vxor cum aliena iactura locuples fiat: *l. planè, ff. de petitione hæred.* 87

Contra verò, quandò expensæ fuerunt vtiles, aut voluptuariæ, videlicet circa vestes vxoris pretiosas, & nullo modo quotidianas, quæ adhuc extant, poterit vir earum pretium deducere: *l. bona fides, ff. de regul. iuris:* secùs si vestes non extant, in quo euentu pretium non poterit repetere: *d. l. planè, in fine, ff. de petitione hæreditatis.*

Quinimò impensas factas in rebus dotalibus, necessariò maritus deducet, *per l. dote, propter 61. ff. de ritu nuptiarum,* non tamen si fuerint vtiles, aut voluptuariæ: *l. domum, C. de rei vendic.* Bart. *l. in fundo, n. 12. ff. eodem:* Rebellus tamen *de obligat. iustitia, lib. 7. q. 1. n. 9.* tradit impensas vtiles ipso iure non minuere dotem, aut eius æstimationem, eas tamen posse petere maritum per actionem negotiorũ gestorum, si vtiliter res gesta sit, vel per actionem mandati, si ex mandato mulieris vir eas fecisset: *l. voluptuaria, l. vtilium, ff. de impensis.*

E contrario autem, impensæ voluptuariæ in rebus dotalibus factæ, quamuis de mandato mulieris fiant, non possunt repeti: sed possunt tolli ab eo qui fecit, quando possunt absque detrimento rei detrahi. Secùs si ex mandato, aut ex voluntate alicuius alterius

alterius domini, qui non sit vxor, impensæ fiant in rebus illius: quia has qui fecit potest repetere: *l. quod seruus, §. sed si mutua pecunia, & §. necnon ff. de in rem verso.*

88 Quæritur duodecimò, an maritus possit percipere fructus, si post diuortium seminet, & an possit impensas factas in fructibus detrahere? Quoad primum dicendũ est, si fructus fuerunt sati, & percepti soluto iam matrimonio, maritum illicitè eos percipere, cùm illos percipiat ex re aliena, & ideò teneri ad interesse quanti plurimi: Barbos. *in l. diuort. §. ob donationes, ff. solut. matrim. n.26.*

Quoad secundum, certum est non solum bonæ fidei possessores, sed etiam malæ, posse detrahere expensas, quas fecit in fructibus quærendis, colligendis, & conseruandis: *l. si à patre, vel domino, §. vltimo, ff. de petitione hereditatis*: Barbos. *l. fructus, n. 15. ff. solut. matrim.* dummodo custodia fuerit necessaria, vt fructus integrè perciperentur: additque prædictos possessores posse detrahere impensas, si quas adhibuerunt personaliter in percipiendis, custodiendis, & conseruandis fructibus, modò sint soliti operas suas locare.

Id autem potest extendi ad illos, qui operas suas locare nunquam cõsueuerunt, si illas nolunt donare gratis: quocirca possunt deducere quantum valuerint propriæ operæ exhibitæ in gratiam illorum fructuum: Couar. *variar. lib. 1. cap. 3. num. 3.* post alios Tiraquel. *lib. 1. retract. §. 15. gloss. 1. n. 30.* Ex quo deducitur, quando iubetur integros fructus restitui, semper intelligitur deductis expensis factis, pro colligendis fructibus: argumento regulæ *l. fructus, ff. sol. matr.* secundum Bald. & Salic. *paulò post principium, in l. 1. C. de fructibus, & litium expensis*: Aretin. *in l. diuort. §. final. col. 2. ff. eodem,* & Catell. *in memorabilibus, verbo fructibus, in fine.*

Quod adeò verum est, vt procedat etiam si in lege dicatur, quòd integri fructus restituantur: adhuc enim intelligitur de integris fructibus deductis sumptibus: quod colligitur apertè, *ex l. 1. C. de his quibus vt indignis.* & *ex l. si à domino, 39. §. final. ff. de petitione hereditatis*: quam resolutionem probat Roman. *in d. l. fructus, num. 5. ff. solut. matrim.* in dispositione legis: secùs si in dispositione hominis de integris fructibus fiat mentio: nam tunc dispositio illa est intelligenda, quòd fructus restituantur non deductis expensis: *argumento l. fundi, C. ad legem falcidiam*: ita Alexand. *cons. 133. n. 4. lib. 5.* & Ruin. *cons. 65. n. 8. lib. 1.*

89 Dubitatur item quando dicatur maritus facere impensas in gratiam fructuum, & an illas amittat si fructus non nascantur? Quoad primum dico, impensas factas ob fructus colligendos, non repeti per maritũ, sed cum fructibus compensari. Dicũtur autẽ impensæ factæ in gratiam fructuum habendorum, quæ attẽta principali facientis intẽtione ad illum finem factæ sunt, vt fructus colligantur: proinde siue paruæ, siue magnæ sint, repeti non possunt à marito, quia eas tenebatur facere; dummodo impensæ pertineant ad præsentis anni, seu temporis vtilitatem, quamuis in consequentiam augeatur vtilitas fundi: satis enim est facientem percepisse vtilitatem pro toto eo tempore, quo facta fuit impensa: Cæpola *in l. impensæ, n. 4. de verbor. significat.* Barbos. *1. p. l. diuortio, n. 13. & 14. ff. solut. matrim.*

Quoad secundum, si fructus non nascantur, dici potest maritum meritissimò non posse impensas repetere, cùm nullos fructus perceperit: ideò imputetur fortunæ, argumento *l. si merces, §. vis maior, ff. locati,* & in terminis Bart. *in l. diuortio, n. 3. ff. solut. matrim.* Imò nec poterit deducere impensas factas circa fructus amissos in anno sterilitatis, in proximo anno sequenti, si fertilis fuerit; eò quia singulis quibusque annis maritus omnes fructus irreuocabiliter facit suos, etiam quando multùm excedunt quantitatem impensarum: quare diminutionem superuenientem in casu sterilitatis æquum est vt patiatur: ita Bart. *in l. fructus, n. 4.* & *ibi* Paul. *num. 5.* & Ruin. *numer. 6. ff. solut. matrim.*

Quæritur decimotertiò, matrimonio dissoluto, intra quantum temporis dos vxori, aut eius hæredibus est restituenda, & ad quem pertineant fructus rerum dotalium traditarum inæstimatarum? Ad primum, de iure antiquo soluenda erat dos, annua, bima, trima die, vel in tribus annis, in quolibet anno tertia pars: de iure tamen nouo, si dos consistat in rebus immobilibus, statim est restituenda, remota omni dilatione: quòd si consistat in rebus mobilibus, vel in quantitate, intra annum restituenda est, à die soluti matrimonij. Ratio, quia res immobiles faciliùs expediũtur: *l. vnica, §. exactio, C. de rei vxoriæ actione*: ibi, *sed eiusmodo intra annum in rebus mobilibus, vel se mouentibus, vel incorporalibus: cæteris videlicet rebus, quæ solo continentur, illico restituendis*: idem disponitur *in l. penult. tit. 4. part. 4.* nisi aliud exprimatur in contractu dotali: *l. 50. Tauri, num. 46.* Molin. *disput. 322. fol. 423.* 90

Ad secundum dico, fructus rerum dotalium immobilium, quæ fuerunt traditæ inæstimatæ, à die dissoluti matrimonij pertinere ad vxorem, aut ad hæredes illius: necnon fructus rerum mobilium inæstimatarum, quales sunt fructus animalium, merces nauis locatæ, aut seruorum locatorum.

Nihilominùs vsus istorum omnium, & vsus dotis quæ in summa consistit, & non in aliquibus rebus determinatis in indiuiduo, competit marito, aut hæredibus mariti per totum tempus concessum eisdem ad restitutionem dotis: Gomes. *in d. l. 50. Tauri, ex n. 47* subdens, si dos consistat in pecunia numerata, posse ea vti illo medio tempore, & postea restituere sine vsura fructus, & interesse, iuxta *l. vnicam, §. exactio, C. de rei vxor. actione.* Couar. *in Epitom. part. 2. cap. 3. §. 9.* Molin. *d. disp. 322. fol. 424.*

Quæritur decimoquartò, vtrùm matrimonio dissoluto, interim dum non soluitur dos vxori, sint præstanda alimenta eidem? Videtur negandum, quia mortuo marito vxor soluta est à lege mariti, *cap. super illa, verbo, mulier vero suo mortuo, de secundis nuptiis*: item quia dilatio legalis conceditur simpliciter sine aliquo onere, vel recompensa, argumento text. *in l. debitoribus, ff. de re iudicata*: igitur pro eo tempore non debentur alimenta. 91

Nihilominùs vxor debet ali à marito, vel hæredibus illius toto illo tempore, donec dos soluatur, cui obligatio præstandi alimenta adhæret: *l. si cum dotem, §. sin autem in sanissimo, ff. solut. matrim.* Nec obest quòd sit vidua; quia censetur pro eo tempore constare matrimonium, quoad hunc effectum præstandi alimenta: *l. final. C. de bonis maternis.* Item quia dos, quandiu non soluitur, habet eadem priuilegia, & idem onus: *l. etiam, ff. de fundo dotali*: ita Panor. *in cap. salubriter, de vsuris*: Anton. Gomes. ita *l. 50. Tauri, n. 48.* Molin. *disp. 322. vers. interim dum vxori, pag. 424.*

Limitatur primò id procedere, quando ipsa petit alimenta, nec habet aliundè alia bona, ex quibus alatur, argumento text. *in l. extraneo. ff. de ventre in possess. mittend. per l. si quis à liberis. §. 1. vers. sed si filius, ff. de liber. agnosc.* vbi disponitur non

esse

esse alendum aliquem ex legis dispositione, qui habet bona ex quibus sustentetur: ideò si vxori ab alio alimenta præstentur, hæredes mariti non tenentur eam alere.

Limitatur secundò, quando matrimonium dissoluitur per obitum vxoris: tunc enim hæredes vxoris non debent ali a marito, quia hoc priuilegium est personale, neque egreditur ab vxore: Molin. *supra, pag. 424. ad finem*, argum. text. *in l. vnica, C. de priuilegio dotis.*

Limitatur tertiò, quando maritus, aut hæredes illius soluto matrimonio fruuntur prædicto dilationis priuilegio: contra verò, si præsto sunt ad restituendam dotem vxori: tunc enim excusantur ab onere alendi illam, quia non debentur ei alimenta, vbi primùm dos illi soluitur. Aduertendum tamen est, quod quando vxor est alenda ab hæredibus mariti, ipsa debet laborare eo tempore, secundùm consuetudinem patriæ in domo eorum, quando commodè, & honestè cum illis morari potest: secùs si non possit cum illis habitare, vt decet: tunc enim alibi tenerentur alimenta præstare: Bartol. *in l. Caio, §. Imperator, ff. de aliment. & cibar. legat.* Gomes. *d. n. 48.* Molin. *disp. 322. §. interim dum vxori.*

Limitatur quartò, quando vxor mortuo marito gerebat vterum: quia tunc indistinctè debet ali, modò dos sibi restituta, modò non; & modò habeat alia bona, ex quibus se alat, modò non; vt disponit *l. 1. §. mulier, ff. de ventre in possess. mitten.* text. *in l. curator, ff. eodem titulo*, & in specie docet Bald. *in l. diuortio, ff. solut. matrim. col. 2.* & ibi Paul. de Castro, Gomes. *supra*, & Molin. *supra, pag. 425.* subdens in hoc casu vxorem esse alendam ex bonis communibus, vel saltem ex bonis superlucraris communibus, etiamsi dos statim ei tradatur.

92 Quæritur decimoquintò vtrùm matrimonio dissoluto, quando vir aut hæredes illius sunt in mora soluendi dotem, possit vxor, aut hæredes illius aliquid accipere pro ea mora? Dico primò mulierem non posse in contractu matrimonij pacisci, vt eo soluto per obitum viri, donec dos sibi soluatur, quid certum loco interesse præstetur, contra Laurentium Rodolph. *de vsuris*: ita Surd. *n. 194. n. 14. & 15. & de alimentis, tit. 1. q. 45. n. 17.* & Cæphal. *cons. 133. n. 130. lib. 1.* quos sequitur Francisc. Molin. *de ritu nuptiarum, lib. 3. q. 39. n. 28.* Ratio, quia pactio non iustificat, nec tollit quin sit vsura, *l. rogasti, §. si ibi, ff. si certū petatur*, & probatur *in l. 3. §. final. ff. de annuis legatis.*

Vnde non valebit pactum per quod vxori promittitur interesse, aut certa quantitas taxatur loco interesse: nam quamuis alimentorum causa sit fauore digna; non est integrum tamen pro quacunque causa, etiam pia, exigere aliquid vltra principale debitum.

Nihilominùs Francisc. Molin. *d. q. 39. n. 69.* addit posse mulierem conuentionem facere cum hæredibus mariti, occasione dilatæ solutionis, vt interim sibi aliquid annuū soluatur pro alimentis, in casibus, in quibus vidua potest post annum consequi dotis non solutæ interesse: sequitur Couar. *lib. 3. variar. c. 1. num. 3.* ad rationem scilicet decem pro centum.

Dico secundò, quando hæredes viri sunt in mora soluendi dotem vxori, aut eius hæredibus, solùm posse exigere lucrum cessans, ex eo quòd dos non soluatur, non autem aliquid vltra sortem; quamuis aliqui oppositum sentiant: quoniam nullus alius videtur titulus iustus, per quem plus exigere possint: ita Caiet. *2. 2. q. 78. art. 2. ad 6.* Couar. *supra corollar. 6.* Dicitur verò interesse tam lucrum cessans, quàm damnum emergens, quod debetur mulieri moram patiēti in dotis restitutione: vt in terminis vult Anchar. *in cons. 150. n. 6. in fine, vers. non obstat*, Roman. *in l. diuortio, in principio, n. 17. in fine, ff. solut. matrim.* vbi tenet data mora in hæredibus mariti posse mulierem petere ab illis, vt sibi reddatur omne illud, quod potuisset consequi, si dotē penes se habuisset.

Iuuat caput *per vestras, de donat. inter vir. & vxor.* & declarat Afflict. *decis. 284. n. 3. & sequent.* Couar. *d. c. 1. n. 5. vers. sexta hinc etiam, in fine*, vt videmus in quocunque creditore moram patienti, cui debetur interesse nulla habita ratione, quòd sit diues, vel pauper: ergo pari ratione idem seruandum est in vidua, quæ non debet esse peioris conditionis, quàm sint cæteri creditores: Surd. *de aliment. tit. 1. q. 45. n. 31. post alios.*

Secùs verò de dote promissa, & non soluta, volūt Bald. *in l. final. §. præterea, col. 2. C. de iure dotium*: Cæpola *cons. 15. in Ciuilibus*, & Anton. *2. p. tit. 2. cap. 7. §. 33.* dicentes, interesse dotis promissæ, & non solutæ, posse taxari ad rationem vnius pro quatuordecim, vel decem pro centenario, vt inter Mercatores: sequuntur Alex. *cons. 63. col. 2. lib. 3. & cons. 31. n. 7. lib. 4.* Palat. Rub. *in c. per vestras, vers. 8. inferius, col. 5.* & Conrad. *de contract. q. 35. concl. 11. & 12.* dùmmodò quantitas taxata adæquet verosimile interesse damni emergentis; idem Bald. *cons. 166. lib. 1.* & Couar. *d. lib. 3. cap. 1. n. 3. vers. septimo, supposito, quod vir onera matrimonij sustineat.*

Confert pro supradictis, quòd redditus annui perpetui, seu perpetuò ad liberam debitoris voluntatem redimibilis, pretium & æstimatio in Hispania est ad rationem quatuurdecim pro vno per legem Regiam, *6. tit. 15. lib. 5. recopil.* & per decreta Supremorum Tribonalium est probatum, teste Couar. *d. lib. 3. c. 10.* Vnde non est ambigendum de iustitia huius pretij, vt pote lege, & consuetudine definiti: per regulam *l. pretia rerum, ff. ad l. falcidiam*, quod est verum in foro conscientiæ, per Gersonem. *de contractibus, consideratione 5.* dicentem pro regula iusti pretij consuetudinem communem sequendam esse.

Cōfirmat Hercules Marescotus *lib. 2. variar. c. 83. n. 53.* ex statuto antiquo Vrbis *c. 2. lib. 4.* vbi tradit fructus dotis ex consuetudine fori redactos esse ad computum septem florenorum pro quolibet centenario: quæ taxatio intelligebatur pro oneribus matrimonij, tam post moram dotis non solutæ, quàm pro alimentis viduarum etiam habentium pignus dotale, ex quo possint recipere fructus loco alimentorum: quæ resolutio, seu statutum, si fieret, non displicet Molin. *d. disp. 322. ad finem vers. controuertunt*: quod extenditur ad matrimonium spirituale. Quamobrem Abbatissa poterit accipere certam pecuniæ quantitatem, donec Conuentui dos promissa pro Nouitia profitente soluatur: Fr. Manuel. *tom. 2. regularium q. 48. art. 7.* quem sequitur Augustin. Barbos. *in cap. salubriter, de vsuris, n. 6.*

Quæritur decimosextò, vtrùm matrimonio separato, Emphyteusis sit diuidenda inter vtrumque cōiugem, siue matrimonium cōtrahatur per Chartam medietatis, siue per dotem, & Arrhas? De Iure Regio, *lib. 4. Ordin. tit. 96* Emphyteusis est indiuidua, vt cōstat, *ibi §. 23.* Valasc. *cons. 53.* vnde Emphyteusis perpetua hæreditaria nō diuiditur per regiones, sed per æstimationem, adiudicatúrque vni fratrum, seu hæredū, habenti maiorē partē, tota Emphyteusis; vt cæteris satisfaciat de suis portionibus in pecunia. 93

Nihilominùs Emphyteusis perpetua, quæ fuit acquisita constante matrimonio inter coniuges secūdùm Regni consuetudinē, diuidetur separato matrimonio, per æstimationem cum altero coniuge superstite: habetur *d. tit. 96 § 24.* Quòd si Emphyteusis fuerit acquisita per alterum coniugem, ante matrimonium, tunc fiet diuisio inter vtrumque per æstimationem: incapitatio tamen fiet in illo cōiuge,

qui

qui ante matrimonium habebat Emphyteusim, & illam secum adduxit ad matrimonium, & eo mortuo in eius hærede, seu hæredibus: Valasc. *de iure Emphyt. q. 43. n. 9.* & *de partitionib. cap. 26. n. 6. & 7.* & constat *ex d. tit. 96. §. 24.* ibi: *Oa em cadahun de seus herdeiros.*

Attamen non habebit locum, nec fiet incapitatio in eo coniuge, qui Emphyteusim ante matrimonium habebat, quando inuestitura Emphyteutica fuit facta cum clausula pro se, & filiis, aut pro filiis suis, & descendentibus sine mentione hæredum & successorum, aut hæredum & successorum: tunc enim, nec per æstimationem diuidetur Emphyteusis, sed manebit præcipua cum illo coniuge, qui illam ante matrimonium iam habebat: prout disponit prædicta lex nostra, *d. §. 24. ad finem,* aut cum eius hæredibus, ibi: *ficara precipao com oqne antes a tinha, oa seus herdeiros:* eo quòd similis Emphyteusis concessa sine mentione hæredum, & pro se, & filiis; vel pro se & descendentibus, non est Emphyteusis hæreditaria, sed vocatur de pacto, & prouidentia: Cald. Pereira *de nominat. q. 17. n. 19. & q. 21. ex n. 20.* Idem tenet P. Mulin. *de iust. disp. 476. col. 1. & 2. pag. 1459. & sequent.* Quando autem contractum fuerit matrimonium per dotem, & Arrhas, seruabitur circa huiusmodi diuisiones, quod inter partes fuit celebratum; vt disponit Lex Regia *d. tit. 96. §. 24.*
94 *ad finem.*

Quæritur decimoseptimò, Verùm matrimonio dissoluto per mortem vxoris, quam maritus occidit, detur actio marito ad lucrandam dotem, si fortè ex pacto illam habebat, si vxor præmoreretur? Respondetur, occisorem non succedere in bonis occisæ: Bald. *l. 1. C. vnde vir, & vxor,* & *ibi* Alexand. *col. penult. vers. item quæritur,* & Iason. *col. 2. vers. ista lex.* Ratio, ne ex scelere suo lucrum maritus capiat, text. *in l. si ab hostibus, §. 1. ff. solut. matrim.* vbi vir occisor vxoris non lucratur dotem ex pacto antea inito de ea lucranda, si vxor præmoriatur, quia pactum intelligitur, si sine culpa viri præmoriatur: ita Guillel. *in c. Raynut. verbo condidit 2. n. 10.*

Nam quamuis pactum de dote lucranda per mortem vxoris verificetur etiam in morte violenta, id debet intelligi de morte violenta illata per alium, non verò de morte procurata per paciscentem: Bald. *in l. si tibi, C. de donationib. ante nuptias.* facit *l. qui insulam, 34. §. final. ff. locati,* ex qua Bart. colligit si quis expressit, se non teneri de violentia, hoc esse intelligendum de violentia illata per alium, non autem de procurata per se, vel per suos. Iuuant tradita à Petro Barbosa, *in prædicta l. si ab hostibus, §. final. ex num. 40.* & Cabed. 2. *part. dec. 58. num. 3.*

Porrò si matrimonium soluatur vxore interfi- 95
ciente maritum, dicendum est Arrhas, vel reuerti ad hæredes mariti, vel confiscari, quia non conuenit vxorem ex suo maleficio lucrum reportare, nec lucrari donationem factam per maritum, & quæ eius morte erat confirmanda: iuuat *l. marito, C. de donat. inter vir. & vxor.* Bald. *in Authent. sed hodie, C. de adulteriis, in fine.* Nam cùm mors fuerit per vxorem illata, in odium vxoris præsumitur maritus, quasi viuus, Boër. *decis. 262. n. 2.*

Similiter lucra quæsita constante matrimonio, quæ inter coniuges communicantur, reuertentur ad hæredes mariti, vel confiscabuntur: denique sicut maritus iniustè occidens vxorem, multis priuatur ex bonis vxoris; vt tradit Gomes. *l. 80. Tauri, n. 63.* sic vxor maritum occidens: ita Guillelm. *in d. cap. Raynut. verbo, & vxorem, dec. 5. n. 239.* & Alexand. de Neuo *cons. 18. n. 5.* quod extenditur etiam ad vxorem consentientem in morte mariti, neque aperientem illi insidias illorum, qui illum volebant occidere; quia in tali casu tenebitur perinde ac si occidisset virum: Boerius *decis. 262. ex n. 3. ad n. 9.* D. Barbosa *in d. l. si ab hostibus, §. final. n. 66. ff. solut. matrim.* Cabed. 2. *p. decis. 58. n. 7.*

Quæritur decimooctauò, an vxor possit de adul- 96
terio maritum accusare ad amissionem dotis? Respondetur si dissoluatur obligatio viuendi simul propter adulterium commissum à marito, teneri ipsum vxori dotem suam restituere: ita communiter Scribentes, prout ait Paris. *cons. 54. n. 42. lib. 4.* Iul. Clar. *lib. 5. §. adulterium, n. 13.* Surd. *de alimentis tit. 7. q. 16. n. 30.* vbi ait virum adulterum amittere donationem propter nuptias: text. *in c. 1.* vbi Glossa 1 & Abbas, *vt lite non contestata:* quia debent iudicari maritus, & vxor æqualiter: ita vt quod in vno statutum est ratione dotis, seruetur in alio ratione donationis propter nuptias: ita Natta *in cons. 258. n. 8.* Bellon. *in cons. 17. n. 2.* & Roland. *de lucro dotis, q. 10. n. 5.* Farinac. *in praxi crimin. q. 142. n. 35. & a n. 39.* vbi concludit vxorem accusatam de adulterio, ad amissionem dotis, posse contra virum de eodem adulterio excipere, sed de hoc in specie *lib. sequenti, §. de obligatione seruandi mutuam fidem inter coniuges.*

LIBER TERTIVS.

De obligationibus, quas habent coniuges circa alimenta ad inuicem, & circa fidem præstitam ab vtroque seruandam.

DISPVTATIO VI.

Vtrùm maritus teneatur ministrare alimenta vxori; & vxor marito?

§. I.

Maritus & vxor, quo iure teneantur se alere:

E P I T O M E.

1 *Maritus, & vxor dicuntur vna caro.*
2 *Maritus, & vxor dicuntur Socij diuina & humana domus.*
3 *Maritus alit vxorem ex dispositione iuris positiui.*
4 *Maritus non solum tenetur alere vxorem, sed etiam eius pedissequas.*
5 *Mariti bona sunt pro alimentis vxori obligata, non minùs quàm pro dote.*
6 *Maritus est dominus dotis, & quomodò hoc intelligatur.*
7 *Maritus agere potest, vt vxor sibi dotem constituat.*
8 *Maritus non potest vxorem priuare alimentis: & quibus modis limitetur.*
9 *Maritus an teneatur vltra fructus dotis alere vxorem infirmam, qua habet patrem diuitem.*
10 *Maritus solitus negotiari, potest consequi verum interesse dotis non soluta, etiam vltra quam importent alimenta vxoris.*
11 *Maritus pro alimentis infirma vxoris non tenetur suppeditare fructus sequentis temporis, sed pro rata, quia maritus consequitur fructus dotis pro rata temporis.*
12 *Maritus accipit à socero alimenta actione negotiorum gestorum, & potest pacisci cum eo, vt sibi detur annuum quid, donec dos soluatur.*
13 *Alimenta tenetur præstare vir vxori, si eam duxit absque dote, & quid si vir sit pauper, & dos sibi promissa non soluatur, poteritne vxorem expellere.*
14 *Maritus non consequitur vsuras dotales, si non alit vxorem, etiam sine propria culpa.*
15 *Maritus non potest petere vsuras dotis, si retardetur solutio, quando vxor in eius seruitio fuit.*
16 *Maritus alit vxorem, quamuis fructus dotis non sufficiant pro alimentis, & quid si excedant summam alimentorum?*
17 *Maritus, & vxor sunt participes infortuniorum.*
18 *Vxor non tenetur alere maritum, quando culpa sua incidit in paupertatem, secundum aliquos.*
19 *Tenetur tamen alere maritum etiam bannitum.*
20 *Vxor magis tenetur alere patrem, quam maritum.*
21 *Vxor an teneatur virum alere de bonis paraphernalibus, & quid de bonis dotalibus, si non sufficiant.*
22 *Vxor, quæ est in seruitio mariti debet ali etiamsi sit infirma.*
23 *Vxor non potest à marito alimenta petere extra domum: Non tamen cogitur habitare in domo testatoris.*
24 *Vxor cui alimenta fuerunt relicta cum obligatione habitandi cum filiis, consequitur illa filiis mortuis.*
25 *Vxor, quæ maritum habet pauperem, an sit alenda à filiis prioris mariti.*
26 *Et quid quando maritus secundus non sit inops.*
27 *Vxor, cui alimenta relicta sunt, si dotem non petierit, non amisit alimenta pro tempore, quo non petiuit, quamuis postea petierit.*
28 *Vxor non tenetur præstare alimēta marito heretico: adulterum tamen tenetur alere, si non habeat aliunde, & fame pereat.*

PRIMA resolutio. Maritus, & vxor dicuntur vna caro, *cap. si vir, & vxor. 35. quæst. 2.* Surdus *de aliment. tit. 1. q. 38. n. 3. & q. 39. n. 9.* proinde mariti anima contristatur, quando vxor cogitur mendicare, *§. soluto, in Authent. de nuptiis.* Socin. *in l. diuortio, n. 17. in fine, ff. solut. matrim.* Sunt enim maritus & vxor Socij diuinæ & humanæ domus, *l. 1. ff. rer. amot.* Signor. *in cons. 176. n. 11.* Surd. *de aliment. tit. 7. q. 25. n. 16. & 17.* vbi reddit rationem huius asserti, quia vir & vxor sunt vna caro: vt per Laram, *in l. si quis à liberis, n. 282. ff. de liberis agnoscendis:* Hieronym. Fernan. de Otero *Romanarum lucubr. disp. 2. n. 6.* quos referens sequitur Barbos. *in cap. debitum, n. 3. de bigamis.* 1 2

Secunda resolutio. Maritus alit vxorem ex dispositione iuris positiui: *l. dotis fructus, ff. de iure dot.* Rofretus *in quæst. Sabat. 29. n. 3.* tenetur ergo vir vxorem alere, *l. penult. ff. vt in possess. legat. l. si filia §. 1. ff. famil. ercisc. l. si quis pro vxore, in 1. respons. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. si cum dotem, §. sin autem in fatissimo, ff. solut. matrim.* vbi Glos. a. Bartol. *n. 5.* Alex. *n. 7.* eo quod vxor seruit marito, *cap. est ordo, 33. q. 5.* ita non est dubium, quin teneatur vxorem alere etiam indotatam: *l. quod si nulla, ff. de relig. & sumpt. funer. Authent. præterea, Cod. vnde vir. & vxor.* Bartol. & alij *in l. quod in vxorem, Cod. de negot. gest.* & multò fortius tenetur alimenta ministrare, quando vxorem dotatam duxit, & lucratur fructus dotis: dos namque seruire debet oneribus matrimonij: *l. pro oneribus, C. de iure dot. & d. §. sin autem in fatissimo*, & propter onus alimentorum, dicitur dos continere titulum onerosum, *l. ex promissione, ff. de obligat. & action.* 3

Tertia resolutio. Non solum maritus tenetur alere vxorem, sed etiam eius pedissequas, & ancillas sine quibus vxor non potest viuere, attenta familiæ & facultatum qualitate: iuxta Glossam *in Authent. de non eligend. secund. nub. §. final. in verbo oneris.* vbi Bartol. docet virum, qui tenetur vxorem alere teneri etiam alere seruitores iuxta qualitatem personæ, & iuxta facultates. 4

5 Quarta resolutio. Mariti bona sunt vxori obligata non minus pro alimentis, quàm pro dote: ita Speculator *in titulo de donat. inter vir. & vxorem, §. fortunas, vers. sed nunquid bona viri*: Bartol. *in l. si cum dotem, §. sin autem in sanissimo*: vbi etiam Castrensis, *ff. solut. matrim.* Bald. *in l. vnica. §. vt plenius, C. de rei vxor. actio.* & in specie Iacob. de Arct. *in d. l. si cum dotem n. 7.* & communiter Doctores, vt loquitur Negus. *in tract. de pignoribus, in 4. memb. 2. part. principal. num. 53.* quos referens, sequitur Surd. *de aliment. tit. 1. q. 43. n. 16. & tit. 3. q. 2. n. 4.*

6 Quinta resolutio. Maritus est dominus dotis, & dicitur illius patrimonium dum matrimonium durat, illo autem soluto dicitur patrimonium vxoris: dicitur dominus dotis, *in l. doce ancillam, ff. de rei vindicat. l. & si dotis*: vbi Glossa, & *l. in rebus, C. de iure dot. l. dotis fructus, ff. eodem titulo*: quare debet esse dos apud maritum, donec sustinet onera matrimonij: *l. in insulam, §. vsuras, ff. solut. matrim. l. si pater, in principio, ff. de dol. except.* quia autem dos est mulieris patrimonium, ex quo viuere debet; *l. 3. §. sed virum, ff. de minoribus*, soluto matrimonio debet restitui eidem: & maritus, qui non sustinet onera matrimonij, non potest vsuras dotis consequi: Palat. Lxra, & alij, quos refert, & sequitur Surd. *de aliment. tit. 1. q. 45. n. 30.* & Barbos. Vimarensis *in cap. salubriter, n. 10. de vsuris.* Constat enim vsuras dotales, vel alimenta; loco vsurarum dari propter onera matrimonij: igitur cessantibus oneribus, cessant vsuræ: *cap. cum cessante, de appellationibus*: Tiraquel *tract. cessante causa*: & *de iure primogeny. q. 40. n. 170.* Scacc. *de appellat. q. 5. n. 117.* Sanch. *de matrim. lib. 8. disp. 30. n. 12. cum seqq.* & *in praecepta Decal. tom. 1. lib. 4. cap. 2. n. 45.* vbi intelligit de sola finali causa; & procedere etiam in foro interiori vult Tiraquel. *d. tract. cessante causa, p. 1. n. 18.* igitur quando grauamen est causa commodi, eo sublato tollitur commodum: *l. cum qui, in principio*, vbi Bartol. *in summario, ff. de iureiur.* & in specie, Bald. *in d. l. in insulam* & *ibi* Imol. dicentes, quod non petit maritus emolumenta dotis, quando non sustinet onera matrimonij: & est communis.

7 Sexta resolutio. Maritus agere potest, vt mulier sibi dotem constituat: quod intelligitur, quando vxor est diues, etiam si maritus eam duxerit nulla facta mentione dotis: tunc enim potest petere ab illa, vt dotem decentem constituat, aliàs potest illam expellere domo, quia abs re erit, quòd maritus de suo patrimonio præstet alimenta vxori, quæ potest sibi dotem constituere, & repugnat Gloss. *in §. final. in verbo oneris, in Auth. de non eligen. secun. nub.* Bald. *in l. final. n. 9. C. de sentent. quæ sine certa quantitate, & in cap. iurauit n. 3. & 5. de probat.* vbi addit, in eo qui iurat aliquam puellam ducere in vxorem, subintelligi conditionem, si det dotem: quin imò, qui contraxit matrimonium sine dotis mentione, vbi primum sustinuerit onera matrimonij, potest agere, vt sibi dos tradatur, ex Glossa, *in l. obligamur, in §. lege ff. de obligat. & actionib.*

Et quamuis Glossa loquatur de patre collocante filiã in matrimonio sine dote, qui potest cogi dotare filiam; prout volunt Bald. Alexand. & Ripa *in l. 1. ff. solut. matr.* tamen ex identitate rationis ipsa vxor tenetur se dotare, sicut & pater, filia petente, si est diues. Bald. *supra*, & Ioan. *in d. l. si donaturus, §. si quis indeb. tam, n. 5. ff. de condict. causa data*: proinde non poterit denegare alimẽta, & in manu illius erit petere dotem: ita Lara *in l. si quis à liberis, §. si quis ex his, n. 65. ff. de liber. agnos.* & Lup. *cap. per vestras, in 3. notabili, §. 2. num. 2. fol. 136. de donat. inter vir. & vxor.*

Sunt tamen, qui dicunt maritũ teneri alere vxorem, quam duxit sine dotis promissione, & sibi imputet quod dotem nullam postulauerit, cẽseturque vxoris personã loco dotis accipere: ita Angel. *verbo dos, n. 10.* vbi Sylu. *q. 10.* Gomez. *l. 53. Tauri, n. 31.* Matienz. *lib. 5. recop. tit. 1. l. 3. glos. 5. n. 29.* Molin. *de iust. tom. 2. disp. 425. pag. 1130. §. si marito dos*: Simanch. *de cathol. Institu. tit. 16. n. 19.* & Barbos. *1. p. rubric. ff. solut. matrim. n. 43.*

Quod extendunt etiam si vxor diues sit, quia cùm nullum de dote constituenda pactum fecisset, nullã tenetur vxor diues dotem sibi constituere, vt probat cum alijs Barbos. *ff. solut. matr. 4. p. rubrica, n. 35.* ex ea ratione, quia matrimonium sine dote stare potest, & conditio destinãdæ dotis est extrinseca: idcircò non intelligitur nisi exprimatur: *l. stipulatio ista, §. Chrysogonus, ff. de verbor. obligat.* ita Couar. *in epit. 2. p. cap. 5. in principio, n. 5.* Cuccus *lib. 5. instit. maior. tit. 10. n. 71.* Ludou. Lop. *1. p. Instructor. de matrimon. c. 36. fol. 1036. col. 2. & cap. 38. fol. 1048.* Matienz. *lib. 5. recopil. tit. 1. rubr. gloss. 1. n. 47.* Quare perinde tenebitur eam alere, ac si dotatam duxisset: Surd. *de aliment. tit. 7. q. 19. n. 1. & tit. 1. q. 35. n. 11.* Concedit tamen posse virum exigere ab vxore illa, vt se dotet competenter, cùm possit, si autem repugnauerit, poterit negare alimenta; quia aliud est alere, & aliud dotem petere: ideò si nolit alere, nec dotem postulare, compelletur alere.

Nihilominùs cùm in optione mariti sit dotem petere; probabile est, si diues sit, & onera matrimonij sustinere potest, non teneri fœminam diuitem dotem constituere, quæ non fuit promissa.

Probabilius tamen est renuente vxore dotem constituere, non teneri virum in hoc casu ad alimenta, quia dotis conditio non est omnino extrinseca matrimonio, & tacitè de ea xctum est, quando fœmina est diues: videtur enim omnia bona sua in dotẽ promittere, vt tradit Bart. *l. si constante, n. 78. ff. solut. matr.* atque ita dum dos tacitè promissa negatur, maritus iustè censetur negare alimenta: Bald. ita *in l. final. n. 9. C. de sententiis, quæ sine certa quantitate,* Iason *l. si donaturus, §. si quis indebitum, n. 4. ff. de cõdict. causa data.* & Gomez. Arias *l. 57. Tauri, n. 130.* Idem dicendum est, quando pater est diues, & filia pauper, & maritus eam duxit sine pacto de dote; poterit Gener à Socero dotem petere, & interim vxorem alere: Molin. *d. disp. 425. pag. 1130. §. si marito dos* & siue ea dotetur, siue non, ipsa præstabit marito pro alimentis operas suas: Couar. *supra, part. 2. cap. 3. §. 8. n. 7. vers. opinio tamen communis verior est.*

Septima resolutio. Maritus non potest priuare vxorem alimentis. Constat enim ex *l. penult. ff. vt in possess. legat. l. si cum dotem, §. sin autem, ff. solut. matr.* virum teneri præstare vxori alimenta, quia ideò dotem vxoris recipit, vt vxori, & ipsi familiæ præstet alimenta: *l. pro oneribus, C. de iure dotium, l. dotis fructum, ff. eodem.* Quare maritus etiam cum iuramento vxorem alimentis priuare non potest. text. *in cap. cum quidam. de iureiurando,* quem *ibi* ad hoc notat Bald. & sequitur Felin. *n. 11.* Ratio, quia iuramentũ nihil operatur ad præiudicium tertij, & in actu, qui non pendet à potestate iurantis: Bart. *in l. si quis pro eo, ff. de fideiuss.* & *in l. non dubium, C. de legibus,* & Scribentes *in cap. quamuis pactum, de pactis, lib. 6.* Tiraquel. *in præfat. l. si vnquam, n. 164. in fine, C. de reuocand. donat.* sicut non potest priuare pater cum iuramento filios alimentis. *cap. cum quidam, extra, de iureiurando,* vbi dicitur iuramentum esse illicitum, ibi: *cum illicitum sit.* & notat Lara *l. si quis à liberis, §. parens, n. 81. ff. de liber. agnosc.* Surd. *de aliment. tit. 1. q. 1. n. 18. & 19.* & Barbos. *in d. cap. cum quidam, n. 7.* 8

Limitatur primò, quando vxor viro cohabitat:

nam

nam si sine culpa viri vxor recedat, non tenetur eam alere: *cap. hac imago, 33. quæst. 5.* Ratio, quia vxor debet seruire marito, nec debet abesse ab eius obsequio sine causa: ea causa tamen si domo excedat, aut non seruiat, alenda est: *l. si cum dotem, §. sin autem, ff. solut. matrim.* Surd. *de aliment. tit. 1. q. 33. n. 10. ad num. 14.* argumento famuli infirmi, cui debentur alimenta: *l. diuortio, §. impendia, l. si cum dotem, §. sin autem in fauissimo*: vbi Bartol. *ff. solut. matrim.* & argumento Rectoris, qui tenetur præstare alimenta Officialibus infirmis: vt vult Bartol. *in l. legatis ff. de aliment. & cibar. legat.* ergo vxori infirmæ debentur alimenta à marito, quamuis habeat patrem diuitem, vel per se habeat aliunde, cùm per ipsam non stet, quòd non sit in obsequio mariti. Idem Surd. *supra n. 42.*

Limitatur secundò, quando vxor teneatur viro dotem tradere, & in hoc deficit, cessat obligatio alendi illam: Glossa *in §. final. vers. onera, in Authent. de non eligend. secund. nub.* quem textum affert Cyn. ante omnes, *in l. quod in vxorem, col. 1. C. de negot. gest.* vbi ait deceptis, & non decipientibus subuenire iura: Salic. *ibi in fine*, dicens vxorem, quæ non soluit dotem quam promisit, extra domum esse culpa sua, & ideò non esse alendam.

Non enim tenetur vir sine dote habere vxorem: Hostiens. Ioan. Andr. Butrius, & alij *in d. cap. per vestras*: Couar. *in Epitom. de sponsal. part. 2. cap. 7. in principio, num. 2.* vbi vult, quæ non soluit dotem, non esse alendam: Benincasa *in tract. de pauper. q. 8. in 2. speciali contractu, n. 3.*

Quinimò, maritus potest vxori alimenta negare, si dotis partem soluit, & partem retinet: ita Bald. *in l. in insulam, §. vsuras. ff. solut. matrim.* Sequitur Castro *ibi, num. 2.* Ioan. Lup. *in d. cap. per vestras, in 3. notabili, in principio, col. 3. vers. & hoc non solum*: per textum, *in l. Iulianus, §. offerri, ff. de action. empti* vbi dicitur emptorem, si solam partem pretij dedit, non consequi fructus pro rata pretij soluti. Sed meliùs dices vxorem pro rata dotis solutæ esse alendam, quia eadem est ratio partis quoad partem, quæ est totius quoad totum: *l. qua de tota, ff. de rei vendicat.* vbi Glossa & Bart. *in l. iuris gentium, §. adeo*: & Iason *ff. de pactis.* neque obstat argumentum de emptore nihil lucrante de fructibus rei emptæ, nisi soluat totum pretium: quia id procedit de rigore iuris: ego autem loquor de æquitate, & ex consequenti fructus pertinent ad emptorem pro rata pretij soluti: Bart. *in d. §. offerri, vers. quæro*: Decius *cons. 119. n. 2. in fine.* Natta *cons. 384. n. 10.* & Couar. *lib. 3. variar. cap. 4. vers. dicitur 5.*

Limitatur tertiò, quando vxor propter paupertatem, & impotentiam non soluit dotem: tunc enim non potest à viro expelli, sed debet ali: ita Alexand. *in l. si donaturus, §. 1. num. 2. vers. limita tamen, ff. de condict. causa data* & *ibi* Iason *n. 5. in fine*: secùs si vxor dotem promisit, sciens se non posse soluere; nam tunc non excusatur à solutione dotis per impotentiam: neque propter dolum suum gaudet beneficio impotentiæ, & ideò potest expelli: text. *in l. penult. ff. de iure dotium*: Ioan. Lup. *in d. cap. per vestras, in 3. notabili. in principio, col. 3. vers. & per illa fuit alias decisa*: *de donat. inter vir. & vxor.*

Limitatur quartò, quando affines vxoris propter paupertatem non soluunt dotem; etiam in hoc casu maritus tenetur alere vxorem: ita Corneus *in cons. 145. in hac consultatione, col. 4. vers. nec refragatur, & vers. præterea imputatur, vol. 2.* cùm maritus habeat actionem contra affines, si dotem promiserunt, & ob negligentiam mariti dos non est soluta. Nihilominus in hoc casu non esse alendam vxorem, meliùs probat Bald. *in l. quod in vxorem, num. 10. C. de negot. gest.* Castro *num. 4.* & Alexand. *num. 3.* indistinctè alimenta non esse danda, siue dos debeatur ab vxore, siue à patre, aut ab alio, quia dos est mulieris, & datur pro oneribus matrimonij: Ioan. Lup. *supra.* Couar. *d. p. 2. cap. 7. num. 2.* & alij quorum sententia magis placet; nisi pater, qui dotem promisit, non habeat vnde soluat; cùm habeat priuilegium ne teneatur vltra quàm facere potest: *l. penult. ff. de iure dot. l. ex diuerso, in principio, ff. solut. matrim.*

Quare in hoc casu non sunt neganda alimenta vxori: ita Alexand, *in d. l. si donaturus, §. 1. col. 1. ff. de condict. causa data*: Benincasa *supra in tract. pauper. in 8. quæstione, in 2. special. contr. n. 15.* Non habebit tamen locum, quando pater dolosè promisit dotem, sciens se non posse soluere, tunc non tenetur maritus alere vxorem, quia dolo non subuenitur ea illo remedio.

Limitatur quintò, quando vxor est in obsequio mariti, quia debet eam alere, quam habet in suo obsequio: ita Abbas *in cons. 85. n. 6. vol. 2.* Roman. *in cons. 517. col. 2.* dicente a dote non soluta maritum posse vxorem dimittere: si tamen retineat in suis seruitiis, teneri eam alere: Grammat. *in dec. 130. n. 25.* & Benincas. *vbi proximè, n. 4.* Quæ sententia placet.

Vnde non est audiendus Vbertus de Bob. *in l. quod in vxorem. C. de negot. gest.* dicens, si mulier est in obsequio viri, alendam esse, quando nulla dos fuit promissa: quòd si fuit promissa, & non soluta; non esse alendam, etiamsi sit in obsequio viri. Ducitur, quia vxor tenetur ad duo, ad dotem scilicet præstandam, & ad obsequia exhibenda; cùm ergo vtrumque non præstet, esto retineatur in obsequio, non debet ali: Nihilominùs oppositum est dicendum, quia quamuis possit repellere, non potest negare alimenta vxori, si eam vult retinere in domo.

Limitatur sextò quando vxor in domo viri non vult obsequium debitum præstare, non recipiet alimenta: nam qui non facit quod debet, non recipit quod oportet: *l. si ea, C. de condit. insert. l. Iulian. §. affinis, ff. de action. empt.* Secùs quando culpa viri non est in eius obsequio: tunc enim censetur esse, & præsumitur cum eo viuere, ideóque est alenda: ita Gutier *q. Canon. lib. 1. cap. 24. n. 7.* Lara *l. si quis à liber. §. si quis ex his, n. 34. & 35. ff. de liber. agnosc.* Barbos. *2. p. rubric. ff. solut. matrim. n. 43.* Matiens. *lib. 5. tit. 9. l. 2. gloss. 1. n. 52.* quia per vxorem non stat, quominùs in domo seruiat marito, quo fit vt habeatur perinde ac si esset in obsequiis illius: *l. iure Ciuili, ff. de cond. & demonst.* vbi conditio habetur pro impleta, quando per eum, cui erat implenda, stat quominùs impleatur: *l. exequutione, §. final. ff. de verb. oblig.* Menoch. *de arbitr. iudic. q. 68. num. 38.* Sanch. *d. lib. 9. disp. 4. n. 20.*

Quinetiam tenetur alere vxorem, quæ sine culpa abiit, si est parata redire, & maritus redeuntē non vult admittere: ita Gloss. 1. *in fine in cap. significasti, de diuortiis*: vbi, inquit, vxorem, quæ recessit propria authoritate, & postea vult redire, esse restituendam; & si ea eo puncto maritus non vult recipere, illam videtur spoliare, & ab ea die potest repetere expensas, non autem antea factas: ita Hostiensis *in summa, qui matrim. accus. poss. §. 1. col. 1. vers. quid ergo de expensis*: Sanch. *lib. 10. de matrim. disp. 12. n. 16.* & Barbos. *in d. cap. significasti, n. 10. & 11. de diuortiis*, post alios.

Limitatur septimò, quando vxor commisit adulterium, tunc vir iustè negat alimenta: Baldus *in cap. ex parte, col. final. de spons.* Ioann. Lupus

in rubric. de donat. inter virum, & vxorem, §. 64. *n.* 9. & §. 88. *n.* 7. quod intelligitur, quando adulterium est notorium: secùs si non sit; quia tunc debet expectare iudicium Ecclesiæ, *cap. porrò, de diuortiis*. Barbos. *ibi n.* 3. post alios.

Posse autem virum negare alimenta vxori adulteræ, vltra præcitatos voluit Bolognetus *in consil.* 23. *n.* 7. *vers. plus dico*, ex eo fundamento ductus, quia alimenta præstantur vxori principaliter propter matrimonium: cùm ergo adultera violet matrimonium, non debet gaudere beneficio matrimonij: item adultera propter crimen perdit dotem: igitur multo fortius amittet alimenta: sequitur Cordub. *in d. l. si quis a liberis*, §. *si quis ex his*, *n.* 75. perdere autem dotem adulteram constat, *ex cap. plerumque, de donat. inter vir. & vxor.* vt per Couat. *de sponsalibus p.* 2. *cap* 7. §. 5. *n.* 13. Costa *in cap. si pater*, 1. *p. verbo legauit*, *n.* 46. Gamæ *dec.* 234. vbi Flores 236. Valasc. *consult.* 169. *n.* 16. Farin. *in praxi crimin. p.* 5. *q.* 142. *n.* 1. Item propter adulterium amittit donationem propter nuptias, aut lucrum dotis ex pacto prouenientis: Iul. Clar. §. *adulterium*, *n.* 12. *vers. alia quoque*: Barbos. *l.* 2. *in principio*, *p.* 1. *n.* 54. & 98. *vers. item vt ipsa amittat dotem*: *ff. solut. matrim.* Surd. *de aliment. tit.* 7. *q.* 16. *n.* 30. Quinimò bona paraphernalia propter adulterium amittit vxor, *l.* 80. *Tauri*, *n.* 47. *vers. etiam imponitur*, Farinac. *d. q.* 142. & Sanch. *lib.* 10. *disp.* 8. vbi vult attento Iure Regni Castellæ, bona parapherna, & reliqua vxoris adulteræ adiudicari viro, sed hoc non caret contradictore: Menoch. *de arbitrar. casu* 418. *n.* 5. & *consil.* 1. *n.* 72. & *consil.* 56. *n.* 4. igitur multò magis adulteræ priuabitur alimentis.

Dicendum tamen est maritum teneri alimenta, & litis expensas vxori præstare quandiu litigat cum vxore, vt se ab accusatione adulterij tueatur: aliàs remanebit indefensa. Iuuat text. vbi Glossa *in l. si instituta* §. *inofficioso*, *ff. de inofficioso testamento*. Lara *in l. si quis à liber.* §. *si vel parens*, *n.* 55. *ff. de liber. agnosc.* Idem tenet Felin. *in d. cap. ex parte*, & alij, quos sequitur, Boer. in facti contingentia; loquens de muliere adulteræ *dec.* 325. *n.* 2. Conar. *practicar. cap.* 6. *n.* 5. Menoch. *de præsumpt. lib.* 1. *q.* 35. Gutier. *Canon. cap.* 24. *lib.* 1. *n.* 7. vbi dicit, ita sæpè fuisse iudicatum, & se iudicasse: Valasc. *consult.* 1. *n.* 4. Quod intelligitur, quando mulier nulla bona habet, ex quibus viuat, & litis expensas faciat: pro qua sententia est singularis text. *in l. qua legatorum*, 14. *ff. vt in possessionem legatorum*, ibi: *Ne suum quicquam habeat*: & probat Quesadæ *quæstionum iur. cap.* 25. *n.* 6.

Secundò dici potest *ex cap. quoniam, de coniugio leprosorum*, per text. ibi: *excepta causa fornicationis, licitum esse diuortium perpetuum, propter solam fornicationem*: *Matth.* 5. & 19. quia causa in fornicatione est ex ipsa coniugij natura, & promissa fides violatur; & ideò fidei coniugali, & substantiæ ipsius matrimonij opponitur fornicatio; cùm ergo hæc causa sit perpetua, ita & dimissio: atque ita est causa perpetui diuortij: & ex consequenti possunt alimenta negari adulteræ pertinaci: Abbas *in cap. si vir. n.* 2. *de adulteriis*: Angel. *verbo debitum*, *n.* 9. vbi Syluest. *n.* 12.

Adde ex *d. cap. si vir. verba, sed permanet*: colligi virum teneri deserere vxorem sub culpa mortali, quando ipsa in adulterio persistit: ita Petr. de Ledesma *de matrim. q.* 62. *art.* 2. *conclus.* 2. proinde peccatum esse mortale non abstinere à copula carnali coniugali, siue petendo, siue reddendo, volunt Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. §. 2. *num.* 4. Graffis *in decis. p.* 1. *lib.* 2. *cap.* 84. *n.* 6. D. Barbos. *in l.* 2. *p.* 1. *in principio*, *numer.* 102. *ff. solut. matrim.* & Matiens. *in rubrica*, *tit.* 2. *num.* 102. *glossa* 2. *lib.* 5. *noua recopil.*

Octaua resolutio inuoluit quæstionem, an maritus teneatur alere vxorem infirmam, etiam vltra fructus dotis, quæ habet patrem diuitem? Respondeo vxorem infirmam, habentem bona extra dotem; si fructus dotis non sufficiunt, teneri de suo impendere: ita Cynus. & Alexand. *in l. quod in vxorem*, *C. de neg. gest.* Roman. *consil.* 517. *n.* 2. *vers. sin autem reatus*. 9

Dico tamen, quando mulier est inops, sed habet patrem diuitem, vel fratres, aut hæredes patris; existimare Socinum *in consil.* 64. *numer.* 39. *vers. ex quibus infert*, *vol.* 4. si mulier sit inops, alendam esse, quasi non habeat aliunde; quamuis habeat parentes, vel fratres à quibus possit alimenta consequi: & pro hac parte allegat Iacobum Butri. *in d. l. quod in vxorem*: atque ita censent virum teneri vltra vires dotis, vxorem egentem curare.

Sed multò meliùs, & tutiùs dicunt Castro, *in d. l. quod in vxorem*, *n.* 3. *C. de neg. gest.* & Salicet. *ibi*, *n.* 1. maritum non teneri vxorem infirmam curare vltra vires dotis, quando ipsa habet patrem, vel alium, qui tenetur alere: ita etiam distinguit Bartol. *in d. l. quod in vxorem*, quia pater est primus in ordine, qui tenetur ratione sanguinis alere filias, & deficiente patre, matre, & fratribus, qui de iure teneantur alere, sequitur maritus.

Quare si filia habet parentes diuites non tenetur maritus qui conueniri non debet vltra facultates dotis: nec dicitur pauper qui patrem habet diuitem: *cap. clericos*, 1. *q.* 2. & *cap. final.* 16. *q.* 1. & *cap.* 1. *de magistris*, vbi Abbas *n.* 1. Accedit quòd alimenta, & expensas non tenetur in hoc casu maritus præstare, nec ratione dotis, quia non sufficiunt fructus, nec ratione seruitij, quia vxor est infirma; quæ duo sunt quæ obligant maritum ad alendam vxorem. Quocirca debentur vxori necessaria, ratione sanguinis; quæ obligatio pertinet ad patrem.

Nona resolutio sit. Maritus solitus negotiari, 10
potest consequi verum interesse dotis non solutæ, etiam vltra quàm importent alimenta vxoris, & hoc potest deducere in pactum; siue dos fuerit promissa à patre, siue ab extraneo, qui dotare non tenetur. Posse autem maritum deducere in pactum huiusmodi interesse, tradit Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 1. *n.* 3. *vers. hinc primo apparet*: Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 42. *n.* 9. quos refert, & sequitur Franc. Molin. *de ritu nuptiarum*, *lib.* 3. *q.* 39. *n.* 13. vbi id extendit ad Generum qui non sit mercator, cùm matrimonij onera ita sustineat, tam qui non est mercator quàm qui solitus est mercari: Barbos. *in cap. salubriter, de vsuris*, *n.* 30. & Petr. Barbos. *in l. diuisione*, *ff. solut. matrim.* *n.* 52. vbi de mercatore solito negotiari, & de non mercatore, qui ex pecunia dotali poterat aliquid emere, ex cuius fructibus salua dote posset sustinere onera matrimonij: ideò illi id interesse soluendum est: Menoch. *consil.* 7. *n.* 16. post plures.

Decima resolutio. Maritus pro alimentis infirmæ 11
vxoris, non tenetur suppeditare fructus sequentis temporis anticipatè; sed pro rata: quia maritus consequitur fructus dotis pro rata temporis, iuxta *l. diuortio*. *ff. solut. matrim.* eò quia onera matrimonij pro illo tēpore sustinuit, & fructus illi cōceduntur marito pro oneribus: Fulgos. *in l. Herennius*, *ff. de vsuris*.

Eò quia maritus non facit fructus suos ratione iuris, aut dominij; sed tantùm respectu onerum matrimonij: atque ita pro parte temporis, quo non sustinuit onera, restituit, quando solutum est matrimonium, pro tempore quo non sustinuit: Valasc. *de partitionib. cap.* 29. *n.* 11. & 19. & *cap.* 30. *n.* 6. Ergo non tenetur pro alimentis infirmæ vxoris, ministrare

ministrare fructus sequentis temporis, sed pro rata: ita in specie, Ruin. *in cons. 139. n. 3. in fine, vol. 4.* dicens teneri solum pro fructibus illius tẽporis, quo vxor stetit infirma; sed hoc non videtur æquum: nihilominùs id probat Surd. *de aliment. tit. 1. q. 33. n. 18.* quia fructus dotis marito cedunt pro rata temporis, pro oneribus matrimonij: *l. penult. C. de erogat. milit. annon.*

12 Vndecima resolutio. Maritus accipit à socero alimenta actione negotiorum gestorum, & potest pacisci cũ eo vt sibi detur annuum quid donec dos soluatur. Quia sicut maritus ex possessione in pignus tradita potest recipere fructus, & retinere salua sorte, donec dos soluatur: *d. cap. salubriter,* & volunt communiter Couar. *d. lib. 3. cap. 1. variar. n. 3. cum sequent.* Gomes. *variar. tom. 2. cap. 11. n. 42. ad finem,* & *l. 50. Tauri n. 30.* Spino *in speculo, Glossa 13. rubric. à n. 44.* Et ex Theologis Sot. *de iust. lib. 6. q. 1. sub finem, art. 2.* Salon. *2. 2. q. 78. art. 2. controuers. 14.* Molin. *de iust. tract. 2. tom. 2. disp. 321.* Rebell. *p. 1. lib. 8. q. 12.* & Azor *p. 3. lib. 7. cap. 9.*

Sic etiam idem potest fieri pactum à marito, & genero, vt quid certum interim detur, donec dos soluatur prò oneribus matrimonij subleuandis: ita Couar. *supra, n. 3. vers. 4* Surd. *de aliment. tit. 1. q. 42. n. 23.* Rebell. *d. q. 12. n. 7.*

Non desunt, qui putent hoc pactum esse illicitum, sed minus benè; quia licitum erit Statutum, si hoc fiat, quandiu dos non soluitur; non pro dilatione solutionis, sed in compensationem onerum coniugalium, ad rationem vnius pro quatuordecim, plùs, minùsve, vt *§. superiori, n. 92.* dictum est, *ad finem:* & Rebell. *lib. 5. q. 10. sect. 4. n. 24.*

Id autem non habet locum, quando pactum initum excederet illud interesse, aut certum quid à lege, aut statuto, vel à consuetudine, vel vsu præfixum: tunc enim esset nullum, & vsuratium. Posset tamen maritus, omisso pacto, agere per viam ordinariam ad id obtinendum, quod amisit ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, si pecunias in manu retinuisset, & esset mercator solitus negotiari: Surd. *d. tit. 1. q. 42. num. 8. & 9.* & Caual. *p. 1. decis. 35. num. 21.*

Similiter, non posset recipere illud certum interesse maritus, si post pactum de illo recipiendo, dedisset socero dilationem soluendi dotem. Nam eo ipso, quòd prorogauit tempus dilationis, visus est remittere interim interesse: Nauar. *in manuali, cap. 17. n. 213.* Couar. *d. cap. 1. n. 3. vers. 5.* Ioseph. Ludouic. *decis. 21. ex n. 44. & 45.* nisi expressè fieret pactio, vt interim non obstante dilatione, sibi certum interesse daretur: ita Couar. cõtra Craoet. *cons. 1089. n. 7.* sed partem Couar. amplectitur Caual. *p. 1. decis. 35. n. 21.* Ioseph. *vbi proximè n. 42.* Cancer. *variar. resolut. lib. 3. cap. 7. n. 58. & sequent.*

Duodecima resolutio. Vir tenetur alimenta præ-
13 bere vxori, si eam duxit indotatam: *l. quod si nulla, ff. de religios. & sumpt. funer.* Glossa *in l. si cùm dotem, §. sin autem in fauissimo, ff. solut. matrim.* Mantic. *de tacit. & ambig. p. 1. lib. 12. tit. 30. n. 10.* & sibi imputet quòd nullam dotem exegerit, videtúrque personam vxoris pro dote accepisse: Surd. *de alimẽt. tit. 1. q. 21. n. 11. & tit. 7. q. 19. n. 1.* Barbos. *2. p. rubric. ff. solut. matrim. n. 43.* & Sanch. plures referens, *lib. 9. de diuortiis, disp. 5. n. 8.*

Iam verò si maritus sit pauper & habeat patrem diuitem, tenetur pater alere filium, & eius vxorem, etiamsi sine consensu illius vxorem duxerit, si aliũdè non habeat: ita Decius *regula, nuptias 30. in fine, ff. de regul. iuris:* Ioan. Lup. *cap. per vestras, de donationib. inter virum, & vxorem, notab. 3. §. 3. n. 1.* Riminald. *cons. 533. n. 41. vol. 2.* Molin. *lib. 2. de primog. cap. 16. n. 6.* & habetur *in l. si quis à liber. §. siue parens, vers. non tantum, ff. de liber. agnoscend.* per quam patet non solum alimenta, sed cætera necessaria tenetur filio præstare, & per Glossam, *verbo cætera,* ibi: *vt vestimenta, & domum pro se, & pro suis liberis, & vxore:* sequitur Bart. & Scribentes *ibid.*

Obligatio namque alendi vxorem, quando illam duxit sine dote, incumbit filio: vt tradit Innocent. *in cap. per vestras, de donationib. inter vir. & vxor.* Riminal. *supra n. 43.* Baeça *de non melior. filiab. cap. 5. num. 2.* Ludouic. Lopez *1. p. instructor. in 2. edit. cap. 294. §. sequitur & alia quæstio, in fine:* filio autem deficiente, obligatio pertinet ad patrem.

Et quod magis est, siue filius, siue filia indignum matrimonium contrahant, & careant alimentis, (quamuis contradicat Lopes, *ibi*) tenetur pater ministrare alimenta ex æquitate naturali, ne fame pereant: ita Molin. *de primog. lib. 2. cap. 16. num. 8.* Vera-Cruz *3. p. speculi, art. 20.* Gutier. *2. practicar. q. 1. num. 5.* Fr. Manuel. *tom. 1. summæ, cap. 14. n. 4.* quos sequitur Sanch. *lib. 4. de matrim. disp. 26. n. 19.*

Ambigi potest, an vir, si dos promissa non soluatur, possit vxorem domo expellere? Affirmat Lara *in l. si quis a liber. §. si quis ex his, num. 51. ff. de liber. agnoscend.* Palac. *in repetit. rubric. de donat. inter vir. & vxor. §. 64. n. 16.* Gomez *l. 53. Tauri, n. 31.* & Petr. Gregor. *in Syntagm. iuris lib. 9. cap. 19. num. 3.* per text. *in d. cap. per vestras,* ibi: *vxor à viro dimissa:* Sed huic textui respondetur, quòd ibi vxor expulsa & à viro dimissa non petiuit restitutionem; si enim illam petiuisset, ante omnia fuisset restituenda: per text. *in cap. ex conquestione, de restitut. spoliat. & in cap. porro, de diuortiis.*

Quare contraria sententia est sequenda, non posse scilicet vxorem domo expelli, propter dotem non solutam: Couar. *de sponsal. p. 2. c. 7. in principio, n. 2.* Mol *de iust. tom. 2. disp. 425. vers. si mariti dos:* Baeça *de non meliorandis filiabus causa dotis, cap. 31. num. 21.* Petr. Barbos. *in l. 1. p. 3. num. 55. ff. solut. matrim.*

Ratio, quia marito non desunt alia remedia ad consequendam dotem, quibus vti potest, vt dos sibi soluatur: ergo non debet vxorem expellere. Iuuat illud Christi Domini, *Matth. 5.* ibi: *Ego autem dico vobis, quia omnis, qui dimiserit vxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari:* ergo non potest illam expellere: sequitur Sanch. *de matrim. lib. 9. disp. 5. n. 17.* vbi *n. 18.* respondet argumentis contrariæ partis.

Fauet, quia maritus tenetur cohabitare cum vxore, nec potest debitum, ac maritale consortium negare eidem propter dotem non solutam: Molin. & Sanch. *supra num. 17.* ad quæ onera vir tenetur ab ipsa lege naturali, & diuina, & ex ipso matrimonij contractu; non tenebitur tamen eam alere, quandiu dos non soluitur, vt præcitati volunt.

Decima tertia resolutio. Maritus non consequi- 14
tur vsuras dotales, si non præbet alimenta vxori, etiam sine propria culpa. Deducitur *ex l. cum post, §. vsuras, ff. de iure dot.* non enim, qui non præstat alimenta vxori, promissas vsuras petere potest; quia nisi oneribus matrimonij deseruiat dos, nulla est: *l. si pater mulieris, in fine, eodem titulo:* Mantic. *de tacit. & ambig. 1. p. lib. 12. tit. 30. num. 5. & 8.* vbi *num. 16.* addit fructus dotis perceptos constante matrimonio, non pertinere ad maritum, sed ad patrem, quando pater sustinuit onera matrimonij, quia tunc patri acquiruntur: *l. si is qui stichum, §. ubi dos, ff. de iure dotium:* cùm dos ob hanc causam constituatur. *l. pro oneribus, C. de iure dot. l. dotis fructum, §. 1. ff. eodem titulo:* Mantic. *supra, tit. 29. num. 16.*

15 Decima quarta resolutio: Maritus non potest petere viuras dotis, si retardetur, quando vxor est in eius seruitio; tunc enim tenetur illam alere, vt famulam quamcunque sibi ministrantem; ita Abbas *cons.* 85. *n.* 2. & 3. *vol.* 2. Ioan. Lup. *in cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. notab.* 3. §. 1. *n.* 1. post Anchar. *ibi, n.* 14.

Contrarium tamen vult Surd. *de aliment. tit.* 7. *q.* 17. *n.* 39. aliis *ibi* relatis, dicens hoc non sufficere, vt maritus nequeat petere viuras dotales, si dos retardetur, ob id solùm quod vxor sit in seruitio mariti: eo quòd vxor tenetur ad obsequia viro præstanda vltra dotem: atque ita præstando operas, non propterea liberatur ab onere soluendi dotem, vt sine illa necessario sit alenda: neque ex eo, quod nequeat expelli à consortio, & contubernio viri, tenetur vir vxori ministrare alimenta, dum solutio dotis retardatur.

Cæterùm, si maritus præstet alimenta ante solutionem dotis, nulla præuia protestatione de recuperandis sumptibus, non potest repetere alimenta præstita ab ipsa vxore, vel à constituentibus, seu promittentibus ipsam dotem: censebitur enim remissa solutio retardatæ dotis ob affectum côiugalem; esto sumptus sint magni: Sanch. *supra d. disp.* 5. *n.* 6. & 7.

16 Decima quinta resolutio. Maritus alit vxorem, quamuis fructus dotis non sufficiant omninò pro alimentis, quia tenetur de propriis facultatibus subuenire, quando dos est exigua: Bartol. *in d. l. si constante, n.* 10. *ff. solut. matrim.* Contra verò, quando dos fuerit magna, & vxor absque culpa mariti ab eo discesserit, tenetur ipse congrua alimenta vxori præstare: *l. si cum dotem, §. sin autem, in fauissimo, ff. solut. matrim.* reliquos autem, qui supersunt, potest sibi reseruare: contrariorum namque eadem est disciplina: *l. vltim. ff. de legat.* 3. & in specie voluit Paul. Castr. *cons.* 65. *n.* 3. *vers. secundo, quia non est virum*: Mantica, *supra lib.* 11. *tit.* 30. *vers. ex hoc autem, n.* 3. quia dos est magna.

17 Decima sexta resolutio. Maritus, & vxor sunt participes infortuniorum: text. *in l. si cum dotem, §. si maritus, vers. quid enim, ff. solut. matrim.* & *ibi* Bartol. *in §. sin autem in fauissimo, n.* 6. Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 35. *n.* 7. nam correlatiuorum eadem est ratio, & decisio: ideò sicut maritus diues tenetur vxorē alere indotatam, & quæ aliunde non habet, vt diximus; pari ratione vxor dabit alimenta viro inopi: quia cùm sint relatiua non debent iudicari ad imparia; atque ita dispositum in vno debet habere locum in alio: *l. final.* vbi Scribentes, præsertim Iason, *C. de indicta viduit. tollēd.* vbi loquitur de marito, & vxore, vnde vbi eadē versatur ratio, idem debet esse ius: *l. illud, ff. ad legem Aquil.* Iuuat lex antiqua Rumuli, cuius meminit Tiraquel. in 8. *leg. connub. n.* 8. quæ huiusmodi erat: *Mulier viro legitimè coniuncta fortunarum & sacrorum socia illi esto.* Quin leges afferunt virum & vxorem socios esse diuinæ atque humanæ domus: *l. aduersus, C. de crimin. expil. heredit.* ergo sunt participes infortuniorum.

18 Quid ergo, quando maritus incidit culpa sua in paupertatem, tenebiturne vxor illum alere? Negat Bald. *in cons.* 478. *n.* 2. *vol.* 5. Tiraquel *in l. si vnquam, in vers. bona, n.* 5. *C. de reuocand. donat.* Crauet. *in consil. pro genero, n.* 39. & 42. vbi vult postponendam esse omnem æquitatem: igitur sicut filius eximitur ab onere alendi patrem propter delictum, sic etiam releuabitur vxor ab obligatione alendi virum, quando culpa sua incidit in paupertatem: Surd. *tit.* 4. *q.* 18. *n.* 61.

19 Nihilominùs non est excusanda vxor in hoc casu, ab onere alendi maritum: ita Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 3. *n.* 4. vbi loquitur de marito bannito, quem tenetur alere, sicut & filius patrē bannitum: deducitur *ex l. vnica, §. manente, ff. de iure dot.* & *in Authent. de incest. nuptiis, §. si vero contigerit,* & *in Authent. vt cum de appell. cognos. §. si verò de prædictis*: Neque est dubium, debitum alimentorum non intercidi propter capitis deminutionem, ex quo consistit in facto, non in iure; sicut filius patrem bannitum, & pater filium bannitum alere debent: quia pater bannitus, & filius bannitus, quamuis sint tales; lex ciuilis non aufert ius naturale, nec ea, quæ sunt iuris gentium: Bart. *in l. amissione, §. qui deficiunt, ff. de capit. diminut.* Surd. *supra ex n.* 5.

Decima septima resolutio. Vxor magis tenetur alere patrem, quàm maritum, vt vult Fortunius *in l. velut, n.* 36. *ff. de Iust. & iure*, sicut pari modo debet vxor à patre potiùs alimenta accipere, quàm à marito; vt probatur *in Authent. licet, in fine, C. de natural. liber.* Vnde extante patre diuite, vel matre, vel fratribus, vel hæredibus patris, à marito non sunt alimenta ministranda vxori: secùs si supradicti non extent: tunc tenetur maritus: Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 33. *n.* 33. & *sequent.* & *n.* 37. & 38. secùs quando soluto matrimonio per mortem mariti; quia tunc vxori viduæ ministranda sunt alimenta potiùs ab hæredibus mariti, quàm à patre: Nam tunc hæredes mariti ratione dotis, quam penes se habent ad id tenentur, quandiu dotem non restituunt; & pater solùm tenetur, quando filia non habet aliunde. 20

Decima octaua resolutio. Vxor non tenetur virum alere de bonis paraphernalibus, Gloss. *in l. vbi adhuc, vers. ad sustentationem, C. de iure dot.* quæ vult, virum cadentem in paupertatem alendum esse de fructibus dotis, & donationis propter nuptias; non tamen de fructibus paraphernalium: sequitur *ibi* Bald. *num.* 27. & Salic. *num.* 4. Nec est dubium maritum alendum esse ex fructibus dotis, vt expressè habetur *in d. l. vbi adhuc.* 21

Nihilominùs esse alendum de bonis paraphernalibus vxoris, quando fructus dotis non sufficiunt, vel dos non extat, vel casu aliquo extinguitur; est verior resolutio: tunc enim per vxorem debet ali: *l.* 1. & *Authent. præterea, C. vnde vir & vxor, §. qui vero, in Authent. de exhib. & introduc.* quæ iura id non asserunt, sed seruiunt ad argumentum, vt quemadmodum vir succedit vxori, sic est alendus ab ea: quo argumento Specul. *in titulo, Qui filij sint legitimi, num.* 40. *vers. quid si mulier,* decidit, si vxor est diues, & maritus inops; susceptorum alimenta ab vxore, illamque teneri subuenire marito: sequitur Bart. *in tract. de alimentis, n.* 49. fauet Bald. *in cons.* 478. *vol.* 5. vbi tradit, cùm vir & vxor sint socij diuinæ & humanæ domus, teneri vxorem succurrere marito posito in necessitate: Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 36. *n.* 7. & 8. post Campeg. *in tract. dotis, p.* 3. *q.* 23. *circa finem,* & Lup. *in rubric. de donat. inter vir. & vxor. §.* 64. *n.* 15. & *in cap. per vestras, eodem titulo, in* 1. *notabili, in §.* 19. *n.* 1. atque ita non vrget Glossa, *in d. l. vbi adhuc*, quasi communiter reprobata; sicut & Glos. *in l. quod si stipulata, §.* 1. *ff. de donat. inter vir & vxor.* Surd. *supra, quæst.* 35. *ex num.* 6.

Ex dictis, vti verum, apparet fructus dotis, & donationis propter nuptias seruire sustentationi mariti, & vxoris: atque ita maritus, non obstante quòd sit hostis Ciuitatis, si id contingat, debet ali de bonis dotalibus ab vxore: Bald. Nouel. *in l. si constante, num.* 50. vbi non solùm ait maritum esse alendum de bonis dotalibus, sed etiam de aliis, quæ vxor diues habet; sed non loquitur de viro tam criminoso: at *in l. si cum dotem, §. sin autem, in fauissimo,* loquitur, si maritus sit hostis Ciuitatis, vel Principis;

cipis:& *ibi* Crotus *n.* 31. Campeg. & Lupus *supra:* vbi dicunt vxorem non obstante banno, & excommunicatione, teneri viro cohabitare; vel saltem teneri illi ministrare alimenta: sequitur Surd. *q.* 36. *supra, num.* 13. & *sequens. vers. respondeo secundò:* quòd si fructus dotis non sufficiant, vxor de proprio tenetur suppeditare.

22 Decimanona resolutio. Ex dictis sic habet; vxor quæ est in seruitio mariti debet ali, etiamsi sit infirma: *l. in rebus, §. possunt, ff. commodati, l. penult. ff. de oper. libertor. l. vnica, §. sed scimus, C. de latin. libert. tollend.* quæ probant teneri naturali ratione dominum alere seruum, quem habet in obsequio: Abbas *in cons.* 39. *n.* 14. *vol.* 2. dicens, maritum alere vxorem non propter dotem, sed propter obsequia: Bartol. *in l. quod in vxorem*, ibi: *alenda est vxor, siue sana, siue infirma, quando est in obsequio:* Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 83. *num.* 3. dicens maritum non posse repetere sumptus factos pro vxore, quæ sibi seruiuit; imò vxori, quæ seruire non potest propter infirmitatem, præstanda sunt alimenta, quatenus suppetunt dotis fructus: *l. si cum dotem, §. sin autem in fanissimo, ff. solut. matrim.* dos enim constituitur propter onera matrimonij, quæ consistunt circa vxoris alimenta: *l. si is qui, §. ibi dos, & l. dotis fructus, ff. de iure dotium.*

Ampliatur resolutio, etiam quando vxor non gaudet integra valetudine, adhuc est alenda, nam qui sentit commodum, debet sentire incommodum: tenetur namque præstare medicinas; & cætera necessaria: quòd si infirmitas talis sit, quæ eam retrahat ab obsequio mariti, est nihilominùs alenda à marito, prout fructus dotis adiuuant, per *d. l. si cum dotem.*

Item si fructus dotis non sufficiunt pro alimentis infirmæ vxoris, & ipsa est diues, aliunde supplendum est, quod deest, ab ipsa vxore: Roman. *cons.* 517. *num.* 2. *vers. sin autem redditus:* Bald. & Imol. *in d. l. si cum dotem, in d. §. sin autem in fanissimo, circa finem.*

Quòd si mulier est inops, & patrem habeat diuitem, aut fratres; maritus non tenetur curare vxorem infirmam vltra vires dotis: Castro *in l. quod in vxorem, num.* 3. *C. de negot. gest.* dicens non teneri maritum, nisi vltimo loco, quando ipsa nec patrem, nec matrem, nec fratres habeat: idem vult *ibi* Salicet. & Ruin. *in cons.* 199. *num.* 3. *vol.* 3. qui omnes decernunt idem, siue sit indotata, siue dotata, si fructus non sufficiunt: quæ decisio non placet; quia qui duxit indotatam, sibi imputet, quod à principio non conuenit de dote; & ideò tenetur infirmam alere, quia habet illam in obsequio: argumento Domini, qui famulum infirmum alit: *l. diuortio, §. impendia, l. si cum dotem, §. sin autem,* vbi Bart. *ff. solut. matrim.* & argumento Principis, qui præstat alimenta Officialibus infirmis: Bart. *in l. legatum ff. de aliment. & cibar. legat.*

23 Vigesima resolutio. Vxor regulariter nequit petere alimenta à viro extra domum: non tamen cogitur habitare in domo testatoris, si non potest honestè. Prior pars intelligitur, nisi causa detur, quia vir faciliùs alit vxorem domi, quàm alibi; & viri, atque vxoris vnica est domus: Specul. *in tit. qui filij sint legitimi, §.* 1. *n.* 3. *vers. quid si viro absente:* Izernia *in Cōstit. Neap. fol.* 171. *col.* 3 prout refert, & sequitur Ioā. Lup. *in repet. rub. de donat. inter vir. & vxor. §.* 64. *n.* 7.

Existente tamen causa legitima, quòd vxor non viuat in domo mariti culpa illius, tenetur vir illam alere; perinde ac si esset in seruitio mariti: ita Cyn. Alber. Bald. & Alex. *in l. quod in vxorem, C. de negot. gest.* & Bart. *in tract. de alimēt. n.* 48. quia non stat per illā, quod nō seruiat marito in domo: Bald. *in l.* 1 *col.* 2. *vers. tertio dubitatur, C. de leg.* Rom. *cons.* 517. *n.* 2.

Quod si maritus vxorem sine causa domo expellat, non lucratur dotem, etiam quādo ex forma Statuti maritus lucrari debet dotem præmortuæ vxoris: ita Bald. *in l.* 1. *§. sed scimus, C. de Latina. liber. tollend.* & Rol. *de lucro dotis, q.* 68. *n.* 7. post alios.

Posterior pars, non esse scilicet cogendam vxorem pro alimentis habitare in domo testatoris, si nequit honestè; traditur à Bald. *in l. in annalib. circa finem, C. de legat.* quam decisionem sequitur Simon de Prætis, *in dubitatione* 11. *n.* 109. *de interpret. vlt. volunt. lib.* 4. Quod procedit etiam, quando alimenta relinquuntur cum onere habitandi: nam adhuc vxor, si honestè nequit ibi morari, alibi aletur, quia impeditur ibi manere: Alex. *cons.* 178. *n.* 5. *vers. circa secundum dubium, vol.* 6. Iason *in l. diuortio, in principio, n.* 25. *ff. solut. matr.* vbi loquitur quandocumque subest causa iusta, neque stat per legatarium quominùs habitet cum hærede: Cæphal. *cons.* 429. *num.* 7. & alij, quos sequitur Surd. *de aliment. tit.* 4. *q.* 15. *ex num.* 12. *cum seqq.* & *num.* 39. & 43. *vbi num.* 44. relinquit arbitrio Iudicis, quæ sit causa iusta petendi alimenta extra domum.

Vigesima prima resolutio. Vxor, cui alimenta fuerunt relicta cum onere habitandi cum filiis; consequitur illa, filiis etiam mortuis. Ratio, quia alimenta relinquuntur propter affectionem vtriusque: Surd. *de aliment. tit.* 5. *q.* 4. *n.* 16. Secùs si relicta sint viduæ, iussæ à testatore habitare cum filiabus; non enim consequitur tunc alimenta, nisi sequatur filias cùm nupserint: tenetur enim cum illis habitare, nisi recuset Gener: ita Ruin. *cons.* 37. *n.* 2. *vol.* 2. 24

Idem dicendum est de vidua, quam maritus iussit habitare cum filia in domo propria, quæ non consequitur alimenta, si habitet cum filia in domo mariti: vt Comeus vult *cons.* 7. *col. penult. vers. nec obstat quòd tenebatur, vol.* 1. sequitur Socin. iun. *cons.* 110. *num.* 6. *vers. nec obstat, quòd non videatur, vol.* 1.

Vigesima secunda resolutio. Vxor, quæ transijt ad secunda vota, & habet filios ex priori matrimonio, ali debet primùm à marito secundo, in cuius seruitio moratur; non autem à filiis primi mariti. Ratio, quia maritus viuus ideò tenetur alere illam, quia est in suo seruitio: *l. quod in vxorem, C. de negot. gest.* Dyn. *in l. si cum dotem, §. sin autem in fanissimo, ff. solut. matrim.* 25

Si autem maritus est pauper, filij prioris matrimonij cogendi sunt: *l. final. §. ipsum autem filium, C. de bon. qua liber.* Crauet. *in cons.* 189. *num.* 7. *ad finem.* Item, quia filij tenentur alere matrem officio Iudicis: quod officium pro alimentis consequendis non competit ei, qui habet aliunde: *d. l. si quis à liberis, §.* 1. Vxor tamen, quæ habet maritum, dicitur habere vnde alatur. 26

Quin etiam potest vxor cogere virum pro alimentis, & ille tenetur præstare, quando habet illam in seruitio, quasi debita in recompensationem eiusdem seruitij, ab vxore sibi præstiti. Quod procedit quando maritus est diues, in quo euentu vxor non dicitur pauper, & habet actionem, & ex consequenti videtur eam habere ipsam: *l. qui actionem, ff. de regul. iuris:* sicut dicitur diues, qui patrem habet diuitem: *Authent. præterea, C. vnde vir & vxor.*

Vigesima tertia resolutio. Vxor, cui alimenta relicta sunt si dotem non petierit, non perdit alimēta pro tempore quo non petiuit; quamuis postea petierit. Hæc resolutio non est omninò certa; quia conditio, seu modus non petendi dotem, si vult gaudere alimentis, est in ambiguo; & semel acceptata, videtur non posse mulier aliquando petere dotem, etiām finito legato alimentorum: vt videtur innuere Bartol. *in l. amplius non petit, n.* 6. 27

in fine, ff. rem rat. haberi, dum dicit, quòd mulier debet præsto esse ad liberandum hæredes per acceptilationem: ea namque extinguitur debitum in totum: *l. 1. ff. de acceptilation.* atque ita videtur testator legare in hoc casu, animo coniu͂ enlandi.

Contrarium tamen opinatur Alber. *in authent. quod locum, col. 6. vers. item quæro, quæst. ... de secund. nupt.* vbi tradit testatorem videri voluisse prorogare petitionem dotis pro tempore, quo durauerit alimentorum præstatio; non autem voluisse debitum abolere, nec videri id peragere animo compensandi: nam in dubio animus compensandi non præsumitur, quando debitum est voluntarium, non necessarium; & quando procedit ab homine, & non à lege. Idem vult Angel. Aretin. *in tract. de te-lam.in verf. & dotes suas non peteret.* Ratio potissima, quia alimenta non sunt relicta sub conditione; quia tunc intentio testatoris est, quod dotem perdat in totum, & petendo legatum non consequatur dotem; sed illa remaneat apud hæredes: Secus in nostro casu, in quo relinquuntur alimenta non sub conditione præcisa non petendi dotem, sed donec, vel quoad, vel vsque non petierit dotem; tunc enim petendo perdit legatum pro futuro tempore, sed non restituet alimenta præterita: Castrensis *in l. ex facto, §. penult. in fine, ff. ad Treb.* Surd. *de aliment. tit. 5. q. 3. num. 33.*

28 Vigesima quarta resolutio dependet ab illa quæstione, an vxor teneatur præstare alimenta marito hæretico, aut adultero, si non habeant aliundè, & fame pereant? Quoad primum de marito hæretico, pars negans ex eo probatur, quia maritus reus læsæ Maiestatis humanæ, aut patriæ proditor, non consequitur alimenta ab vxore: ita Bald. Nouel. *in l. si constante, n. 50. ff. solut. matrim.* ergo idem procedet in marito hæretico, reo diuinæ Maiestatis.

Item vxor in omnibus casibus, in quibus potest impunè maritum bannitum occidere, potest illi negare alimenta; quia negare alimenta, & occidere paria sunt: *l. necare, ff. de aliment. & cibar. legat.* quare quoties vxor licitè maritũ occidere poterit, poterit etiam alimenta auferre: sequitur Angelus *in §. si vero contigerit, in Authent. de incest. nupt.* argumento patris, qui potest negare alimenta filio reo læsæ Maiestatis: & filij, qui potest patri subtrahere alimenta, si fuerit hostis patriæ; quia priùs nati sumus patriæ, quàm parentibus: *l. 1. §. si ea, ff. de ventre in possess. mitten.* ergo idem poterit vxor erga maritum hæreticum.

Pars tamen affirmans, teneri vxorem ministrare alimenta huic marito, multis probatur. Primò, quia matrimonium non soluitur nisi per mortem, & maritus licet hæreticus, non desinit propterea esse maritus: proinde est alendus ab vxore, ex ratione *§. si vero contigerit, in Authent. de incest. nupt.* Secundò quia vxor propter infortunium mariti non eximitur ab affectu, & infortunio illius: *l. 1. C. de repud.* imò debet esse particeps infortunij mariti: *l. si cum dotem, §. maritus, ff. solut. matrim.* ita Crot. *in d. l. si constante, n. 166.* Gigas *de crimine læsæ Maiestatis, lib. 3. tit. de pœnis quas filij, q. 21. n. 6.* vbi impugnat Bald. Nouel. Adde teneri vxorem sequi maritum, etiam reum læsæ Maiestatis, & bannitum pro eo crimine: prout vult Hostiensis *in cap. 1. §. si quis hominem, de pace tenenda*, & Gigas *supra, tit. de pœnis, q. 19.* Confert quod ait Alberic. *in tract. statut. p. 4. q. 7.* vxorem scilicet receptantem maritum bannitum vt rebellem, non esse puniendam pœna ab Statuto imposita receptantibus bannitos: quod etiam vult Angel. Aretin. quem referens sequitur Gigas *supra q. 20.* & meritò; quia vinculum matrimonij est indissolubile: atque ita obligatio cohabitandi est de iure diuino, Quod Deus coniunxit, homo non separet. *Matth. c. 19. & Marc. c. 10.* neque ius ciuile positiuum potest efficere, vt tollatur id, quod est de iure diuino: atque ita si maritus non habet aliunde necessaria ad vitam, tenebitur vxor ministrare, sicut vir tenetur alere vxorem, ablata sibi propter hæresis crimen dote; quando ipsa nec patrem habet diuitem, nec matrem, nec fratres; tunc enim obligatio alendi est mariti: ita Sanch. *de matr. lib. 9. disp. 5. n. 10. & in præcepta Decal. lib. 2. c. 17. n. 34.* vbi loquitur de marito erga vxorem. Cùm ergo vir, & vxor sint correlatiua; quod dicitur de viro, censetur dispositum de vxore: Surd. *de aliment. tit. 4. q. 3. n. 11. & tit. 6. q. 3. num. 16. & q. 18. num. 53.*

Ad argumenta Baldi Nouel. *in d. l. si constante*, dicentis hostem Ciuitatis non esse alendum: dicendum est, non loqui *ibi* de marito, sed de patre: quia reddendo rationem, ait, quòd bonum patriæ tenetur præferre iuri patris: quæ ratio non quadrat in vxore, sed solùm in filio.

Ad secundum d ç, vxorem, stante Statuto quòd bannitus possit occidi impunè, non posse occidere maritum bannitum, quia hoc non reperitur iure cautum; quamuis aliud videatur in patre, & filio: *l. minime, ff. de relig.*

Ex dictis sequitur resolutio secundæ partis, vbi de obligatione alendi adulterum ab vxore: ideò vxor tenetur alere maritum adulterum, quando nõ habet aliunde, tunc enim ne fame pereat, alendus est in modum eleemosynæ: Bald. *cons. 478. n. 2. vol. 5.* ibi ponit exemplum, quãdo maritus factus est pauper propter maleficium, dicent non esse alendum: quod est intelligẽdum, nisi alatur per modum eleemosynæ, eo quia cùm generaliter omnibus egentibus sit subueniendum: *cap. pasce 21. dist. 86.* multò magis prouidendum est marito, qui est vna, & eadem caro cum vxore: *ap. debitum, de bigam.*

Quin potiùs doctrina Baldi *in l. vbi adhuc, C. de iure dot.* locum habet etiam, quando maritus est diues: nam etiam adhuc habebit alimenta de fructibus dotis restitutæ vxori, quia restitutio facta propter delictum non priuat maritum, nisi post sententiam, secundùm Baldum.

Sed meliùs ait Surd. *tit. 7. q. 25. n. 15.* vbi quamuis neget marito ab vxore danda esse alimenta; tamen concludit subueniendum esse illi, secundùm regulas eleemosynæ: sequitur Sanch. *de matrim. lib. 9. disp. 4. n. 23.* quando vir est inops, ne fame pereat, & multò antè, *lib. 1. de sponsal. disp. 41. n. 13.* post alios *ibi* relatos, per *l. mutuo, §. manente, ff. de iure dot.*

Absolutè tamen adulteræ in foro externo occultæ, sicut maritus non potest negare coniugium; ita nec alimenta: secùs in foro conscientiæ, in quo vir certus adulterij, sicut potest negare coniugium adulteræ occultæ; ita & alimenta: Sot. *in 4. dist. 36. q. vnica art. 3. ad finem*, Bart. à Ledesm. *de matrim. dub. 67.* & Sanch. *lib. 10. disp. 8. num. 25.*

§. II.

De mutua obligatione seruandi fidem coniugalem, & de damnis ex violata fide sequutis.

EPITOME.

29 *Coniuges sibi mutuum amorem, honorem, & reuerentiam inuicem debent.*

30 *Adulterium est graue crimen, & nullâ causâ iustificari potest.*

31 Adul

31 *Adultera non excusatur à crimine commisso propter famem, vel propter sauitium mariti, vel propter mortem ipsum, tenetúrque potius mori, quam adulterari.*

32 *Adultera per adulterium offendit maritum, consanguineos, & Rempublicam.*

33 *Adultera perdit dotem, & donationem propter nuptias.*

34 *Adultera an per adulterium amittat bona paraphernalia, de iure communi? alij affirmant. Sed alij melius negant. Et quid de iure Regni Castellæ.*

35 *Uxor innocens consequitur donationem propter nuptias mariti adulteri.*

36 *Vxore adultera habente filios ex aliquo matrimonio, vir gaudet vsufructu dum viuit, eo defuncto succedunt filij adulteræ.*

37 *Adultera non priuatur dote ipso iure per adulterium, sed per sententiam.*

38 *Maritus, cui applicata fuit dos vxoris per sententiam, si postea fiat adulter non tenetur restituere dotem sibi applicatam, nisi per sententiam.*

39 *Vxori in hoc casu datur actio, ad repetendam dotem à marito adultero, secundùm aliquos: sed secundùm alios non datur: potest tamen Iudex ex officio reconciliare coniuges.*

40 *Vxor dimissa post diuortij sententiam, potest accusare maritum de adulterio commisso ante sententiam latam, ad matrimonium instaurandum.*

41 *Marito agenti criminaliter de adulterio, an possit vxor opponere de concubinatu.*

42 *Maritus reconciliatus potest accusare vxorem de nouo adulterio.*

43 *Reconciliatio de adulterio quotuplex sit, & quibus modis fieri possit, & n. 44. & 45.*

29 NOtissimi iuris est fidem, siue fidelitatem circa thorum inter coniuges esse seruandam. Ad hanc perpetuò se vterque coniux inuiolabiliter custodiendam obstrinxêre, dum contraxerunt in facie Ecclesiæ, coram Parocho, & testibus, dicentes: *accipio te in meam*, & *accipio te in meum*. Per quæ verba tenentur coniuges implicitè non solum actibus internis, sed etiam externis, honorem, & amorem mutuum exhibere, cùm sint duo in carne vna: *Matth.* 19.

Ob quam rationem vxor tenetur honorare maritum pro superioritate & excellentia, quam vir habet in vxorem, & vicissim tenetur vir diligere suam vxorem sicut Christus diligit Ecclesiam, illamque honorare tanquam os de ossibus suis, & excellentiæ suæ consortem: nec non ob obedientiam, quæ ex mutua coniugum obligatione ostenditur, qua alter alteri debitum exigenti obedire tenetur: Bonacin. *in* 4. *Decalogi præcepto, disp.* 6. *q. vnica, puncto* 7. *num.* 1. vbi *num.* 11. ait deberi ab vxore marito amorem, honorem, & obedientiam in iis in quibus viro est subiecta: Nauar. *cap.* 14. *in summa, num.* 20. Fillinc. *tract.* 28. *cap.* 9. *q.* 6. *n.* 144.

30 Violatur ergo fides, seu fidelitas coniugalis per adulterium patratum ab altero coniuge: quod adeò graue crimen est, vt nulla ex causa in vxore excusari possit, nec iustificari: *cap. etsi Christus. de iureiur.* Bald. *in l.* 1. *ff. de constitutionib. Princip.* & *in l. final. C. si contra ius, vel vtilitatem publicam*: Alexand. *in l. non solum, § quanquam, de iniuriis.*

31 Hinc est quòd quamuis necessitas faciat licitum interdum, quod de se est illicitum *cap. quod non est*, vbi Glossa refert concordantes, *de regul. iuris in* 6. & inculpabile censeatur, quod fit necessitate vrgente, *cap. ad limina*, 30. *q.* 1. & excusetur qui propter famem furatur, *cap. si quis propter, de furtis*: quando aliter suæ necessitati prouidere non potest, nisi dominus rei ablatæ, non sit in pari necessitate constitutus; tunc enim non licet Dominum re sua priuare, cùm in pari periculo melior sit conditio possidentis: vt deducitur ex *D. Thom.* 2. 2. *q.* 66. *art.* 7. vbi Caiet. Bannes, Michael. Salon. & Petr. de Aragona, & alij, quos sequitur Sayro *in Claui*, *lib.* 9. *cap.* 14. *num.* 17. *cum seqq.* & *lib.* 10. *tract.* 5. *cap.* 6. *num.* 20. & 41.

Secùs quando necessitas non est vrgens, & aliter suæ necessitati prouidere potest: tunc enim furando non excusatur. Adde in extrema necessitate non solum propria, sed etiam in aliena excusari à furto, ex Nauar. *Commentario* 2. *de regularibus*, *num.* 18. Surd. *de aliment. tit.* 8. *priuilegio* 39. *num.* 6. vbi *n.* 9. subdit licitum esse furtum aliarum rerum, quæ non sunt comestibilia, quando comestibilia non reperiuntur; quia ista possunt capi, & vendi ad emendum comestibilia; quia omnia necessitatis tempore sunt communia. Nihilominùs non est integrum vxori in extrema necessitate præ fame, vel paupertate, violari fidem coniugalem: *l. palam, §. non est ignoscendum, ff. de ritu nuptiarum*, quia potius debet vxor mori, quàm adulterio consentire: Abbas *in cap. litteras*, per text. ibi *num.* 25. *de restitutione spoliatorum.*

Similiter non excusabitur vxor ab adulterio, si vir vxori venenum propinet, & multò minus propter sæuitiam: quod adeo verum est, vt etiam bannitæ non liceat adulterari, quamuis ex Statuto bannitus possit impunè offendi: vt *in Authent. de*
lenon. §. 1. Bald. *in d. l. final. C. si contra ius, vel vtil. pu-* 32
blic. Item quia per adulterium maritus, consanguinei, & Respublica offenditur: *l.* 1. *§. vsque adeo*, & *l. Stichum, ff. de iniuriis.*

Accedit ex adulterio vxoris virum maiorem iniuriam concipere, quàm ex filij occisione: text. *in l. codicillis*, *§. instituto filio*, *ff. de legat.* 2. Bald. *in l. Athletas*, *§. calumniator*, *ff. de his qui notant. infamia*: & Ioan. Lup. *in rubric. de donat. inter vir. & vxor.* §. 88. *n.* 3.

Quæritur quid perdat vxor ob adulterium? Con- 33
sule Caput *plerumque*, *de donat. inter vir. & vxor.* vbi dicitur perdere dotem: sequitur Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. *§.* 5. Clarus *§ adulterium, num.* 12. *vers. alia quoque est pœna*: Barbos. *in l.* 2. *in princip. n.* 53. *ff. solut. matrim.*

Hoc autem pœnæ genus extenditur etiam ad vxorem putatiuam, si fiat adultera: Barbos. *in d. l.* 2. *p.* 1. *ex n.* 93. Surd. *de aliment. tit.* 7. *q.* 16. *n.* 22. & Farin. *in praxi criminal. q.* 142. *n.* 16.

Insuper ob idem crimen, amittit vxor donationem propter nuptias, seu lucrum dotis ex pacto proueniens: Clar. *in d. §. adulterium, num.* 12. *vers. alia quoque*: Barbos. *cit. num.* 54. & 98. *vers. item, vt ipsa amittat dotem*: & Sanch. *de matrim. lib.* 10. *disp* 8. *n.* 21. Sed de hoc statim, *n.* 35.

Quæstionis tamen est de bonis paraphernis, an 34
amittantur per adulterium? Affirmant aliqui de iure communi. Ducuntur, quia in *cap. plerumque*, dicitur adiudicari marito dotem, ac dotalitium vxoris, & per dotalitium accipiunt bona paapherna: ita Glos. *in d. cap. plerumque, verbo, dotalitium*, Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. *§.* 6. *n.* 2. Costa *in cap. si pater*, 2. *p. verbo, legauit*, *num.* 46. *de testam. in* 6. Gomes. *l.* 80. *Tauri*, *num.* 47. *vers. item etiam imponitur*, Costa *in memorabil. verbo, mulier propter adulterium*, *pag.* 594. Farin. *d. q.* 142. *n.* 3.

Dicendum tamen est, nomine *dotalitij* non venire bona paapherna, sed solùm donationem propter nuptias,

nuptias, quæ olim erat in vsu, & dicebatur dos vxoris, dabaturque vxori in dotem à marito: & licet tederet ad virum danrem post solutum matrimonium; tamen si ex pacto dabatur vxori in perpetuum; si esset adultera, applicabatur viro: ita Abbas in *d. cap. plerumque, num.* 8 Barbos. *d. l.* 2 *p.* 1 *in principio n.* 56. *ff. solut. matrim.* Cancer. *variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 69. *&* 78. Francisc. Molin. *de ritu nuptiarum lib.* 3. *q.* 67. *num.* 5. Ludouic. Lopez 1. *p. Instruct. c.* 295. *q.* 2. quibus accedit Sanch. attento iure Castellæ *d. lib.* 10. *disp.* 8. *num.* 10. dicens, bona paraphernia, & reliqua vxoris adulteræ adiudicari viro; *l.* 1. *tit.* 20. *l.* 8. *nouæ recopil.* & tradit Cifuentes *l.* 81. *Tauri vers.* 1. *in eadem lege.*

35 Præterea vxor adulteri propter adulterium mariti consequitur donationem propter nuptias: *l. consensu §. si vero, C. de repud.* Ioan. Lup. *in rubric. de donat. inter vir. & vxor. §.* 20. *num.* 1. Perez *lib.* 5. *Ordinamenti tit.* 1. *l.* 1. *fol.* 21. *verbo, tres bienes*, Clar. *§. adulterium, vers. adde quod*, & Barbos. post alios *l.* 2. *p.* 1. *in principio, num.* 98. *& rubric.* 2. *p. num.* 38. *ff. solut. matrim.* sicut maritus consequitur illam vxoris adulteræ.

36 Limita tamen, quando vxor habet filios ex aliquo matrimonio: tunc enim dum vir est superstes, gaudet vsufructu illorum bonorum: eo autem defuncto habebunt filij in bonis adulteræ: quod procedit de iure communi, prout vult Barbos. aliis relatis *l.* 2. *p.* 1. *in principio num.* 62. *ff. solut. matr.* vbi *num.* 63. attento iure Castellæ addit si adultera auctoritate Iudicis occidatur à marito id iubentis, bona adulteræ statim ad filios deuenire quoad proprietatem & vsumfructum, modò filij sint extra potestatem patris: secùs si fuerint filiifamilias eiusdem viri: quoniam in eo casu retinebit vir vsumfructum, sicut & cæterorum aduentitiorum.

Contra verò si adultera non moriatur, quia actum est ciuiliter, maritus, adultera viuente, gaudebit vsufructu eorum bonorum, quamuis filij sint nati ex alio matrimonio: ea autem defuncta, succedent filij in eisdem bonis: ita Barbos. *supra*, vbi pro hac parte allegat Anendan. *respons.* 24. *num.* 3. *&* 4. & *in dictionario, verbo adulterium*, qui etiam loquitur, quando adultera pœnam mortis passa fuit: tunc bona illius ad filios spectare ait statim quoad omnia; quia iure ciuili adultera non occidebatur, *Authent. sed hodie, C. de adulteriis.*

37 Requiritur tamen, vt adultera priuetur dote, cæterisque bonis, sententia Iudicis; cùm sit pœna. Est communis: Bald. *in cap. ex parte, num.* 8. *de consuetudine*, Couar. *de sponsal.* 2. *p. cap.* 7. *§.* 6. *num.* 1. Perez *lib.* 8. *Ordin. tit.* 15. *l.* 2. *fol.* 290. *vers. dudum est*, Auiles *cap. Praetorum Glos. Dom Fernando, in fine*, Cenedo *in collectaneis iuris collect.* 154. Idem *de donat. propter nuptias, quam vir adulter amittit*, Hostiens. *in cap. porro, num.* 3. *de diuort.* & *ibi* Ioan. Andreas, *n.* 3. & Anchar. *in fine.*

Quare ante sententiam non deperdit dotem, nec donationem propter nuptias adultera, seu adulter; in vtroque tamen foro integrum erit coniugi innocenti, cui competit exceptio, ne aliquid soluere constringatur, retinere dotem, & donationem propter nuptias, opponendo ipsi adulterium: per textum *in d. cap. plerumque*, vbi non dicitur, virum ob adulterium vxoris lucrari dotem, & cætera bona; sed adulteram non posse repetere: quibus ostenditur posse virum vel retentione ratione exceptionis adulterij, quam potest opponere; non tamen perfectè, & irreuocabiliter maritus dotem adulteræ acquiret, nisi per sententiam: Sanch. *lib.* 6. *disp.* 38. *n.* 34. *& lib.* 10. *disp.* 8. *num.* 12. *vers. sed his minimè obstantibus*, Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. *§.* 6. *num.* 1. Farin. *in praxi q.* 142. *num.* 66. quibus accedit Barbos. *in d. c. plerumque, de donat. inter vir. & vxor. n.* 12. post alios *ibi* relatos.

Quòd si vir, cui applicata est dos adulteræ per sententiam, postea labatur in adulterium, teneb itùrne dotem illam restituere adulteræ? Respondetur negatiuè: ita Mexia Taxapanis *conclus.* 6. *n.* 63. Cened. *ad Decretales, collect.* 154. *n.* 8. quia priuari maritum dote sibi applicata per sententiam, est pœna; ac proinde requirit Iudicis sententia: nec adulter potest compensare adulterium commissum post sententiam cum adulterio vxoris patrato ante sententiam, vt redeat ad consortium coniugale: Sanch. *lib.* 10 *disp.* 9. *num.* 30. ac subinde nec quoad dotem. 38

Dabitur tamen actio vxori ad recuperandam dotem, quia compensantur delicta: ita Gregor. Lop. *l.* 8. *verbo, esse mismo, tit.* 2. *p.* 4. & Barbos. *in l. viro atque vxore* 40. *n.* 3. *ff. solut. matrim.* Quod procedit in ea sententia, quæ concedit viro actionem ad repetendam dotem, non verò secundùm sententiam dicentem, nullam actionem acquiri coniugi adultero, vt repetat ab innocente, qui adulteratus est post sententiam diuortij: eò quia semel bene iudicatum minimè retractatur: *cap. quod bene* 6. *q.* 4. ex Nicolao I. iuncta Glossa *verbo definitum.* Quocirca dicendum est, nequaquam restituendam esse dotem vxori; sed integrum esse officio Iudicis reconciliare coniuges, quando est periculum adulterij manifestum: ita Sanch. *d. disp.* 9. *num.* 30. *per tot.* vbi concludit sententiam ritè latam non esse reuocandam; nec fuisse sub conditione, nimirum si innocens contineret: quocirca delictum superueniens præiudicat rei iudicatæ propter periculum animæ, & ideò officio Iudicis subueniendum est: Barbos. *in cap. ex litteris, de diuortionum.* 4. post plures dicentes posse Iudicem coniuges in hoc casu reconciliare, & insimul ad cohabitandum cogere. 39

Cæterùm, post diuortij sententiam latam, potest coniux dimissus alterum coniugem de adulterio ante sententiam ab illo commisso accusare ad matrimonium instaurandum: vt vult Anchar. *in cap. final. num* 5. *de adulteriis.* Ratio, quia vbi competit actio, & exceptio ad idem, quamuis iure actionis non sit delatum in iudicium; potest ille qui non detulit postea agere. 40

Item quia adulteria quocumque tempore compensari possunt: vnde si post factam separationem innocens coniux fornicetur, tunc matrimonium reintegrari, & posse fieri compensationem officio Iudicis tradit Abbas *in cap. final. num.* 1. *de adulteriis*, & alij, quos sequitur Belletus *disquisit. Clerical. p.* 1. *tit. de fauore clericorum reali §.* 4. *num.* 81. quibus accedit Nauar. *consil.* 1. *num.* 2. *&* 3. *tit. de diuortiis*, Grassis *in decis. p.* 2. *lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 73. *casu* 3. Barbos. *in l. viro num.* 3. *ff. solut. matrim.* dicentes latâ sententiâ diuortij, si innocens adulteretur, compensari adulteria, & coniugi dimisso competere repetitionem alterius: ergo multò fortius competet repetitio ad instaurandum matrimonium, si ante sententiam dimissionis innocens adulteretur, vt vult Innocent. *in cap. super spoliatione, num.* 2. *in principio, de ordine cognition.*

Iuuat delicta paria mutua compensatione tolli: *cap. intelleximus, de adulteriis*, Sanch. *lib.* 10. *de matrim. disp.* 8 *num.* 25. Cardin. Tuschus *tom.* 1. *littera C. conclus.* 489. & Barbos. *in d. cap. vltimo, de adulteriis, num.* 3. *& sequent.* Surd. *de aliment. tit.* 7. *q.* 16. *n.* 52. vbi concludit virum post sententiam diuortij obtentam contra vxorem, posse cogi ad illam recipiendam, si ipse postea fornicetur: per text. *in cap. ex litteris, de diuortiis*, Glos. Anchar. Butrius *in cap. vltimo,*

timo, de adulteriis: igitur multò magis, quando ante sententiam fornicatus fuerit: quoniam sententia diuortij non transiuit in rem iudicatam in iis, quæ sunt in adulteri coniugis fauorem: atque ita, quidquid sit in foro externo, in foro tamen conscientiæ coniux iam non innocens, sed reus adulterij tenetur reconciliare sibi alterum coniugem; nec potest vti sententia iniustè obtenta, quæ non transiuit in rem iudicatam, cùm esset reus eiusdem criminis, Sanch. *lib.* 10. *disp.* 9. *n.* 25.

41 Contra verò, marito agenti contra vxorem criminaliter ad pœnam, non potest vxor opponere exceptionem contra maritum accusatorem de simili adulterio, vel excipere, quòd habuerit publicè concubinas, ad effectum, vt repellatur ab intentata accusatione: quia vxor non potest criminaliter virum accusare: *l.* 1. *C. de adulteriis*, vbi Glos. & Salicet. Ergo excipere quoque non potest contra accusationem, habetur expressè apud Hispanos, *l.* 3. *tit.* 2. *lib.* 8. *noua recopil.* & volunt Sot. *in* 4. *dist.* 37. *q. vnica art.* 3. *ad finem corp. & art.* 4. *in fine corpo.* Cenedo *ad Decretales, collect.* 166. *num.* 4. *vers. ex quibus resolue*, Cancera *in suis quæstionibus criminalibus, titulo de sanguinibus punitionem delicti, cap.* 4. *num.* 46. Petr. de Ledesm. *de matrim. q* 62. *art.* 1. *dubio* 3. sunt enim in hac accusatione dispares vir & vxor: & ideò absolutè hoc tanquam verius est sequendum.

Henriquez tamen *in summa lib.* 11. *de matrim. cap.* 17. *num.* 3. *littera F.* ait, exceptionem vxoris adulteræ accusatæ ad mortem opponentis maritum esse in concubinatu publicè, admitti posse: sequitur Surdus *supra d. q.* 16. *num.* 56. vbi dicit audiendam esse vxorem in hoc casu: nam excipiendo multa possunt adduci, & deduci, quæ agendo non admittuntur: vt Scribentes *in l. inuitus, §. cui damus, ff. de regul. iuris*, & sublata actione non excluditur exceptio; neque qui emisit actionem, propterea amitit exceptionem: Bart. *in l.* 1. *n.* 2. *ff. de exceptionibus*, vbi vult textum illum esse mirabilem.

Et quamuis hæc doctrina non placeat Sancio *lib.* 10. *de matrim. disp.* 8. *num.* 35. non posse tamen Iudicem damnare ad mortem vxorem adulteram, quando vir est reus eiusdem criminis, tradunt Gutier. *practicar. lib.* 2. *q.* 1. *num.* 23. *vers. modo maritus non sit eodem crimine adulterij affectus*, & frater Manuel *in summa p.* 1. *cap.* 127. *casu* 3. à quibus non est alienus Barbos. *in d. l.* 2. *in principio p.* 1. *num.* 99. *in fine*; dum probat opposita exceptione adulterij contra maritum eiusdem criminis reum, posse vxorem illum ab accusatione euertere, per text. *in l. si vxor §. Iudex ff. de adulteriis*: Contrarium tamen mihi verius videtur, vt resolui *supra*.

42 Superest asserere virum, qui semel adulteram recepit, & reconciliauit, non posse accusare illam de præterito, nec iam remisso crimine amplius: Game Lusitanus *decis.* 235. *num.* 6. Surd. *de aliment. tit.* 7. *q.* 16. *num.* 10 *c. & sequent.* Potest enim coniux innocens cedere iuri suo, & remittere delictum.

Nihilominus si reus criminis post factam remissionem relabatur in idem crimen, poterit de nouo adulterio accusari non obstante priori reconciliatione, & ratione illius agere ad diuortium: Azeued. *l. c. num.* 11. *tit.* 10. *lib.* 8. *noua recopil.* Gregor. Lopez *l.* 8. *verbo, en ante, tit.* 17. *part.* 7. Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. *§.* 6. *num.* 7. Barbos. *d. l.* 2. *part.* 1. *in principio num.* 104. Angles *in floribus* 1. *p. de matrim. q.* 9. *de diuortio art.* 1. *diffic.* 2. *conclus.* 6. Fr. Manuel. *tom.* 1. *summa cap.* 240. *num.* 3. Barbos. *in remiss. ad Ordinat. Regiam Lusit. lib.* 5. *tit.* 25. *§.* 2. *num.* 2. & 3. vbi concludunt posse reconciliatam accusari de nouo adulterio commisso.

Non enim videtur remisisse adulterium futurum, quamuis maritus promisisset de futuro adulterio eam non accusare; ex eo, quia dolo futuro, aut delicto committendo, nemo potest renunciare: Barbos. *d. §.* 2. *num.* 3. impunitas namque pro futuris delictis promissa non valet, tanquam præbeat occasionem & licentiam peccandi: Surd. *num.* 104. & Sanch. *lib.* 10. *disp.* 5. *num.* 20. Gutier. *de iuramento confirmatorio p.* 1. *cap.* 10. *num.* 5. & Farin. *in praxi, quæst.* 142. *n.* 77.

Quando censeatur remissa iniuria adulterij à coniuge innocente, ita vt nequeat postea innocens diuertere à coniuge adultero, aut accusare illum tam ciuiliter, quam criminaliter? Respondetur dupliciter posse remitti hanc iniuriam; expressè videlicet, & tacitè: expressè, quando expressè crimen condonatur: tacitè, quando facto ipso animus reconciliationis ostenditur. Per copulam igitur innocentis habitam cum adultero coniuge etiam occultò; siue petendo, siue reddendo; extinguitur ius diuertendi, & accusandi adulterum; dummodò coniux innocens sit adulterij certus omnino. Item requiritur, vt copula sit voluntaria, & nullo modo coacta præcepto Ecclesiæ. Quæ duo requiruntur, vt copula post adulterium habita censeatur adulterij remissio. 43

Vnde si innocens non sit conscius iniuriæ, nihil remittit iuris quod habet ad diuertendum, & accusandum: quia non censetur remissa iniuria, quando est ignorantia illius: *l. manifestissimi* 22. *in principio vers. sin autem C. de furtis, l.* 5. *tit.* 7. *lib.* 4. *fori regij*, ita Hostiens. *in summa, tit. de adulterio n.* 5. Gregor. *l.* 8. *verbo, en su lecho, tit.* 17. *part.* 7. Clarus *§. adulterium, num.* 18. *vers. caueat etiam Padilla*, Cardin. Bellarmin. *lib.* 1. *de matrim. cap* 14. *§. tertium*, Giurb. 1. *p. decis. lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 72. Surd. *de aliment. tit.* 7. *q.* 16. *n* 102 & alij, quos referens sequitur Barbos. *l.* 2. *p.* 1. *n.* 100. *ff. solut. matrim.*

Ex quo sequitur primò, virum non omninò conscium adulterij, sed habentem tantùm probabiles adulterij vxoris præsumptiones, quibus iustè mouetur ad credendum, non præiudicare iuri diuortij, nec accusandi, si reddat debitum: secùs si exigat. Quòd si coniecturæ, vel præsumptiones non sint probabiles, non sibi præiudicat reddendo, aut petendo; cùm sit dubius: & ex consequenti non censetur remittere id, de quo dubitat sibi competere: Barbatius *cons.* 64. *num.* 12. *vers. etsi opponitur vol.* 1. per text. *in d. l. manifestissimi* 22. *in principio, vers. sin autem, C. de furtis.*

Sequitur secundò, coniugem innocentem, si reddat debitum coactus præcepto Ecclesiæ, non amittere ius diuortij, & accusandi criminaliter, aut ciuiliter? quia innocens non remittit liberaliter iniuriam in necessitate: Sot. *in* 4. *dist.* 36. *quæst. vnica art.* 1. *ad fin. corp. casu* 6. Enriquez *lib.* 11. *de matrim. cap.* 17. *num.* 5. *casu* 6. Petr. de Ledesm. *de matrim. q.* 62. *art.* 3. *notab.* 2. amittet tamen ius innocens, qui compulsus à Iudice reddit debitum, si illud exigat ab adultero; quia tunc censetur voluntarius exigere, & censetur condonare: ita Hostiens. *in cap. inquisitioni, de sentent. excommunic.* & Ioan. Andreas *n.* 3. & Innocent. *ibidem.*

Simili modo vxor innocens reddendo debitum viro adultero propter metum grauem, non censetur remittere ius diuortij, nec actionem accusandi, quia cessat libertas voluntatis: Sot. *supra d. q. vnica art.* 1. *ad fin. corp. casu* 6. Imo in foro conscientiæ sufficit metus leuis alicuius tamen momenti, vt auferatur liberalitas ad donandum; qui sufficit ad obligandum donatarium ad restituendum: quamuis in foro externo ius Ciuile deneget actionem ad 44

vitandas

vitandas lites: Sanch. *lib. 4. disp. 9. n. 4. & lib. 10. disp. 14. num. 15.*

Eodem modo si coniux innocens retineat adulterum in domo, in eadem mensa, & lecto, non coactus, exhibendo illi signa beneuolentiæ coniugalis; censebitur condonare: secùs si maneant in eadem domo, non se alloquentes, diuisa mensa, ac lecto, vt duo extranei: quia tunc non retinet illam in consortio maritali, vt coniugem, *l. 8. tit. 17. part. 7.* ibi: *si la tiene en su casa como su muger*, nec retentio illa censetur signum familiaritatis coniugalis.

Simili ratione censetur tacita reconciliatio cum coniuge adultero, quando inter ipsos sunt oscula, & amplexus; cùm sint actus coniugales, quando redduntur à coniuge non coacto reddere debitum ex præcepto Ecclesiæ.

Denique quamuis in foro externo ex copula, & ex aliis actibus solitis exerceri inter coniuges, præsumatur adulterij condonatio, & animus condonandi: Nihilominus in foro conscientiæ per eosdem actus, si deest animus condonandi adulterium, non erit vera condonatio: ita Emanuel Sa *in summa, verbo diuortium, num. 7.* his verbis: *Quidam putant petentem debitum ab adultera, censeri reconciliatum: at non potest id sine animo reconciliationis fieri.* Ratio, quia actus non operantur vltra intentionem agentium: *l. non omnis § ff. si certum petatur.* Vnde quoties erit contraria intentio, non dabitur vera condonatio.

45 Nihilominus est dicendum per copulam, aut per alia beneuolentiæ coniugalis indicia exhibita, in vtroque foro dari veram condonationem, quando ea exercentur absque vlla coactione: nam factum ipsum est voluntarium, ex quo iure ipso naturale consequitur condonatio adulterij, & remissio iniuriæ; exemplo irregularitatis sequutæ ex occisione voluntaria, in quam incurrit necessariò volens occidere: sic etiam innocens coniux adulterij certus omninò accedens ad adulterum, eo ipso remittit iniuriam; cuius remissio sequitur per copulæ actum.

Nec obstat si dicatur in hoc casu dari præsumptionem: quia potiùs datur iuris dispositio, quod decidit per illud factum datam esse condonationem: *l. 8. final. tit. 17. part. 7.* reddens rationem, cur nequeat vxor adultera retenta in consortio coniugali postea accusari, sic ait: *Capues que assi la acogio en su casa, entendiesse, que la perdono*: eisdem verbis vtuntur Gloss. *cap. 1. verbo patronus 32. q. 1.* & Innocent. *cap. penult. de adult.* ideo non tam præsumptio, quàm iuris dispositio est: accedit Sanch. *lib. 1. de sponsal. disp. 5. num. 10. vers. tandem probatur,* dicens, quando quis in foro externo iure compellitur stare promissis, teneri ex lege iustitiæ sub mortali adimplere in foro interno: quia idem seruat forus conscientiæ, & externus, vbi non est falsa præsumptio, nec lex est pœnalis: ergo in nostro casu, cùm constet de copula, & de aliis actibus coniugalibus inducentibus de se concessionem veniæ, fieri nequit, vt velit vir illis actibus vti, & nolit remittere ius diuortij, & ius accusandi, nisi id expressis verbis declaret.

Est enim condonatio tacita de se sufficiens ad remissionem, accessus ad coniugem ream adulterij, tanquam ad suam, per quem extinguitur ius diuortij, & accusandi; cùm sint actus amicitiæ: ita Sot. *in 4. dist. 26. q. vnica art. 3. post tertiam conclusionem vers. quòd si roges,* & Vera Cruz. *1. tom. summa cap. 13. casu 4* dicentes, ex voluntate accedentis ad coniugem adulteram scienter, non pendere remissionem; quia posset vtique innocens eligere, petere, & non reddere absque condonatione, quod est maximum inconueniens, & disparitas: quocirca, qui petit debitum à coniuge vti coniux, tenetur lege coniugij eo ipso reddere: proinde eo ipso censetur petendo abdicare à se ius diuortij, & accusandi.

E P I T O M E.

46 *Adulteria non compensantur quoad accusationem criminalem, ideo vir potest accusare criminaliter vxorem; illa autem minimè: secundùm veriorem.*

47 *Maritus accusans criminaliter non lucratur dotem; secùs si ciuiliter agat.*

48 *De iure Lusitano vir accusans de adulterio, eo probato, acquirit omnia bona vxoris.*

Requiritur tamen, quod conuincatur per veras probationes.

49 *De iure Lusitano vir non lucratur dotem vxoris, quando ipsa habet descendentes.*

50 *In Lusitania quando casus non est decisus per Legem nostram, si materia non inuoluit peccatum, deciditur per leges Imperiales: si peccatum asserit, per ius Canonicum expeditur.*

51 *Maritus occidens vxorem propria authoritate, etiam lege permittente, non lucratur dotem.*

52 *Accusare adulteram præter maritum, quinam possint in Lusitania, & in Castella, & n. 53.*

54 *Marito cessante ab accusatione, vel quia non potest, vel quia non vult; an Iudex possit prosequi ex officio?*

55 *Mariti hæres non potest accusare vxorem, ad lucrandum dotem: & quando possit obiicere.*

56 *Hæres non potest petere dotem per viam actionis ob adulterium, secus si apud se dotem retineat.*

57 *Actio competens ad vindictam an transeat ad hæredem defuncti, si maritus ignoret.*

58 *Quibus pœnis olim, & nunc adulteria puniantur, tam de iure naturali, quam communi, Ciuili, & Canonico.*

QVæstionis est, an sit compensatio quoad accusationem criminalem, ita vt adultero non liceat accusare adulteram? Constat non esse coniuges pares, quoad hoc; *supra, ex num. 41.* quia multò detestabilior est impudicitia in fœmina, quàm in viro: ideò iura accusationem concedunt marito, non autem vxori. 46

Datur tamen compensatio, & paritas, quoad pœnas ciuiles; amissionis scilicet dotis, & bonorum vxoris adulteræ: ideò vir adulter non lucratur dotem, nec alia bona adulteræ, nec vxor adultera donationem propter nuptias factam sibi à viro, vt dictum est *paulo antè ex num. 33. cum seqq.* & probatur ex *l. viro atque vxore ff. solut. matrim.* per hæc verba: *viro atque vxore mores inuicem accusantibus, causam repudij dedisse vtrumque, pronunciatum est: Id ita accipi debet, vt ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua compensatione dissoluuntur.*

Hoc autem intelligitur in ciuili causa, vt in donatione propter nuptias, & dote reperiendis; si vterque se tueatur propter delictum alterius: quocirca, quamuis quoad accusationem ad pœnas ciuiles coniuges censeantur pares, dispares sunt quoad pœnas criminales: Cifuentes *l. 81. Tauri limitat. 3.* Rolaod. *cons. 50. num. 6. vol. 1.* Syluest. *verbo Dos q. 15.* Tabiena *q. 11. n. 12.* Conar. *4. decretal. 2. p. cap. 7. § 6. n. 5.* Quesada *in suis quæstionibus iuris ciuilis cap. 18. num. vnico, casu 5.*

Hinc fit, vt vir adulter quamuis occultus non possit accusare, quoad diuortium, vxorem adulteram in foro conscientiæ: quòd si attentet, tenetur

remitt.

teneri; quia est pœna ciuilis: Sanch. *lib. 10. disp. 6. num. 9.* argumento debitoris veri, qui tenetur soluere quamuis creditor non probet, in foro conscientiæ: similiter, quando adulterium vxoris est occultum, & viri publicum, non potest occultus petere diuortium, quia est reus eiusdem criminis in foro conscientiæ; atque ita potest tolli crimen vnius, crimine alterius: Abbas *in c. constitutus, de conuers. coniug. num. 8. & in cap. significasti, de diuortiis,* Syluest. *verbo diuortium, q. 9. vers. 7. & verbo matrimonium 9. q. 6. ad fin.* Natar. *lib. 5. consiliorum in 1. edit. tit. de adulter. cons. 1. num. 3. & 4.* & ex Theologis, D. Thom. *in 4. dist. 35. q. vnica art. 6. ad quintum,* Paludan. *q. 1. art. 2. casu 1. n. 11.* & Sot. *in 4. dist. 36. q. vnica art. 1. vers. dubium autem:* & quamuis limitet, dummodò alter coniux probare possit adulterium: intelligitur id, vt in foro externo audiatur.

47 Iure tamen communi maritus, si vxorem accuset criminaliter, non lucratur dotem; secùs si agat ciuiliter: Menoch. *cons. 31. num. 33. lib. 1.* Clar. *lib. 5. §. adulterium, num. 13. ad finem,* de accusante criminaliter. Vtilius ergo erit marito agere ciuiliter, & petere separationem thori, ob vxoris adulterium, quàm accusare criminaliter: in quo euentu non lucratur dotem, sed applicatur personis expressis in *Authent. sed hodie, C. de adulteriis.*

Idcirco secundùm dispositionem iuris communis tam in Lusitania, quàm in Castella; si maritus agat ciuiliter de adulterio, lucrabitur dotem, & bona paraphernalia: non autem alia bona vxoris: ita Barbos. *1. p. l. 2. in principio, n. 58. ff. solut. matrim.* contra Gomesium in *l. 80. Tauri num. 37. vers. item etiam,* perperam dicentem maritum lucrari dotem, & omnia alia bona illius, si agat ciuiliter de adulterio vxoris.

48 Item de iure Lusitano *lib. 5. tit. 25. §. 6.* maritus accusans vxorem de adulterio, illo probato, lucratur omnia bona vxoris tam dotalia, quàm non dotalia, & quæcunque alia, quæ ad ipsam spectant, si fuerit ad mortem condemnata; ibi: *E em todo caso onde a molher for condenada à morte per adulterio, averà o marido, que accusar todos seus bens naon tendos filhos.*

Idem etiam in Castella decretum est, *l. 1. tit. 20. l. 8. noua recopil.* vt obseruat Barbos. *supra num. 58.* Cifuentes *in l. 81. Tauri vers. 1. in eadem lege,* Cantera *q. criminal. de tangentibus punitionem delicti, cap. 4.* quibus accedit alter Barbos. *in Remissionib. ad Ordinationem Regiam Lusitanam lib. 5. tit. 25. §. 6. num. 2. & 4.* vbi *num. 5.* ampliat ad omnia legata facta vxori à marito, ac etiam ab eodem marito donata amitti scilicet ab vxore, & acquiri marito per mortem vxoris naturalem; secùs si ad aliam pœnam citra mortem naturalem, fuerit vxor damnata: tunc maritus non lucrabitur bona vxoris: ita Ordinatio Lusitana *d. lib. 5. tit. 25. §. 7. vers. E sendo caso,* neque dotem.

Oportet enim, quòd sit vxor conuicta de adulterio per veras probationes, *Authent. vt liceat matri, & auiæ §. quia vero plurimas vers. si de adulterio collatione* 8. nec sufficit quòd probetur adulterium præsumptiuè, quando maritus accusat criminaliter de adulterio; quia obligatur tunc probare illud per probationes luce clariores: *l. final. C. de probationib.* & ideò nihil lucrabitur quantumcunque mulier per præsumptiones condemnetur in aliqua pœna alia: quod insufficiens dicitur ad amissionem dotis; quidquid resoluat Farinac. satis esse: *in praxi, q. 142. n. 111.* sed non de iure Lusitano, quod petit probationes concludentes in amissionem dotis: & sic accipiendum, quod paulo antè dictum est *num. 43.* Nec discordat Barbos. dicens *supra num. 61. §. si autem ciuiliter,* sufficere præsumptiones, quando agitur ciuiliter ad lucrandum dotem.

Nihilominus oppositum vult, quando agitur criminaliter, etiam si dentur violentæ præsumptiones, quæ non faciunt, ad condemnationem corporalem, probationem veram; cùm pœna ordinaria non debeat quis ex præsumptionibus puniri: *c. literas 14. de præsumptionibus,* Auendan. *de exequend. mandat. p. 2. cap. 16. n. 12. ad finem,* Clarus *§. final. q. 20. col. penult. à n. 6.* Menoch. *de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 94. n. 3. & præsumpt. 97. à n. 23.* Mascard. *de probat. conclus. 1221. num. 55.* & Farin. *in praxi, part. 3. q. 86. n. 110. & part. 4. cons. 60. n. 19.* & alij plures, & Barbos. *in cap. afferte 2. de præsumpt. n. 7.*

Addit Ordinatio Lusitana *d. tit. 25. §. 6.* ibi: *nam tendo filhos, ou outros descendentes, que ouuesse do dito marido, ou doutro, se ja dantes outra vez fora cazada.* Ex quo loci ostenditur, si adultera carens liberis condemnetur ad mortem naturalem, tunc maritum & dotem, & reliqua bona vxoris sibi acquirere: secùs si filij supersint ex aliquo matrimonio, vel ex eodem; tunc enim maritus nihil lucratur, sed omnia bona adulteræ deferuntur filiis, ex iure nostro: quod etiam vult *l. 1. tit. 20. lib. 8. Ordinamenti,* dicens, si adultera habeat filios, & patiatur propter adulterium pœnam capitis, filios succedere in bonis quoad proprietatem, & vsumfructum. 49

Contra verò, quando agitur ciuiliter, vt vxor adultera non moriatur; tunc quamdiu adultera fuerit in humanis, maritus habebit vsumfructum; eâ autem defuncta, succedent filij. Hæc de iure speciali, quoad bona adulteræ.

Pro Regno Portugaliæ quoad bona adulteri, recurrendum est ad dispositionem iuris communis, vt deciditur ab eodem iure Lusitano *lib. 3. tit. 64.* quando casus de quo agitur non fuerit decisus per Legem, Stylum, aut Consuetudinem Regni: ideo quando agitur de materia, quæ non affert peccatum, decidatur per leges Imperiales: quòd si peccatum afferat, secundùm sacros Canones finiatur. 50

Apud Hispanos autem, quando deficiunt Leges Regiæ, & Consuetudines prouinciarum, recurritur ad ius Canonicum, vt volunt Perez *in proœmio Ordinamenti q. 3.* Soar. *de pace, in pract. in principio annot. 5. n. 36.* Flores *variar. lib. 1. q. 2. n. 4.* & Azeued. *art. 1. n. 18. lib. 2. recopil.*

Obseruabitur ergo dispositio iuris communis in Lusitania, quia Ordin. Lusit. *d. lib. 5. tit. 25. §. 6.* loquitur tantùm de bonis adulteræ: atque ita adulter iure communi non amittit bona: & licèt condemnabatur ad mortem, *l. quamuis adulterij, C. de adulteriis,* non tamen condemnabatur in amissionem bonorum, vt patet *ex eadem lege.*

Quòd si dicatur etiam iure communi adulterum bonis priuari; non tamen applicabantur alteri coniugi, sed potiùs filiis adulteri, si aliquos haberet: illis autem non extantibus, fisco dabantur: *Authent. vt liceat matri, §. quia vero plurimas, collat. 8.* Barbos. *in d. l. 2. in principio 1. p. n. 64. ff. solut. matrim.* Pro Regno autem Castellæ, bona adulteræ acquiruntur marito, vt decisum fuit per *legem 15. tit. 17. part. 7.* Barbos. *vbi proximè.*

Quando autem maritus occidit vxorem adulteram propria auctoritate, etiam lege permittente impunè, priuatur tamen lucro dotis: per text. *in l. si ab hostibus 11. §. final. ff. solut. matrim.* ita Bald. *ibi,* & Paulus *n. 5.* quia de iure communi propter adulterium mulier non perdit dotem, nec alia bona. Item quia secundùm communem maritus non potest licitè interficere vxorem propter adulterium de iure communi: igitur ex facto suo culpabili non debet aliquid acquirere. 51

Nec obest si dicas hoc procedere de iure communi, secundum quod non licebat marito occidere vxorem etiam reperta in adulterio, neque æquum erat virum propter facinus suum dotem lucrari: proinde vbi licitum fuerit interficere vxorem suam, & adulterum repertos in adulterio, lucrabitur vir omnia bona illius, quæ acquireret, si via iuris ordinaria illam accusaret.

Nihilominus maritus adhuc in hoc casu non lucrabitur bona vxoris, nec adulteri. Ex ea ratione, quia quando quis propria auctoritate sibi facit ius, amittit lucrum legale, per text. mirabilem *in l. interdum 2.§. qui furem, ff. de furtis*, vbi propria auctoritate furem capiens & adducens illum ad Iudicem, benè recuperat bona sibi furto ablata; non tamen lucratur pœnam dupli, vel quadrupli à iure impositam pro furto: vt bene probat textus in *d. l. si ab hostibus §. 1. ff. solut matr.* Couar. *de sponsal. 2. p. cap. 7. §. 7 n. 7.* Peregrin. *de iure fisci lib. 2. tit. 3. n. 8.* Gomes. *in l. Tauri 80. n. 63. ad finem*: secùs dicendum quando maritus de mandato Iudicis, & pro bono publico tanquam minister legis constitutus occidit vxorem: tunc, vt excusatur à peccato, lucrabitur emolumentum legale; nec ipse vt persona priuata, sed vt persona publica videtur occidere. D. Thom. 2. 2. q. 64. *art. 3. ad 1.*

52 Sed peres an aliqui vltra maritum contra vxorem, & adulterum, queant intentare querelam? Respondetur non quemlibet de populo hodie admitti posse ad accusandum, sed tantùm personas expressas in *l. quamuis C. de adulteriis*, & *ibi* Salicet. *n. 5.* Gomes. *in d. l. Tauri 80. n. 49.* Quare in Gallia solus maritus adulterium accusat, vt vult Rebuf. *tom. 1. ad leges Gallicas in præfatione n. 180.*

Idem de iure Lusitano nullus nisi maritus potest accusare adulteram *lib. 5. tit. 25. §. 3.* ibi: *E mandamos, que neste caso de adulterio sem somente recebido o marido a querelar assi damolher, como do adultero, E naon outra pessoa alguma.*

Idem probat in Regno Castellæ *l. 3. tit. 7. lib. 4. fori legum*, quod intelligitur iure mariti, vel etc. cum priuilegio & qualitate mariti, vbi notat Gomes. *d. l. 80. Tauri n. 49* per legem *3. vbi proximè*, quæ commoneret ita practicatur: vbi deciditur, quod modò dictum est, nullum scilicet admitti ad accusandum, quando maritus non vult accusare, nec vult quòd alius accuset. Quare quando non constat de mariti contradictione, videlicet quando est absens, vel furiosus, bene poterit accusare frater, patruus, & auunculus ipsius mariti, vel ipsius adulteræ; argumento text. *in l. sed etsi vnus, §. aie Prætor 20. cum § sequent. ff. de iniuriis*, vbi habemus facta iniuria filiofamil. datur patri actio: & patre remittente iniuriam, filium non posse agere: quòd si absit pater, posse filium agere, ex præsumptione, quòd si præsens esset pater, ageret, & accusaret.

53 Dicendum tamen est per virtutem text. *in d. l. 3. tit 7. lib. 4. fori legum*, neminem hodie posse accusare adulteros nisi maritum duntaxat, siue præsens sit, siue absens, ne cuilibet liceat temerè fœdare matrimonium.

Præscribitur autem actio hæc per quinquennium, ita vt vlteriùs non admittatur accusatio iure mariti, quinquennio elapso: vt disponitur in *l. 4. tit. 17. part. 7.* & est text *in l. mariti, §. præterea, & §. hoc quinquennium, ff. ad legem Iuliam de adulter.* quamuis alia delicta publica non præscribantur minori spatio, quam viginti annorum, vt in *l. querela C. de falsis.* Gomes. in *d. l. 80. Tauri, n. 49. ad finem.*

54 Ad hæc quamuis in aliquibus casibus, in quibus parte non accusante Iudex ex officio possit procedere ad accusationem, parùm aut nihil aliquando condonatio partis operatur: quoniam Iudex, condonatione non obstante, potest progredi vlteriùs ad puniendum delictum.

Contra verò in casibus in quibus Iudex non procedit nisi parte querelante, condonatione partis obtenta, aboletur processus omnino, & aboletur accusationis [illegible] adilla *in l. transigere, n. 47. C. de transactionib.* atque ita ex officio Iudex aduersùs adulteram non potest procedere neque per inquisitionem generalem, aut specialem; cùm solum marito tribuatur ius accusandi Padilla in *d. l. transigere num. 92.* Gregor. Lopez *l. 2. tit. 17. part. 7. cum Glos. 3.* & Ordinatio Lusit. *lib. 5. tit. 25. §. 3.*

Cæterùm quando maritus moritur post litem contestatam, Iudex ex officio potest prosequi causam ad punitionem; quia post accusationem institutam, deficiente accusatore, vel quia obiit, vel quia non possit, Iudex ex officio potest pergere: *l. penult. in principio ff. de publicis iudiciis*, vt per Corteum de Sab *in fragmentis ad librum 5. Ordinationis Regiæ Lusitanæ, verbo Crimes, n. 5 1. fol. 20.* per text. *in cap. 2. de collisione detegenda*, & *ibi* Barbos. *n. 2.* modò tamen constet de adulterio tempore mortis mariti: tunc enim Iudex tanquam super crimine notorio procedere potest; *cap. de manifesta 2. q. 1.*

Hæres autem mariti vxorem de adulterio accusare non potest, quoad effectum lucrandi dotem, 55
text. *in l. res iudicata 16. §. 1. in fine ff. eodem*, quia ius accusandi, & lucrandi dotem tribuitur marito ratione iniuriæ sibi illatæ: *l. miles 11. §. socer ff. de adulteriis*, mortuo enim marito illi competit ius accusandi: Aulés *de Prætoribus, in proœm. pag. 11. col. 3. ad finem*, Anton. Gomes. *l. Tauri 80. n. 49.* & Perez *l. 2. tit. 14. lib. 8 Ordin. pag. 191. col. 1.* Quod procedit, quando maritus adulterium non ignorauit & tacuit dum vixit, quia censetur remisisse; tunc hæres non poterit opponere exceptionem adulterij: *l. final. in fine C. de reuocan. donat. l. omnimodo C. de inoffic. testam. cap. final. de donat.*

Secùs, si maritus adulterium ignorauit, tunc potest agere: Alcia. *in l. res iudicata n. 5.* & *ibi* Aretio *§. 1. ad finem, ff. eodem*, & afferit receptum Couar. *de sponsal. 2. p. c. 7. §. 6. n. 9.* Costa *in c. si pater, 1. par. verbo legauit, n. 32. de testam. n. 6.* Confirmatur per textum in *l. final. C. de adulteriis*, vbi, si hæredes illius vxoris iam mortuæ curent repetere dotem possunt obiicere aduersarij de adulterio communiso ab eadem, & actio pœnalis ignorante viro, cui facta est iniuria, solet transire ad hæredem illius, in quem iniuria fuit acta: *§. non autem, Instit. de perpetuis ac temporalib. action.*

Quare hæres defuncti in hoc casu, si voluerit opponere vxori de adulterio, poterit quoad effectum lucrandi dotem: habet enim tanquam hæres mariti ius obiiciendi: *l. final. C. de adulteriis*, Gama *decis. 234. num. 2. & num. 4.* Confert quia mortuo marito offenso per vxoris adulterium, illud maneret impunitum, si mariti hæres satisfactionem offensæ petere non potest, nec retinere dotem in recompensam.

Iouat, quòd maritus, defuncta vxore adultera, potest excipere de adulterio contra hæredes vxoris: per text. *in l. final. C. de adulteriis*: ergo hæres mariti poterit obiicere de adulterio commisso per vxorem dotem repetentem; cùm omnium sit facilius pœnam transire ad hæredes affecti iniuria, quàm transeat aduersùs hæredes patrantis crimen: *§. non autem, Institut. de perpet. & tempor. action.* Menoch. *consil. 99. n. 153.* quæ omnia faciunt hanc partem probabilem.

Dicendum est tamen hæredem mariti per viam actionis non posse petere dotem, quasi sit amissa ob 56

ob adulterium; eò quia cùm huiusmodi actio videatur pertinere ad vindictam, non debet deuolui ad hæredem mariti offensi. At verò quando hæres defuncti dotem apud se habet, tunc opposita exceptione adulterij poterit vxorem excludere dotem repetentem, & retinere dotem, modò excipiat ante sententiam pro vxore: *l. peremptorias C. sententiam rescin. non posse*: quinimò marito dotem possidente, potest excipi de adulterio aduersùs hæredes mulieris: *l. fin. C. de adulteriis*: proinde, si maritus dotem non possideat, non potest ratione adulterij dotem petere ab hæredibus vxoris: Andr. Siculus *in cap. penult. de consuetudine, num.* 35. Ergo hæredes mariti dum possident rem, opposita exceptione possunt excludere adulteram, aut hæredes illius, quamuis punitio adulterij videatur vindictam concernere: Xuares *alleg.* 26. *ad finem*, Anton. Gabriel *lib.* 7. *commun. tit. de criminalibus, concl.* 35. *in fine*.

57 Nec obstat quod dicitur, licèt actio competat ad vindictam, eam tamen transire ad hæredem defuncti, si maritus ignorauit adulterium: Quia adhuc hæres illius non poterit accusare. Nam ignorantia, aut scientia nihil facit; nec debet mutare naturam huius actionis pertinentis de se ad vindictam, nec transeuntis ad hæredem ex sui natura: Ruin. *cons.* 10. *num.* 6. *lib.* 1.

Quare attendenda est tantùm iuris regula, quòd actio competens ad vindictam, non transmittitur ad hæredem, vt dictum est; & nihil curatur de ignorantia: imò si adultera accusata criminaliter obiisset ante condemnationem, hæredes adulteræ in nihilo tenebuntur: eò quod neque accusatio, neque actio competens ob adulterium, transfertur contra hæredes adulteræ: Andr. Siculus *in cap. penult. n.* 33. *de consuetudine*: Gomes. *ad l. Tauri*, 80. *n.* 69. secundùm regulam *l. ex iudiciorum, ff. de accusat.* & Bald. *d. cap. penult. de consuet. num.* 8. Aules *de Prætor. in proœm. pag.* 11. *col.* 1. *ad finem*.

Attamen ad amissionem dotis, si agatur ciuiliter, requiritur vt actio transeat contestationem saltem litis: *l. vnica, C. ex delict. defunct. l. omnes pœnales* 25. *ff. de obligat. & actionib.* nam post mortem vxoris, vel alterius delinquentis ante litem contestatam, extinguitur non solum pœna corporalis, sed etiam pecuniaria: vt probat Gomes. *in d. l.* 83. *n.* 69. *ad finem*, post alios *ibi* relatos.

58 Quæri item potest quibus pœnis olim, & quibus hisce temporibus adulterij puniantur? In primis adulterium iure naturali prohibitum est: teste Cicerone, *lib.* 2. *de legibus*. Contra adulterium omnia iura insurgunt. Apud Hebræos adulteri lapidibus obrui solebant: *Leu.* 20. *Iob.* 8. Solonis quoque lege deprehensi, impunè occidi poterant: Radi. *in Epitome de adult.* Idem supplicium *in legibus* 12. *tabularum*. Apud Arabes minus delictum censebatur cum matre, quàm adulterium. Apud Ægyptios mulieri adulterij reæ amputabatur nasus. Apud Romanos capitis pœna puniebatur. Ante legem Moysis comburebantur adulteri, vt colligitur ex *Genes. cap.* 38. Romulus in adulteras legem tulit, per hæc verba: *Adulterij conuictam vir, & cognati, vti volent, necanto*: Numa Pompilius ita sanciuit, si fides habenda festo Pompeio, *lib.* 4. *de verborum veterum significat.* his verbis: *Pellex adem Iunonis ne tangito: si tangit; Iunoni, crinibus demissis, agnam fœminam cædito*. Præterea ante legem Iuliam fœminæ adulteræ vltra ducentesimum lapidem relegabantur. Adulteri multò longiùs. Augustus eandem Cæsar tulit, quam Iuliani dicit Vlpianus *in l.* 1. *ff. ad legem Iuliam de adulter.* contra adulteros: & an per illam capitalis pœna fuerit sancita, est in ambiguo? Nam alij deportationis, vel relegationis pœnam contra adulteros sancitam volunt ab Augusto: quibus accedit D. Augustin. *lib.* 7. *de ciuitate Dei, cap.* 5. dicens, Adulteria Romæ morte punita non fuisse.

Porrò alij, pœnam capitalem à lege Iulia statutam fuisse adulteris opinantur Hostiens. *in summa, tit. de adulteriis, §. qua pœna, col.* 1. Couarruuias *lib.* 2. *Miscel. variar. cap.* 1. Iuuat illud Virgilij *lib.* 6. *Æneidos*: dum ita ait: *Quique ob adulterium cæsi, &c.* Quasi sua illa ætate, qua Cæsar Augustus imperabat, pœna adulterij mortis fuisset: Accursius tamen *in l. si quis viduam, ff. de quæstionib.* & *ibi* Bart. arbitrarii sunt tempore Augusti, pœnam adulterij, fuisse arbitrariam: sequitur Bald. *cons.* 429. *super eo, lib.* 5. quod videtur verum: quia pro qualitate & facti, & personarum, tempore Augusti, non erat eadem in adulteros pœna; & alij exilio, alij pœna capitis plectebantur, Tacitus *lib.* 2. vbi meminit pœnæ relegationis, & hanc tribuit Tiberio Cæsari. Opilius autem Macrinus, teste Capitolino *in eius vita*, de adulterio, seu de stupro conuictos, iussit includi viuos in duobus bobus miræ magnitudinis, quos subitò aperiri iusserat, capitibus, vt secum colloqui possent, exertis: Tiraquel. *in l.* 13. *connubial. num.* 17.

Cæterùm Tiraquel. *num.* 19. credit ante legem eam Constantini, nullam pœnam capitalem fuisse in adulteros indictam, vt conijci potest ex *l. Clodius, ff. de his quibus vt indignis*: vbi Glossa id asserit, & constat post legem Constantini, sacrilegos nuptiarum decapitari solitos; vt videre est apud D. Hieronymum *in Epistola ipsius ad Innocentium, de muliere septies icta*: Constat item Diocletianum, & Maximianum pœnam contra adulteros statuisse capitalem: vt habetur *in l. quamuis adulterij, in fine, C. ad legem Iuliam, de adulteriis*: quod etiam notat Bald. *ibi*.

Iure autem Pontificio, in foro fori, Clericus conuictus de adulterio, deponitur ab officio, communione concessa, per tèpus vitæ suæ recluditur in monasterio, ex Concilio Aurelianо, relato *in cap. si quis Clericus*, 81. *dist.* & tenet Gluss. 1. *in cap. later.* 2. *q.* 7. quam *ibi* sequitur Archid. & post Hostiensem, & Ioann. Andr. approbat Decian. *in tract. criminali, lib.* 6. *cap.* 23. *num.* 14. *in principio*: Bernard. *in praxi cap.* 83. *num.* 2. & latiùs *in cap.* 85. *num.* 2. Clar. §. *adulterium, num.* 7. Couar. *de sponsal. p.* 2. *cap.* 7. §. 7. *num.* 19. Quod procedit, quando accusatur Clericus de illo crimine: secùs si non accusetur, tunc enim potest Episcopum remittere de rigore illo: sequitur noster Molin. *de Iust. tract.* 3. *disp.* 98. *num.* 1.

Pro quo crimine Clericus condemnatus, incurrit infamiam: Decian. *d. cap.* 23. *num.* 14. *efficitur*, neque excusatur ab hac pœna & infamia accedens ad coniugatam, quam putabat solutam; eo quòd incumbebat ei illicitæ: vt post Bart. *in l. si adulterium, cum incestu, ff. de adulteriis*, vult Decian. *d. num.* 14. *vers. si quid*: minuitur tamen pœna ob talem ignorantiam.

Ex Concilio Ancirano, *cap.* 20. non nisi septem annos pœnitentiam agere debent Clerici adulteri. Denique ex Concil. Trident. *sess.* 25. *cap.* 14. ostenditur quomodo sint puniendi Clerici concubinarij beneficia habentes, aut pensiones, seu portiones Ecclesiasticas; & qua pœna Clerici, qui beneficia vel pensiones non habent; & qua Episcopi, si de huiusmodi crimine sint notati: Menoch. *de arbitrar. casu* 418. *num.* 11.

Nihilominus laici adulteri excommunicantur: Couar. & Clar. *supra, num.* 7. *verbo, de iure autem Canonico*:

15 *Canonico*; Farinac. *in praxi*, *p.* 5. *q.* 140. *num.* 23. Sayro *in claui*, *lib.*8.*cap.*3.*num.*3. & 4. vbi §. *primo*, addit, cæteris paribus, adulterium viri grauius esse peccato fœminæ adulteræ, eò quia vir maiori pollet vsu rationis. Consideratis autem circunstantiis, grauiùs peccat fœmina adultera, quia facit sobolem de suo patre incertam, tum quia maius scandalum infert, & maiorem infamiam sibi, & marito irrogat, & multo maiora damna ex adulterio ab vxore commisso sequi solent, quàm à viro communiter.

---

§. III.

Vtrùm leges permittentes vxores occidi repertas in adulterio à maritis, excusent illos à mortali.

EPITOME.

59 *Vtrùm leges Ciuiles, permittentes occidi repertos in adulterio, sint licita, & excusent à mortali occidentes?*

60 *Lex inducens ad peccatum est nulla.*

61 *Quod fit authoritate legis, licitè fieri videtur.*

62 *Maritus si fuerit Iudex, in flagranti delicto vxorem adulteram occidens, peccat.*

63 *Leges permittentes occidi adulteros, excusant à pœna iudiciaria, non tamen à culpa.*

64 *Occidens Clericum inuentum cum vxore, matre, sorore, vel filia in actu turpi, peccat, sed non excommunicatur; secùs, si ex interuallo.*

65 *Vxor adultera quando occiditur à marito, an amittat dimidium lucri, constante matrimonio quæsiti.*

66 *Matrimonium, quando est nullum ex aliquo impedimento, quid possit maritus contra adulteros de iure communi, & de iure tam Castellæ, quàm Portugaliæ?*

67 *Mulier sciens impedimentū dirimens, marito illud ignorāte, conuicta de adulterio, amittit bona sua.*

59 PRima dubitatio an leges sæculares facientes potestatem maritis, vt occidant adulteros, sint licitæ? Pars negans ex eo ostenditur, quia nemini licet propria auctoritate aliquem occidere. Item quia lex inducens ad peccatum, est nulla, & nullo modo seruanda: vt in *cap. final. de præscriptionibus*, & *in cap. penult. de consuetudine*, vbi dicitur non valere consuetudinem, quæ præbet ansam delinquendi, quamuis sit immemorialis: Bero. *cons.*65. *n.*8. *lib.*3 Ruin. *cons.*154. *n.*11. *lib.*4. Menoch. *de præsumptionibus*, *lib.*5. *præsumpt.*49. *n.*25.

Iuoat Isidorus desiderās in lege, vt præcipiat rem honestam, vel de se, vel ex fine ad quem fertur: vt volunt Vasq. 1, 2. *disp.* 155. *c.* 1. *n.*6. Salas *de legibus*, *disp.* 1. *sect.* 9. *n.* 57. Soar. *eodem tit. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 7. Item non valet lex, quæ præfert occasionem peccandi, aut quæ præcipit aliquid iniustum: sed leges facientes facultatem occidendi adulteros inuentos in actu turpi, tales sunt: ergo non sunt seruandæ; quia sunt contra præceptum diuinum, *Non occides*: & dicit Glossa singularis, *in cap. inter hæc*, 33. *q.* 2.

60 Pars affirmans has leges esse iustas, ostenditur *ex l. Gracchus*, & *ex l. marito*, *ff. ad Iuliam de adulteriis*. Nam quod fit auctoritate legis, licitè fieri videtur: *argumento capitis, qui peccat*, 23. *q.* 4.

61 Dicendum ergo est primò, occidentem adulteros non repertos in flagranti, peccare mortaliter, & contra iustitiam, & ex consequenti teneri ad restitutionem, neque per leges Ciuiles impunitatem illi tribui: vt deducitur *ex cap. inter hæc*, 33. *q.* 2. Sot. *in* 4. *dist.* 37. *art.* 3. & *lib.* 5. *de iust. q.* 1. *art.* 3. *ad* 1. & Couar. *de matrim. p.* 2. §. 7. *n.* 7.

Secundò dicendum, occidentem vxorē repertā in flagranti, ante sententiā Iudicis, non excusari à mortali; quamuis per leges Ciuiles non puniatur: colligitur *ex d. cap. inter hæc*, 33. *q.* 2. vbi dicitur, Ecclesiam Dei mundanis legibus non constringi. Est communis. Confert August. *lib.* 2. *de adulterinis coniugiis*, *c.* 15. his verbis: *Non licet Christiano homini vxorem adulteram occidere, nisi maritus, tanquam minister legis, & executor illius constitutus, & pro bono publico occidat vxorem*: tunc excusatur à peccato. Extra hūc casum peccat mortaliter: Barbos. *in l. si ab hostibus*, 11. §. *final. n.* 43. *ff. solut. matrim.* Sanch. *eodem tit. lib.* 10. *disp.* 8. *n.* 39. *vers. prima tamen conclusio*, & *vers. secunda conclusio*, *n.* 42.

Quòd si maritus fuerit Iudex, & reperiat vxorem in flagranti scelere; adhuc non potest illos occidere licitè: quia cùm iudex sit, debet illos priùs audire, & procedere causa cognita, & tanquam Iudex; non autem tanquam priuata persona pronunciare: Sanch. *d. disp.* 8. *n.* 40. Imò etiam poterit vxorem accusare, apud alium iudicem competentem; cùm in causa propria nemo sit iudex sine exceptione, supremo Principe excepto. Post latam tamen sententiam, sicut potest committere executionem ministro iustitiæ, sic potest tradere adulteram, & adulterum marito: vt, si velit, eos interficiat; & si aliquid impedimenti obstet, per illum arceatur: idem Sanch. post alios *ibi* relatos. 62

Ad argumenta dicendum, leges Ciuiles permittentes adulteros occidi in flagranti impunè; pœnam scilicet remittentes, ob iustum dolorem id permittere, sicut alia multa permittunt, non autem posse dispensare in homicidio: atque ita solùm sunt permissiuæ in foro externo, excusantes à pœna iudiciaria tantum; non autem liberantes à culpa: Sayro *in claui*, *lib.* 7. *cap.* 10. *num.* 9. Gomes. *l.* 80. *Tauri*, *n.* 51. Sanch. *d. disp.* 8. *n.* 44. 63

Atque ita hoc modo, intelligēdæ sunt leges municipales Lusitanæ: *lib.* 5. *tit.* 38. *in principio*, dum aiunt, coniugatum, si reperiat adulterum cum vxore, in flagranti, posse licitè illum occidere; hoc est, impunè. Idem si illum reperiat in præparatoriis ad copulam, veluti in mutuis amplexibus, & osculis: Molin. *de Iust. tom.* 4. *tract.* 3. *disp.* 91. *n.* 8. Farinac. *in praxi*, *q.* 121. *n.* 41. & *à n.* 107. vbi id limitat in consanguineis, cùm ex consanguinitate omnis mala præsumptio tollatur: Barbos. Vimarensis *d. tit.* 38. *in principio*, §. 1.

Concordant Hispanæ leges: *l.* 13. *tit.* 17. *part.* 7. de qua Anton. Gomes. *in l.* 80. *Tauri*, *num.* 51. *vers. hodie tamen de iure nostro Regio*: vbi ait licitè, & indistinctè posse maritum occidere vxorem, vel sponsam de præsenti, & adulterum repertum in flagranti delicto; siue adulter sit vilis persona, siue non; dummodò non interficiat vnum sine alio: vt disponit etiam lex 1. *tit.* 15. *lib.* 8. *Ordin.* & ita practicari. Non tamen intelligitur illud aduerbium, *licitè*, in foro conscientiæ; sed in foro externo, quatenùs in illo non puniuntur delinquentes; nisi dicas posse licitè adulterum inuadentem vxorem alienam, vt violet eius castitatem occidi à marito, si aliter nequeat illud malum vitare: nam tunc licitè, & sine peccato occiditur inuasor, quia est iusta defensio: contra verò, in flagranti delicto occisio, non est defensio, sed vindicta; & ideò est mortale: Quòd si addas legem dicere, *quæ patan matar* accipiendum est in foro externo impunè; non autem licitè in foro conscientiæ: Sanch. *supra*, *num.* 44.

64 Item hæc facultas, seu permissio occidendi, non extenditur ad quemcumque virum, vt constat ex d. l. tam Lusitana d. tit. 38. quàm Castellana: vbi excipiuntur aliqui adulter., qui inuenti, nequeunt occidi etiam in flagranti delicto, vt dominus, aut patronus seu pater, qui à seruo, aut liberto, aut à filio, nequeunt occidi reperti in adulterio: *l. si adulterium, §. liberto, ff. ad legem Iuliam de adulteriis*: vbi de Domino, aut patrono: Farinac. *d. q. 121. in praxi, n. 78. & n. 119.* vbi de filio inueniente patrem, cum eadem sua vxore, cui non licet occidere: in cæteris autem facultas occidendi in hoc casu, ita conceditur in foro externo, vt pro occidendo adultero possint conuocari amici, & affines in auxilium: Gomel. *l. 76. Tauri, n. 17. & l. 80. n. 64.* Farin. *d. q. 121 à n. 79.* Molin. *tom. 4. tract. 5. disp. 99. n. 17.*

Quinimò extenditur hæc permissio occidendi, etiam Clericos inuentos in actu turpi, vel Monachos, absque timore excommunicationis: quia iustus dolor excusat occidentes: argumento text. *in cap. si vero, el. 2. vers. nec ille, de sententia excommunicationis*, cuius verba sunt: *Nec ille compellendus est ad Sedem Apostolicam venire, qui in clericum cum vxore, matre, sorore, vel filia turpiter inuentum manus iniecerit violentas*: & ibi Gloss. & communiter Scribentes, Bald. Ang. & Ioan. de Imol. *in l. quid ergo, 53. §. si heres, ff. de legat. 2.* modò percutiat incontinenti, & non ex interuallo; vt per Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 7. §. 7. n. 12.* Clar. *§. homicidium, num 48.* Gomes. *d. l. 80. Tauri, n. 55.* Sayro *de censuris, lib. 3. cap. 27. n. 23.* Bonacina *eodem titulo disp. 2. q. 4. puncl. 4.* qui non excusant à peccato, percutientes Clericos; sed ab excommunicatione, & à pœna iudiciaria illos eximunt.

Idem dicendum de occidentibus Clericum, in præparatoriis ad actum adulterij inuentum: Molin. *tom. 4. tract. 3. disp. 91. n. 8.* aut si inueniatur in loco suspecto solus cum sola, aut in loco apto ad complexum turpem, & de illo adsit rationabilis suspicio: ita Soar. *tomo 5. de censuris, disp. 22. sect. 1. n. 37.* Bellarminus *de Sacramentis, & censuris, disp. 14. n. 196.* Farinac. *supra, d. q. 121. n. 41. & à n. 107. vsque ad num. 110.*

65 Ex dictis; occidens vxorem turpiter inuentam, non tamen in actu turpi, sed ex interuallo, propria auctoritate; quamuis nihil debeat lucrari ex bonis ad vxorem spectantibus: licitè tamen retinebit dimidiam partem bonorum, quæ à principio constante matrimonij consequutus est, quando contraxit secundùm consuetudinem Regni, per Chartam medietatis: iuxta Ordin. *lib. 4. tit. 46. §. 1.* per text. ibi: *seram meetros*, & post alios tradit Pett. Barbos. *in l. si ab hostibus, 11. §. final. ex n. 60. & 61. ff. solut. matrim.* vbi *n. 63.* subdit, etiam priuari adulteram occisam ex interuallo, dimidia parte quæsitorum constante matrimonio; quia mulier, ratione communicationis, habuit dimidiam partem horum lucrorum non ex causa onerosa, sed donationis gratia; ideò priuabitur illa, quando occiditur à marito; non autem illa dimidia, quàm acquisiuit in bonis mariti, ratione communicationis omnium bonorum.

Probatur, quia vidua luxuriosè viuens priuatur parte quæsitorum, constante matrimonio: à fortiori propter adulterium priuabitur: Palat. *in repet. rubrica §. 67. n. 2.* & Barbos. *num. 64. & 65.* Quòd autem amittat lucra constante matrimonio acquisita, constat ex l. Castellæ Regia, *5. cap. 9. lib. 5. recopil.* ibi: *Otro si mando y ordeno, que si la muger fincare vidua, y siendo viuda viuiere luxuriosamente, que pierda los bienes, que vno por rason de su meitad de los bienes, que fueran ganados, y meiorados por su marido, y por ella durante el matrimonio entre ellos, y sean bueltos los tales bienes alos herederos de su marido defunto*: quod intelligitur in foro externo: Villalob. *in erario, mil. commun. opin. litt. B n. 31. & litt. M. num. 224.* Morquech. *lib. 4. cap. 12. n. 46. de diuisione bonorum.* Igitur pari ratione dicendum est de adultera, etiam ex interuallo occisa.

Dictum est in foro externo, quia in foro conscientiæ vidua, quantumuis luxuriosè viuat, non tenetur restituere accepta à viro, neque lucra constante matrimonio acquisita, ante sententiam Iudicis: ita Couar. *4. decret. p. 2. cap. 6. §. 8. num. 10. vers. Tertio.* Azeued. *lib. 5. recopil. tit. 11. l. 5. n. 1. & ibi* Matienz. *Gloss. 1. num. 4.* Molin. *tom. 1. de Iust. tract. 2. disp. 96. col. 591.* vbi vult semper desiderari sententiam, nisi quando lex declarat nullam omnino desiderari sententiam: sequitur Saoch. *de matrim. lib. 7. disp. 90. n. 11. per totum.*

Quando matrimonium non valuit à principio ex aliquo impedimento dirimenti occulto, & vxor commisit adulterium, nunquid tenebitur pœna adulterij, & reperta in flagranti delicto, poterit occidi à marito? Respondetur primò, maritum non posse agere contra mulierem de adulterio, nisi prius probato matrimonio: *l. si vxor, §. sed in ea, & §. planè, ff. de adulteriis*: Mascard. *de probat. concl. 58. à num. 1.* Farin. *in praxi criminal. q. 141. n. 107.* 66

Respondetur secundò, non posse maritum propria auctoritate eos occidere, etiam repertos in flagranti delicto: *l. marito §. final. ff. eodem titulo.*

Respondetur tertiò, maritum non lucrari dotem propter tale adulterium: ita Glos. *in l. consensu, §. vir quoque, C. de repud. in verbo, sibi habere, vers. item quid dicas*, quam Glossam approbat Paul. de Castro, & Alexander, *in l. si cum dotem, §. final. 2. col. ff. solut. matrim.*

Sed huic resolutioni aduersatur Glossa ordinaria *in cap. plerumque, ad finem, de donat. inter vir. & vxor.* secundùm quam, in isto casu maritus lucrabitur dotem: quam sequitur *ibi* Innocentius, & Hostiens. & Barbos. *ibidem, n. 16.* addens mulierem perdere dotem, & donationem propter nuptias, quamuis ipsa post latam sententiam super adulterio probet consanguinitatem, vel affinitatem inter eos extare, & pronuncietur exinde nullum matrimonium: vbi allegat pro hac parte Guid. Pap. *sing. 568. vers. vnde dubitatur*, Bellet. *disquisit. Clerical. p. 1. tit. de fauore Clericor. reali. §. 4. num 72.* atque ita Glossa *in d. l. consensu, § vir quoque procedit*: quando vxor principaliter contendit ad separationem matrimonij, propter impedimentum occultum, & pronunciatur matrimonium esse nullum: tunc enim si maritus voluerit retinere dotem ob adulterium, non obtinebit: quia nullum fuit matrimonium inter eos, & consequenter nullum commodum ex eo, tanquàm maritus lucrari debet: ita in specie volunt *in d. cap. plerumque*, Ioan. Andreas, Anton. de Butr. Cardinal. & Anchar.

In Castellæ tamen Regno receptum est, quamuis matrimonium sit nullum ex aliqua causa, posse maritum accusare vxorem, & adulterum, & vterque traditur marito, vt possit de illis, & de eorum bonis facere quod voluerit, & ex consequenti possit illos inuentos in ludo turpi, propria auctoritate interficere; ita disponit *l. 81. Tauri*; quod intelligitur, quando matrimonium fuit nullum propter impedimentum dirimens; secùs si fuit nullum ex defectu consensus: vt etiam probat *cap. ad dissoluendum, de despons. impub. & ibi* Albas.

Idem dicendum est in Regno Portugaliæ: *lib. 5.*

*Ordin.tit.*20.vbi dispoiturcadulterij pœnam habere locum io matrimonio nullo,& putatiuo,ioi: *homem, que peccar com molher, que for casada de fecto por causa de algum parentesco,* &c. Barbos.*in l.*2.post alios *ff.solut.matrim.in principio, part.*1 *num.*95.vbi vult per legem oostram posse vxorem putatiuam accusari per maritum de adulterio,perinde ac si matrimonium esset verum. Item posse coodemnari ad mortem oaturalem mulierem, sicut condemnaretur per verum adulterium: per quæ verba significatur etiam posse occidi adulteram repertā in actu turpi.

Hæc tamen non procedunt, quando maritus cognouit impedimeotum dirimens matrimooium,ne ex dolo suo commodum consequatur:in quo cuentu vxor putatiua pœna arbitraria punietur,nec maritus inuentam in scelere propria auctoritate occidere poterit, nec bona illius consequetur:Tiraquel. *post leges connub.Glos.*8.*num.*238.& 265.Rebell.*de Iust.*2.*p.lib.*6.*q.*7.*n.*9.*fol.*487.quamuis durante impedimento, eóque ignorato posset impuoè eos occidere,& accusare, non secùs ac si esset verus maritus,prout disponit de vero marito d. Lex nostra, *d. lib.*5.*n.*25.§.1.Tiraquel.*supra,n.*246.

Pro reliquis vide Barbosam *supra, n.*96. vbi tradit quando mulier sciuit impedimentum, & maritus ignorauit,vxorem conuictam de adulterio bona sua amittere: quod etiam in specie tenet Corras. *l.qui liberos,num.*55.*ff.de ritu nuptiarum,*& Aymon. *cons.*205.*n.*39.

---

§. IV.

De obligationibus viduarum, tam intra annum luctus,quàm extra illum; & quæ illis debeantur.

E P I T O M E.

68 *Vidua nubens intra annum, perdit gloriam pudicitia matrimonialis.*

69 *Vidua nubens intra annum videtur ingrata, & indigna commodo sibi relicto.*

70 *Vidua nubens intra annum, videtur negligere defuncti memoriam,& dilectionem filiorum.*

71 *Vidua intra annum nubens, vel luctum deponens, tenetur vestes lugubres reddere haredibus mariti acceptas ab eisdem.*

72 *Annus luctus incipit post mortē mariti à die mortis.*

73 *Vidua intra annum nubentes fiunt infames, requiritur tamen sententia declaratoria, nec sufficit condemnatoria.*

74 *Vidua committens stuprum primo anno,præsertim post mortem mariti, perdit lucra, legata, seu fideicommissa a viro relicta.*

75 *Et quando contrarium est verius.*

76 *Vidua intra annum secundò nubens, est incapax cuiuscumque hereditatis,legati, fideicommissi, seu donationis causa mortis.*

77 *Vidua nubens post annum, quid amittat in filiorum fauorem.*

78 *Pœna secundò nubentibus inflicta, sunt correcta à iure Canonico.*

79 *Pœna secundò nubentibus imposita in filiorum fauorem a iure Ciuili, non sunt correcta per cap.vltimum, de secundis nuptiis secundùm aliquos: & n.*80.

81 *Vidua accepta à marito quocunque titulo siue inter viues.siue non, secundo nubens tenetur restituere* [illegible] *plius defuncti mariti illa omnia,retento sibi vsufructu.*

82 *Vxor,qua instituitur heres à marito, nubens intra annum,non propterea priuatur hereditate:quia ius Canonicum concedit secundas nuptias.*

83 *Pœna infamia imposita per ius Ciuile, & similes, secūdo nubentibus;sunt correcta à iure Canonico.*

84 *Vidua transiens ad secundas nuptias amittit tutelam,etiam testamentariam;non tamen amittet officium exequendi testamentum.*

85 *Vidua per secunda vota, secundùm veriorem, non priuatur ipso iure educatione filiorum.*

86 *Viduam secundò nubentem priuari iure substituendi exemplariter filiis,qui nequeunt testari: est probabile; sed contrarium est probabilius.*

87 *Vidua per secunda vota perdit priuilegia prioris mariti,& tenetur reddere rationem de modicis, circa administrationem bonorum filij,& n.*88.

89 *Vidua secundo nubens non priuatur tacita hypotheca,pro dote sibi restituenda, nec iure prælationis,in bonis mariti.*

90 *An prædicta pœna vsu seruentur tam de iure Canonico,quam Ciuili.*

91 *Qua pœna a iure Ciuili aduersùs viduam binubentem indicta,à iure Canonico approbentur.*

Vidoa nubens intra annum luctus, licèt sit expers infamiæ,perdit tamen gloriam pudicitiæ matrimooialis: ita Bald. *in proœmio Decret. col.*11. *in verbo pudicos*: cùm hic actus non sit laudabilis, nec sioe rubore faciei detegentis maculam cordis. Nam qusmuis multa possint fieri licitè,oon tamen propterea fiunt honestè: vt idem Bald. *in l. decuriones,C.de infam.* 68

Neque excusatur vidua nubens secundò à labe ingratitudinis,quando nubit iotra annum, & consequenter efficitur indigna conunodo sibi relicto: ex quo contristauit, vt dicitur,animam mariti, vt per Angel. & Bald.quos citat, & sequitur Alexand. ad Bart.*in l.*1. *C. de secundis nuptiis*: nec non lex de impudicitia viduæ suspicatur, quando ante annum festinauit ad nuptias: vt Glos. & Scribentes *in l.*1. *C.de secundis nuptiis,*& *in l.liberorum*, §. 2. *ff. de his qui notant. infam.* neque est dubium secundò nubentem inferre iniuriam priori marito; §. *qua vero nunc,vers.nos igitur, in Authent.de nuptiis*, & *in* §. *sin autem tutelam,ibidem*:vbi dicitur, mulierem nuptias repetentem tria negligere: videlicet Deum, defuncti memoriam, & dilectionem filiorum, & propter hoc imponitur pœna mulieri secuodo nubenti:quare si de voluntate viri secundò nupsit,excusatur,quia marito consentienti, & voleori nulla fit iniuria:*l.cum donationis,C.de transact.*Castillo *de vsufruct.cap.*2.*n.*86.& *sequent.* 69 70

Quæri potest,quæ teneatur reddere vidua secundò nubens,vel luctum deponeos? Dicendū est,sicut vestes lugubres,& viduales,etiam pretiosæ,præstandæ sunt intra annum luctus ab hæredibus mariti viduæ,secundùm mariti dignitatem: Angel.*in l. decreto,C.ex quibus caus.infam.irrogatur.*Aret. *in* §.*fuerat,circa finem.Instit.de actionib.* vbi loquitur etiam velum dandum esse viduæ, intra annum luctus,quia ei debentur alimēta:sequitur Capic *in decis.*26.Couar.*in Epitome,de spons.part.*2 *c.*3.§.9. *num.*11. Sic ipsam viduam,quæ secundò nupsit, vel luctum deposuit,teneri reddere hæredibus mariti,vestes lugubres sibi traditas:ita Bald.*cons* 478.*n.*3.*in fine,vol.*5. per textum *in l.in his*,§.1.*ff solut.matrim.*quod intelligitur de quotidiaois & vilibus, non autem de festiuis,quæ non censentor vxori, vel viduæ donatæ, sed ad vsum concessæ,vt honorarior incederet: secùs si consoetudo regionis aliter disponat: Surd. *de aliment.tit.*4.*q.*2.*ex num.* 33. vel potest dici cum Barbosa *l.qua dotis*,34.*n.*81.& 82. *ff. solut. matrim.* si hæredes tenebantur viduam alere, teneri vestes 71

præstare, & debere remanere apud viduam secundò nubentem, quia continentur nomine alimentorum, quæ semel præstita non restituuntur; ita nec illæ vestes: vel secutæ ad distinctionem vestium vilium, ac non vilium: Sanch. *d. disp.* 87. *lib.* 7. *num.* 31.

72 Quæritur secundò, an vidua nubens intra annum luctus, sit ipso iure infamis, & an amittat sibi relicta? Respondetur primò annum luctus esse primum post mortem mariti, & numerari à die mortis illius vxori eúmque cedere ignoranti: vt patet *ex l. genero, ff. de his qui notant. infam.* cuius hæc sunt verba: *Sed cùm tempus luctus continuum est, meritò & ignoranti cedit, ex die mortis mariti.* Idem docet Gloss. *l. si qua mulier, verbo, festinatione, C. ad senat. consul. Tertul. & l. 1. verbo, festinatione, C. de secundis nuptiis,* & *ibi* Gatto. *in noua edit. n.* 105.

73 Respõdetur secundò, nubentes viduas intra annũ luctus fieri infames, & hanc infamiã incurri ipso iure; etiã virum viduam ducentẽ: *ex l. 1. C. de secundis nuptiis:* sic: *Ex iure quidẽ notissimo fit infamis.* Idem constat *l. 3. tit. 6. p. 7.* & incurri ipso iure hanc infamiam, ostenditur *ex Authent. de nuptiis, §. prima siquidem, collat. 4.* non tamen excluditur sententia declaratoria facti, sine qua non censebitur infamis: ita Decius *in l. 1. n. 4. notab. 5. de secundis nuptiis,* sed non est necessaria sententia condemnatoria Iudicis, vt vidua tanquam infamis arceatur à testificando; sed sufficit, vt per sententiam declaretur delictum seu factum, & Iudice declarante delictum fuisse patratum, pœna à iure est inflicta: ita Bart. *in l. eius qui delatorem, ad finem principij, ff. de iure fisci.*

74 Respondetur tertiò, viduam stuprum committentem, præsertim anno primo post obitum mariti, non solùm amittere lucra constante matrimonio à viro acquisita, & legata, seu fideicommissa à viro sibi relicta, sed etiam dotem: vt disponitur per legem quartam *tit. 4. lib. 5. Ordin.* & tradit Palat. *in repetit. cap. per vestras, fol. 47. col. 4.* & confirmat Gloss. & communis sententia, *in l. fideicommissum, C. de fideicommissis:* vbi dicitur hæreditatem, legatum, vel fideicommissum relictum vxori, reuocari per stuprum postea commissum, nec non amitti dotem, sicut per adulterium commissum marito adhuc superstite: iuxta Paul. de Castro, & communem Scribentium, *ibi:* & alios quos refert Pinel. *ad l. 4. de bonis maternis, num. 9.* & sequitur Anton. Gomez. *l. 53. Tauri, n. 80.* & diximus *supra §. precedenti, n. 65.* de vidua luxuriosè viuente.

75 Nihilominùs in casu præsenti, magis receptum est, viduam, etsi intra annum luctus fornicetur, non amittere lucra constante matrimonio quæsita, quæ inter coniuges tam in Castella, quàm in Lusitania communicantur, eò quia ob mutuam acquisitionem, & societatem coniugalem, talia lucra non videantur comparata titulo lucratiuo, sed potiùs oneroso: ita Barbos. *1. p. l. 2. in principio, ff. solut. matrim. n. 67.* quod est verius quàm oppositum, & à fortiori viduam non amittere dotem intra annum fornicantem, post alios vult Pinel. *l. final. n. 9. C. de bonis maternis, iuxta Authent. de restitution. & ea quæ parit, §. final. collat. 4.* quæ in Lusitania est obseruanda, cùm nihil contrarium disponatur: iuxta *l. 3. Ordin. tit. 64.* ibi: *como se julgaram os casos, que naon forem determinados pellas Ordenaçoens:* & multò minùs amittet vidua dimidium bonorum, quod ratione mutuæ societatis ex toto bonorum cumulo habuit, cùm contraxit matrimonium, secundùm consuetudinem Regni per chartam mediaetatis.

Non est tamen negandum in Lusitania priuari viduam legatis, & fideicommissis per maritum sibi relictis, aliisque rebus ab eo donatis, si intra annum luctus, stupro maculetur, vt post alios docet Barb. *supra n. 67.* idem asserit in Castellæ regno tanquam verisimilius adhærens Authenticæ *supra, & ex lege 3. tit. 12. part. 4.* contra Antonium Gomez. *ad l. Tauri, 14.* nec refert lex Castellæ, de qua *supra 5. tit. 9. lib. 5. Ordin.* vbi disponitur viduam inhonestè viuentem priuari dimidio lucrorum constante matrimonio quæsitorum, quia loquitur de vidua luxuriosè viuente instar meretricis, qualis non est quæ semel aut bis stuprum admisit. Rebellus 2. *p. lib. 6. q. 6. n. 4. vers. adde quod vxor, fol.* 483.

76 Et & alia pœna contra viduam intra annum luctus nubentem, quòd fiat omninò incapax cuiuscunque hæreditatis, legati, fideicommissi, seu donationis causâ mortis, vt constat *ex l. 1. C. de secund. nupt.* Hæc autem pœna non procedit in relictis à marito sed in aliis ab extraneo quocunque, vel à coniunctis vltra tertium gradum. Sed improbatur à Decio *in l. 1. C. de secund. nupt. n. 10. Notab. 8.* quoad coniunctos vltra tertium gradum, ideò priuabitur mulier secundò nubens omnibus relictis à primo viro in suprema voluntate, non solùm quoad proprietatem, sed etiam quoad vsumfructum: vt habetur *in d. l. 1. C. de secund. nupt.*

77 Attamen si nubat post annum luctus, solam proprietatem perdit, retento vsufructu, extantibus filiis prioris matrimonij: vt ostenditur *in l. 3. tit. 12. part. 4.* vbi dicitur amittere Arrhas, & donationes factas à marito defuncto, & reliqua omnia relicta in testamento, quæ ad filios defuncti venire debent; & illis non extantibus, ad consanguineos hæredes, qui in bonis illius sunt successiuri: vt disponitur per Glossam *in Authent. eisdem pœnis, verbo, priuatur, C. de secund. nupt. tit. 7. q. 22. n. 14.*

Vnde sequitur accepta per donationem inter viuos, posse retinere viduam transeuntem ad secunda vota intra annum luctus; quia est expressus sermo in hac pœna, circa relicta in vltima voluntate, aut in donatione causa mortis: Sanch. *libr. 7. disp. 87. n. 7. & n. 10.*

78 Verùm hodie omnes pœnæ secundò nubentibus indictæ, propter nimiam festinationem, sunt sublatæ à iure Canonico, atque adeò possunt impunè intra annum transire ad secunda vota: *cap. vlt. de secund. nupt.* Couar. *de sponsal. p. 2. cap. 3. §. 9. n. 5. & 6.* Gregor. Lopez *l. 3. verbo, fasta vn anno, tit. 12. part. 4.* Rebuff. *ad leges Galliæ, tom. 1. tit. de constitutionibus, in proœmio, glos. 5. num. 66.* Gutier. *in l. nemo potest, n. 19. ff. de leg. 1.* & *practicar. lib. 2. q. 95. n. 5.* Spin. *in speculo, glossa 14. n. 99.* Molin. *de iust. disp. 254. vers. de iure ciuili. tom. 1.* Valasc. *consult. 16. n. 3.* Sanch. *d. disp. 87. n. 23. cum sequent.* Cardos. *in praxi Iudicum, verbo, mulier, n. 22.* Gutier. *de matrim. cap. 108.* & Ceuall. *commun. contra commun. q. 722. n. 2.*

79 Cæterùm pœnæ iure Ciuili impositæ secundò nubentibus, post annum luctus, quæ videlicet in filiorum fauorem sunt indictæ, non sunt correctæ per *caput vltimum, de secund. nupt.* Barbos. *ibi n. 3.* vbi addit, quænam sint pœnæ iure Ciuili secundis nuptiis indictæ in fauorem filiorum prioris matrimonij, quæ iure Canonico non corriguntur: de quibus Sanch. *supra disp. 88. per totam.*

80 Veruntamen antequam de illis dicatur, obseruandum est non omnes pœnas correctas esse iure Canonico; quia secundò nubenti intra annum luctus, adhuc indicta est pœna, in omnibus relictis à marito priori, in suprema eius voluntate, quibus priuatur quoad proprietatem, & quoad vsumfructũ, & reliquis omnibus quæ ex liberalitate mariti proue-

nerunt, siue per donationem inter viuos, siue per legatum, *per Authent. de resti. & ea quæ parit, §. final ob ingratitudinem*: ex eo fundamento, quia videntur hæc relicta, seu donata vxori à marito sub conditione, nisi transeat intra annum luctus, ad secunda vota. Præsumitur enim vir disposuisse secundùm leges ciuiles: atque ita noluisse secundò nubentem acquirere ex liberalitate mariti sibi relicta; ita expressè Anton. de Burg. *in repetit. capitis, Ecclesia, de constit. n.267.*

Sed meliùs dicendum est hanc etiam pœnam esse correctam à iure Canonico, quasi per eam impediatur matrimonij libertas: nec videtur vir disposuisse iuxta leges à iure Canonico reprobatas: vt in specie volunt Matiens. *lib. 5. recopil. tit. 1. l. 3. glos. 1, n. vnico*, & *ibi* Azeued. *n. 1.* Garon. *l. 1 in noua edit. C. de secund. nupt.* Surd. *de aliment. tit. 7. q. 22. n. 15.* dicentes hodie viduam, quæ intra annum luctus nubit, non amittere legata sibi facta a viro, quia non meretur pœnam actus à lege permissus: *l. Gracchus C. ad leg. Iul. de adulteriis.*

Vnde infertur; hanc viduam non perdere proprietatem, nec vsumfructum relictorum a viro, si caret filiis prioris matrimonij: secùs si non careat; tunc enim amittet proprietatem, eamque reseruabit illis filiis, reseruato sibi vsufructu; perinde ac si transiret ad secunda vota post annum luctus. Quæ omnia vt meliùs intelligantur, per sequentes conclusiones res expedietur.

81 Prima Conclusio. Vidua accipiens à marito aliquid, quocunque titulo lucratiuo, siue ex donatione inter viuos, siue causa mortis, siue ex vltima voluntate, si nubat secundo, tenetur totum reseruare filiis prioris matrimonij: ita expressè *in l. hac edictali, §. his illud, C. de secund. nupt.* & *l. fœmina, C. eodem titulo*, vbi id clariùs ostenditur. Per quæ iura, vidua priuatur ipso iure dominio omnium lucrorum à viro defuncto relictorum, reseruato sibi vsufructu, dum vixerit: ita in specie dicitur *in l. generaliter, in principio, C. de secund. nupt.*

82 Secunda Conclusio. Vxor instituta hæres à marito, si nubat intra annum, non priuatur hæreditate; quia huiusmodi pœnæ sublatæ sunt iure Canonico permittente impunè secundas nuptias: ita Garon. *in l. 1. num. 84. & sequent. in noua edit. C. de secund. nupt.* vbi latè hanc partem tuetur.

83 Tertia Conclusio. Pœnæ hæ sunt correctæ hodie, & sublatæ, tam in foro Ecclesiastico, quàm in foro seculari: text. *in cap. final. de secund. nupt.* ibi; *non debet legalis infamia sustinere iacturam*: quare quoad forum seculare vidua illa non erit infamis, vt dictum est *supra*: quod etiam probatur per *caput final. ad finem, de secund. nupt.* quatenus ait leges ciuiles non dedignari imitari sacros Canones; quos non imitarentur, si in foro seculari vidua esset infamis secundo nubens, vt diximus secundùm illos, qui arbitrantur nullam pœnam indictam viduis transeuntibus ad secundas nuptias intra annum luctus, esse correctam à iure Canonico.

84 Quarta Conclusio. Vidua secundò nubens amittit filiorum tutelam: *l. final. & Authent. Sacramentum, quando mulier tutelæ officio*, & *Authent. vt sine prohibitione matres, §. vnico, collat. 7. & l. 5. tit. 16. part. 7.* Quod intelligitur per matrimonium de præsenti, non autem per sponsalia de futuro; quia text. petunt contractas nuptias: Gutier. *de tutelis, 2. p. cap. 9. n. 2.* Gregor Lopez. *per l. 1. verbo, casando, tit. 16. p. 6.* Menoch. *de arbitrar. [illegible] casu 151. num. 7.*

Sufficit autem, vt amittatur tutela quòd matrimonium sit ratum, nec requiritur quod sit consummatum: Bald. *in l. omnem, n. 10. C. ad Senat. consult. Tertul.* Anton. Gabriel. *tom. 3. commun. opin. l. 3. tit. de secund. nupt. conclus. 9. n. 13.* quod extendunt ad tutelam testamentariam, videlicet, quando mater in testamento mariti nominatur tutrix filiorum, quam mater amittit per secunda vota, *ex §. sin autem tutelam, vers. nos autem, Authent. de nuptiis*, vbi text. generaliter loquuntur de tutela, neque est maior ratio in vna tutela, quam in alia: Glossa *in l. omnem, in fine*, & *ibi*, Bart. *n. vnico*, Bald. *n. 7.* Alberic. *n. 1. C. ad Tertul.* Ordinatio Lusitana *lib 4. tit. 102.* & *ibi* Barbos. *ad Remissiones, ad §. 3. ex n. 5.*

Quinta Conclusio. Ipso iure, vidua transeunte ad secunda vota, cessat tutela. Ratio quia videtur vidua secundo nubens renunciare tutelæ: atque ita ea tacita renunciatione soluta est tutela; sicut beneficium censetur renunciatum per matrimonium contractum: Gloss. *in cap. ex parte M. verbo, sub potestate, ad finem, de appellat.* Specul. *tit. de tutore, §. nunc. dicendum, num. 5*, dicens solutam esse tutelam, perinde ac si vidua esset mortua, eo ipso quòd secundò nupserit: Glossa *in l. omnem 6. in fine, C. ad Tertul.* & *ibi* Bart. *n. vnico*, & Bald. *num. 7.* & *in Authent. Eisdem pœnis, n. vltimo* Lucas de Penna, *in l. mulieres, col. 1. vers. sed cum mulier, C. de Incolis*: Nauar. *in summ. cap. 25. n. 67.* vbi ait peccare mortaliter matrem, si post transitum ad secundas nuptias retineat tutelam: & rursùs *n. 66.* & Sà *in sum. verbo, curator, in fine.*

Quare eo ipso cessat tutela sine ministerio Iudicis: vt in specie Bartol. *in l. si quis sub conditione, num. 27. in fine, ff. de testament. tutel.* & Gregor. Lopez *l. 5. titul. 16. part. 6. verbo, el mas cercano.* Idem dicendum est de matre transeunte ad secunda vota, quando est curatrix filiorum: ita Gloss. *in Authent. vt liceat matri & Auiæ, verbo, tutela, C. quando mulier*: Aniles *in proœmio cap. Prætorum, gloss. 1. n. 42.* Dispositum namque in vno, procedit in alio: *l. quod si nolit, §. quod in procuratore, ff. de ædil. edicto.*

Sexta conclusio. Mulier relicta à marito executrix testamenti, si nubat secundo, quamuis secundùm aliquos amittat hoc officium, verius est non amittere: ita Bartol. *in l. filio, in principio, n. 2. ff. de aliment. & cibariis*: Decius *in l. 2. num. 21. ff. de regul. iuris*: Couar. *in cap. tua, num. 3. de testam.* & Matiens. *lib. 5. recopil. tit. 4. l. 5. glos. 8. n. 5.*

Septima Conclusio. Vidua secundò nubens pri- 85
uatur educatione filiorum, vt suspecta, sicut priuatur tutela: ita Gloss. *in Authent. vt liceat matri & Auiæ, §. Illud quoque, verbo, non venerit, collat. 8.* Aymon. *cons. 18. n. 3. vol. 1.* Guido *decis. 539. n. 1.* Menoch. *de arbitrar. casu 168. n. 10.* Spino *in speculo, gloss. 29.* vbi concludit: Licèt mater secundò nubens dicat se velle alere filios suis sumptibus, & illos apud se habere; adhuc non esse relinquendos matri, sed penes tutorem datum per Iudicem debere esse.

Hæc conclusio est valdè probabilis: sed probabilior est, quæ docet non priuari iure educandi filios: & ideò relinquitur Iudicis arbitrio, an mater hæc secundò nupta, sit priuanda educatione filiorum: ita Gloss. *l. 1. verbo, quando autem, C. vbi pupillus*, & *ibi* Alberic. *n. 3.* Gregor. Lopez *l. 9. verbo, que casare, tit. 16. part. 6.* Molin. *de iustit. tom. 1. disp. 224. col. 2. vers. quando mater*: Cald. *in l. si curatorem, verbo, sine curatore, num. 110. C. de in integrum restitut.* Gutier. *de tutelis, 2 p. cap. 8. num 22.* Surd. *de aliment. tit 4. n. 18.* Quare cessante omni suspicione, quia mater est pudica, bonis moribus ornata, poterit Iudex apud illam collocare filios educandos.

Secūd

Secùs quando mater secundò nupta debet succedere filio, vt quia non facta fuit substitutio pupillaris ipsam excludens: tunc enim tradunt quidam matri denegari debere educationem pupilli, propter suspicionem vehementem, quæ concipi potest, matrem posse insidiari vitæ pupilli, motam per preces mariti, vt succedat in hæreditate: ita Aymon. *conf.* 18.*n.*3.*vol.*1. & Gutier. *supra,n.*23. ac Surd. *d.n.*18. Cùm ergo nullo iure probetur, matrem secundò nuptam priuari, eo ipso, prolis educatione; non tenetur ipsa abstinere ab illa, donec per Iudicem priuetur secundùm vtramque sententiam, cùm nullus reperiatur text. priuans ipso iure matrē iure educādi.

86 Octaua conclusio. Mater esto, possit exemplariter substituere filiis mente captis, mutis, & surdis, & reliquis, qui nequeunt testari, si tamen secundò nubat priuatur hoc priuilegio, secundùm Bart. *in l. ex facto, in principio, n.*18.*ff. de vulgari*: & Alex. *ibi, n.*32. *vers. sed si teneremus*: subdubius tamen. In eadem est sententia Garron. sine dubio aliquo *ad rubr. C. de secund. nupt. in noua edit. n.*46. Matiens. *l.*5.*recopil. tit.* 1.*l.*3.*gloss.*2. & Spin. *in speculo testam. gloss.* 25. *principali, n.*7. & 8. vbi vult ab hac sententia in consulendo, & iudicando non esse recedendum.

Nihilominùs probabilius est, non priuari matrē secundò nuptam facultate exemplariter substituendi: eò quia hoc redundat in fauorem filiorum prædictorum; & nullibi reperitur hæc pœna indicta in iure. Nec valet argumentum à tutela ad substitutionem; quia Iudex potest tutorem constituere, non autem substituentem exemplariter, nec substituentem absolutè: quinimò patri suspecto negatur tutela filij superstitis: *l. si cum dotem, §. eo autem tempore, ff. solut. matr*, sed non priuatur potestate substituendi pupillariter: ergo mater post transitum ad secunda vota, potest hanc substitutionem exemplarem facere: ita Imola *in l. ex facto, col.*6.*ff. de vulgari*: Bald. *in l. humanitatis, col.*9. & *ibi* Salicet. *n.*5. *C. de impub.* Gomes. *tom.* 1. *variar. cap.*6. *de substitut. n.*5. vbi vult hanc partem esse veriorem, quia iura indistinctè loquuntur: & videtur sequi Bertachin. *in suo repertorio, littera S. verbo substitutio exemplaris, vers. substitutio exemplaris facta per matrem.*

87 Nona conclusio. Vidua dum in viduali statu perseuerat, gaudet priuilegiis, & honoribus mariti: secùs si nubat secundò: tunc amittit nobilitatem prioris mariti, & induit nobilitatem, aut ignobilitatem secundi, & mutatur priuilegium cum mutatione personæ: Felin. *in c. ex parte, de for. compet. l. Paulus, ff. de acquirend. hæredit.* Tiraquel. *de cessante causa,* 1.*p.n.*203. Spin. *in speculo, glos.* 14. *n.* 102. & constat ex *l. mulieres, C. de dignit.* & cessat ratio concessionis; quia videtur esse vidua in eodem matrimonio, donec secundò nubat: *l. filij, §. vidua, ff. ad municipal. l. quoties, C. de priuileg. scholar. lib.* 12. Roland. *conf.*14.*n.*46. & *conf.*15.*n.*11.*vol.*3.

88 Decima conclusio. Mater administrans bona filij, non tenetur de modicis rationem reddere: secùs si secundò nubat: *Auth. hoc. de nuptiis, §. sin autem tutelam*: Matiens. *lib.*5.*recopil. tit.*1.*l.*3.*glos.*2.*n.*40.

89 Neque excusatur, quamuis à marito excusetur à reddendis rationibus: Garron. *rubric. de secund. nupt. in* 2.*edit. n.*73.*pœna* 39. sicut non gaudet secūdū aliquos, vidua, tacita hypotheca pro dote sibi restituēda, nec iure prælationis in bonis mariti, vbi primùm secūdò nupserit: ita Garron. *vbi supra, n.*52.*pœna* 26.

Attamen quidquid ex aliis *ibi* referat Garron. ipse contrarium sentit post alios, non priuari scilicet viduam nuptam tacita hypotheca pro dote sibi restituenda, nec iure prælationis; cùm dos sit necessaria vt vidua nubat, & vt onera matrimonij sustineantur: *l. pro oneribus, C. de iure dotium*, quæ ratio non cessat nubente fœmina: Bart. *l. nupta, in principio, ff. solut. matrim.*

Difficultas est, an huiusmodi pœnæ viduarum secundò nubentium, sint in vsu de iure Ciuili, & de iure Canonico? Omissis hinc inde rationibus, dicendum est, pœnas à iure Ciuili impositas, contra viduas secundò nubentes, esse in sua obseruantia in fauorem filiorum, nec iure Canonico fuisse correctas: Glossa 1. *verbo honorarias, C. de secund. nupt.* Bart. *in Authent. de nuptiis, col.*4. *§. prima siquidem, n.*3. Innocent. *cap. final. in fine, de secund. nupt.* Hostiens. *ibi, n.*3. Ioan. Andr. *n.*5. Valasc. *consult.* 16. *n.*3. Spin. *supra, glos.*14.*n.*100. Ceuall. *commun. contra commun. q.*742. *n.* 5. Molin. *de iust. tom.* 2. *disp.* 431. *col.* 8. Ratio, quia pœnæ post annum luctus impositæ, sunt filiorum potiùs prouisio, quàm meræ pœnæ, quatenus vult ius ciuile, vt bona laboribus prioris coniugis quæsita non conseruentur, nisi in vtilitatem filiorum ex priori coniugio relictorū, non autem in commodum vitrici, aut eius filiorū. 90

Quare non est correcta iure Canonico pœna amissionis tutelæ, indicta secundò nubenti: Matiēs. *lib.*5.*recop. tit.*1.*l.*2.*glos.*2.*n.*9. Spin. *d. glos.*14.*n.*102. Similiter non est correcta iure Canonico, pœna relata in prima conclusione, vt coniux nubens secundò, amittat proprietatem bonorum à defuncto relictorum, & reseruentur filiis prioris matrimonij, cùm sit in fauorē filiorū statuta: Cou. 4. *Decr.* 1.*p.c.*3.*§.*9.*n.*8. 91

Nec denique correcta est iure Canonico pœna, vt perdat priuilegia, & honorem mariti: Matiens. *supra, l.*3.*glos.*2.*n.*5 & *tit.*9.*l.*6.*glos.*2.*in fine*; Spin. *d. glos.*14.*n.*101. & 102. Non enim pœna propriè dici potest, & ideò perdit, quia per secundas nuptias cessauit ratio huius concessionis. Sed de his 1. *p. lib.*6.*disp.*16.*§.*1. *ex n.*50. *vsque ad n.* 59.

---

§. V.

An pœnæ impositæ viduis à maritis, ne transeant ad secunda vota, vel à filiis, aliàs non consequantur relicta; obligent in conscientia.

EPITOME.

92 *Conditio nuptias prohibens Virgini imposita reiicitur, non tamen imposita viduæ, & cur?*

93 *Conditio imposita viduæ, vt nubat arbitratu alicuius, valet; & tenetur sequi arbitrium illius.*

94 *Conditiones à marito impositæ in testamento, obligant in vtroque foro.*

95 *Legatum relictum vxori, si vidua fuerit, non amittitur per ingressum religionis.*

96 *Relicta sub conditione, non nubendi secundò, an amittantur per fornicationem?*

97 *Legatum relictum à viro sub conditione viuendi castè, amittit vxor secundò nubens.*

98 *Relicta à filiis sub conditione, vt mater viuat castè, an amittantur si mater secundò nubat.*

96 *Legatum sub conditione castè viuendi, à consanguineis vxoris relictum, non violatur per secundas nuptias.*

100 *Sed an violetur per tertias, & vlteriores? Aliqui affirmant: Sed alij melius negant.*

101 *Vidua sexagenaria secundò nubens, an amittat legatum relictum sub conditione viuendi castè?*

102 *Vidua per fornicationem amittens legatum sub conditione castè viuendi sibi relictum, non recuperat illud, si deinceps castè viuat.*

92 PRimò dubitatur, an possit imponi conditio viro, vel vxori, ne transeat ad secundas nuptias? Respondetur, quamuis hæc conditio virgini imposita non admittatur, viduæ tamen indicta admittitur: *Authent. de nupt. §. qua vero, collat. 4. Authent. cui relictum, C. de indicta viduitate*, Cou. 4. *Decret. 2. p. c. 3. §. 9. n. 11.* Gomes. *t. variar. c. 12. n. 38. & l. 16. Tauri, n.* 8 Molin. *de Iust. tom. 1. disp. 207. fol. 1264.* quia honestum est à secundis nuptiis recedere. Quod etiam intelligitur valere in homine viduo, *ex c. Gaudemus, de diuortiis*: vbi vir, & vxor non debent ad imparia iudicari; cùm sint vna caro: & dispositum in vno cẽsetur in alio dispositum: Acosta *in l. cum tale, §. si arbitratu, limitat. vltim. num. 1. ff. de condit. & demonst.* Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 19. à num. 12. vsque ad 17.* & Pinel. *l. final. à n. 17. C. de bon. mater.*

93 Imò valet conditio imposita viduæ, si nupserit arbitratu Titij: vidua namque tenetur sequi arbitrium illius, dummodo iustè arbitretur: quòd si noluerit arbitrari, & vidua nupserit, consequetur legatum, quasi impleta conditione, cùm per eam non steterit, quominùs conditio impleatur: Mantic. *d. lib. 11. tit. 18. n. 11.* Quia non est conditio potestatiua.

Similiter valebit cõditio viduitatis respectu quarundã personarum, nimirum quãdo legatur aliquid Bertæ, si non nupserit Paulo, Petro, & Franc. quia nõ prohibetur aliis nubere: *l. cum ita, & seq. ff. de condit. & demonstr.* Secùs quando vltra eas personas non potest commodè nubere.

94 Secundò dubitatur, an huiusmodi conditiones, seu pœnæ impositæ secundò nubentibus, obligent in vtroque foro? Respondetur positas à testatore obligare in foro conscientiæ, ante sententiam, ad restituendum quod relictum fuit: quia non sunt propriè pœnæ, sed conditiones, sub quibus testator voluit, & non aliter, nec alio modo legare: ita Nauar. *in sum. c. 25. n. 65.* Cou. 4. *Decret. 2. p. c. 6. §. 8. n. 17. vers. vndecimo*: Cenedo *collect. 154. ad Decret. n. 9. & 10.* & Ceuall. *cõmun. contra cõmun. q. 151. n. 7.* Mol. *tom. 1. de Iust. disp. 96. fin.* Emanuel Sà *in sum. verbo, pœna, n. 1.*

Secùs si testator absolutè, & sine conditione legatum relinquat vxori: tunc enim non amittitur per transitum ad secunda vota, quia nullo iure cauetur legatum amitti, nisi quando vidua ad secundas nuptias transeat intra annum luctus; quod de iure Canonico correctum esse tradit Couar. *supra, c. 3. §. 9. n. 11.* A Costa *l. cum tale. §. si arbitratu, limit. final. n. 32. ff. de condit. & demonst.* Sanch. *lib. 7. de matr. disp. 87. n. 24.* dicens nubentem intra annum luctus, non perdere proprietatem, nec vsumfructum relictorum à viro, nisi habeat filios ex illo: tunc priuari proprietate, reseruato sibi vsufructu, non in pœnam secundi matrimonij; sed in fauorem filiorum mariti prioris, vt dictum est *§. superiori.*

Tertiò dubitatur, an legatum relictum vxori à viro, si vitam vidualem seruauerit, amittatur, si vxor 95
religionem ingrediatur? Respõdetur negatiuè, quia per matrimonium spirituale non cessat vidualis status, & per religiosum statũ multo plenius voluntati mariti, seu testatoris satisfit: Bald. *in l. Deo nobis, in principio, n. 9. C. de Episcop. & clericis*: Iason *in l. final. in fine, C. de indict. viduit.* Simon de Prætis *de interpret. vlt. volunt. l. 1. interp. 1. circa legatu, dub. 10. n. 127.* vbi concludit deberi vxori ingredienti religionem, etiam alimenta relicta à viro sub conditione, donec vidua permanserit.

Quartò dubitatur, an relicta sub conditione non 96
transeundi ad secundas nuptias, amittat vidua per fornicationem? Negat Nauar. *in sum. cap. 25. n. 65.* sequitur Sanch. *lib. 7. de matrim. disp. 91. num. 42. ad finem.*

Dicendum tamen est, vt probabilius, amitti legatum per fornicationem, præsertim à marito relictum: eò quia vidua fornicans subiicitur omnibus pœnis impositis contra secundas nuptias, ne plùs habeat luxuria, quàm castitas. Item quia plus offendit maritum fornicatio, quàm secundum matrimoniũ: ita A Costa *l. cum tale, §. si arbitratu, in fine, n. 25. & n. 38. ff. de condit. & demõst.* Cened. *collect. 134. ad Decretales, n. 9.* dicens statuta pœnalia contra mulieres, secundò nubentes, extendi ad luxuriantes, quia potiùs est legatum conditionale, quàm pœna: & ideò in foro conscientiæ amittit legatum ex præsumpta mariti voluntate, qui perfectam in vxore castitatem petit.

Confirmatur, quoniam non est dubium, voluntatem testatoris tacitam, ex coniecturis haberi pro expressa; & illi esse standum: *l. in conditionibus primum locum, ff. de condit. & demonst. l. cum acutissimi, C. de fideicommissis*: & quia vir relinquit legatum vxori, sub conditione, ne secundò nubat, vt ita castè & honestè viuat, & fidem sibi seruet: ergo multò fortius legato priuabitur, si fornicetur, & viuat inhonestè.

Quintò dubitatur, an legatum relictum à marito 9
sub conditione viuendi castè, amittatur per secundas nuptias? Respondetur affirmatiuè, quia maritus abhorret secundas nuptias, quæ quamuis castæ dicantur, voluntas mariti est, vt vxor ita seruet castitatem, vt nec marito, nec filiis iniuriam inferat, quæ sine dubio per secunda vota infertur: sic Tiraquel. *in l. boues, §. hoc sermo. in princip. n. 149. ff. de verbor. signif.* Bermond. *de publicis concubinariis, §. concubinam, n. 8.* Anton. Gomez. *l. 14. Tauri, n. 9.* Greg. Lopes *l. 1. verbo, Omas, tit. 12. p. 4.* Couar. 4. *Decr. 2. p. c. 3. §. 9. n. vltim.* & Mant. *de coniect. vltim. volunt. lib. 12. tit. 19. num. 31.* asserentes conditionem si honestè & castè vixerit indictã à marito, excludere secũdas nuptias.

Idem dicendum est, si filius reliquerit matri vi- 98
duæ sub eadem conditione, & ipsa secundò nupserit; priuari legato: vt notat Bart. *in l. 1. §. præterea, ff. de tutelis*, Alexand. *in l. à filios, num. 8.*

ad

ad Trebellian. vbi Ripa *num.* 82. Tiraquell. *de iure primigenior. quæst.* 69. *n.* 5. Baeça *de non meliorandis filiabus, ratione dotis, cap.* 12. *n.* 64. & Tellus Fernand. *l.* 10. *Tauri*, *num.* 25. offenditur enim filius ex secundis nuptiis matris, Præpos. *in cap. final. ad finem, de secund. nupt.* Anton. Gomez. *d. n.* 9. Spin. *glos.* 14. *num.* 94.

99 Secùs quando conditio castè, & honestè viuendi, apponitur à consanguineis coniugis ad secunda vota transeuntis, vel ab aliquo alio extraneo: tunc per secundas nuptias non perditur legatum; sed per tertias, & vlteriores, quæ non redolent castitatem, sed incontinentiam: ita Paul. *in l. mulier, §. cum proponeretur, n.* 5. *ff. ad Trebel.* Angel. *ibid. num.* 4. Sylua nuptialis *l.* 2. *verbo semper non est nubendum*, Syluest. *verbo, legatum, q.* 5. *n.* 9.

100 Sed verius est etiam in hoc casu non amitti legatum, quia iure Canonico omnes nuptiæ approbantur, & honestæ sunt: proinde hanc partem, vti veriorem, volunt Couar. 4. *Decret.* 2 *p. cap.* 3. *§.* 9. *in fine*: Gomez *d. l.* 14. *Tauri*, *n.* 9. *in fine*: Gregor. Lopes. *l.* 1. *verbo Omnas, tit.* 1. 2. *p.* 4. Mant. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 19. *in fine, n.* 32. *per totum*, quæ sententia placet.

101 Idem quando secundæ nuptiæ nullo modo conueniunt ætati, aut statui viduali, & ex nuptiis non solùm honestas, sed etiam fama viduæ minuitur, & denigratur, quia esset iam sexagenaria, vel amplius, & ex consequenti reputarentur inhonestæ: quare nuptiæ aduersarentur conditioni castæ, & honestæ vitæ, & priuaretur legato; quamuis conditio apponatur à quibuscunque personis: non enim talis mulier castè viuere intelligitur: vt vult Angel. *in disp. incipiente, Testator fundum reliquit mulieri*, quam refert, ac sequitur Alexand. *in l. mulier, §. cùm proponeretur, n.* 9. *in fine, & n.* 10 *ff. ad Trebel.* Mant. *vbi proximè, n.* 33.

102 Sextò dubitatur, an vidua, quæ per fornicationem amisit legatum, sub conditione viuendi castè relictum, & illud amisit, non seruata conditione; recuperet illud, si redeat ad honestam vitam? Respondetur negatiuè; quia conditione semel deperdita, & violata ob fornicationem, non recuperatur legatum, sed deperditur; sicut amittitur legatum sub cōditione non nubendi relictū per secundas nuptias, nec per superuenientem viduitatem recuperatur, cum iam defecerit conditio, per quam expirauit legatum: vt Berous *cons.* 30. *n.* 2. *vol.* 2. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 188. *n.* 12. Quod procedit etiam quando post fornicationem ingreditur religionem, neque enim tunc recuperabit legatum semel amissum: vt bene obseruat Simon de Prætis, *de interpretatione vltimar. volunt. l.* 1. *interpretat.* 3. *circa legata*, *dubia* 10. *num.* 114.

103 Septimò dubitatur, an legatum relictum vxori sub conditione viuendi castè amittatur per vnicam fornicationem? Affirmat Bald. *in l. Titius, ff. de excusat. tutor.* dicens vxorem semel agentem inhonestè, priuari legato, nec illud recuperare, etiam si postea honestè viuat: sequitur Barbos. 4. *p. l.* 1. *ff. solut. matrim. n.* 44. *fol.* 346. *pag.* 2. dum addit ex Ordinatione Lusitana induci exhæredationem ipso iure, si filia peccauerit in corpus suum: quod intelligendum est secundum verbi proprietatem, quamuis semel tantùm peccauerit: & in specie resoluit A Costa in terminis iuris communis, *§. & quid si tantum*, 3. *p. n.* 192. & Bursat. *cons.* 250. *à n.* 8. *lib.* 2.

Fabianus autem *in Authent. nouissima*, *n.* 158. *C. de inofficios. testam.* Menchac. *de successionum creatione, §.* 20. *à n.* 152. exigunt perseuerantiam in turpitudine, quia vnicus actus non denominat quempiam bonum, vel malum: & ideò non dicitur inhoneste viuere, quæ semel; aut iterum fuit inhonesta, sed quæ vitio carnis assuescit.

Ex his duabus sententiis, prior magis placet in casu præsenti: quia simpliciter testator reliquit legatum sub conditione castè viuendi, quæ violatur per vnicam vel alteram fornicationem: non enim castè viuit vidua stuprum committens: Mant. *supra lib.* 11. *tit.* 19. *n.* 35. dicens non castè viuere hanc, ad legatum consequendum: Ludouic. Lop. 1. *p. instruct. cap.* 293. *col.* 13. & Vega *à sua summa c.* 32. *casu* 9. vbi loquuntur de legato relicto à viro, sub ea conditione. 104

Quod etiam extendi potest ad legatum relictum à filiis, tam mariti, quàm vxoris ipsius, quorum interest viduam castitatem inuiolatam seruare: secùs si ab extraneis relinquatur sub eadem conditione. Extranei namque, per vnicam, vel alteram viduæ fornicationem, non tam graui iniuria afficiuntur, nisi frequentia fornicationum accedat.

Octauò dubitatur, vtrùm legatum relictum sub conditione castè & honestè viuendi, corruat per tactus impudicos, seu amplexus, siue oscula? Lopez 2. *part. instruct. cap.* 293. tenet non deperdi per vnicum, vel alterum actum istius generis, sed per frequentiam eorum, secundùm quam arbitrio prudentis, possit ea fœmina videri impudica, & inhonestè viuere. 105

Dicendum tamen est, si maritus leget sub conditione castè viuendi, amitti à fœmina per amplexus, aut tactus impudicos; quia intelligitur legatum de omnimoda castitate seruanda: Quare ex tacita testatoris voluntate corruit hoc legatum: sequitur absolute Bald *cons.* 207. *num.* 1. & 2. *vol.* 4. Ang. de Gambel. *tract. de sep. an. glos.* 46. *n.* 4. Couar. *in* 4. *Decret.* 2. *p. c.* 7. *§.* 6. *n.* 5. Mant. *de coniect. vlt. volunt. tit.* 19. *n.* 34. Menoch. *de præsumpt. l.* 5. *præsumpt.* 41. *n.* 38. Gratiis 1. *part. decis. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 58.

Atque ita non placet distinctio Ludouic. Lopez quem sequitur P. Sanch. *lib.* 7. *de matrim. disp.* 91. *n.* 40. cum tactus libidinosi, sint contrarij pudicitiæ, & castitati viduali, & maritis præsertim valdè odiosi, qui legant vxoribus sub conditione, nè inhonestè viuant: ita P. Sà *verbo legatum*, *n.* 43. & Picus ex sententia Angeli Aretini, *in l. Titia §. Titia n.* 164. *in fine, de leg.* 2. Menoch. *d. præsumpt.* 41. *n.* 38. Cened. *ad Decretales*, *collect.* 154. *n.* 9. *vers. item*, vbi concludit viduam, quæ passa est huiusmodi ab aliquo amplexus & oscula, dici impudicam, priuarique legato sibi relicto sub conditione, si castè & honestè vixerit: Quam sententiam sequitur Anton. Cordub. de Lara *in l. si quis, à liberis, §. si quis ex his n.* 147. *ff. de liber. agnosc.*

Et quamuis in conscientia, vxorem non teneri ad restitutionem rei legatæ propter osculum, credat Nauar. *in sum. c.* 23. *n.* 62. Oppositum tamen est verius: cùm simus in legato conditionali, quod executionem Iudicis non exigit, sed lex vult vt pars ipsa contra se exequatur eandem pœnam, quam in foro externo subiret vidua, quæ patitur deosculari: Quocirca in foro conscientiæ amittit legatum, & tenetur restituere. Quod quamuis rigorosum nimis, est tamen verum, & ideò sequendum: Cened. *supra, n.* 10. *ad finem.*

Nonò dubitatur, vtrùm legato relicto viduæ donec fuerit vidua, aut donec castè vixerit, vbi primum violauerit conditionem; teneatur restituere fructus iam perceptos? Responsio est negatiua: secùs de perceptis postquam conditioni impositæ non steterit: Bald. *in l. legatum filius, §. qui Marianam,* 109
num.

num. vnico & ibi Imola ad finem, ff. de leg. 2. Mantica supra, lib. 11. tit. 19. num. 22. Gloss. & Cynus, Bartul. & Bald. in l. vltim. de indict. viduit. tollenda. Ratio, quia in hoc casu testator non interdixit nuptias; sed vult, quòd habeat legatum, donec nupserit tantùm, vel donec castè vixerit, non etiam post nuptias contractas, vel post violationem honestæ vitæ: in quo euentu nulla opus est cautione de restitutione; quoniã fructus ante violatam conditionem percepti; legitimè acquiruntur: percipiendi deinceps non sunt legatarij, vbi primùm non paruit conditioni, sed fient successoris: ideò cùm nihil perceperit, nihil tenetur restituere, & ex consequenti non debet præstare cautionem: Mantic. d. numer. 22. ad finem, & numer. 23. per totum, post alios, quos ibi referens sequitur.

107 Ideò extendo ad vsumfructum legatum mulieri perseueranti in statu viduali: nam tunc fructus percepti, donec vidua manserit, non tenetur restituere: Alciat. in l. stich. num. 12. vers. existimauerim, ff. de legat. 1. Quòd si maritus leget vxori quandiu vitam vidualem seruauerit, dubium est an intelligatur conditio distributiua, an verò simpliciter conditionalis, & perpetua: vt sit sensus; si vitam vidualem seruauerit: Bald. in cons. 267. num. 4. vers. ista quæstio, vol. 5. inclinat, hæc verba significare magis conditionem; sed infra subdit voluisse testatorem, vt habeant vim, donec vitam vidualem obseruauerit, vel donec non nupserit: tunc enim fructus percepti non debent restitui.

Contra verò si testator reliquit simpliciter sub hac conditione, vt ipsa seruet vitam vidualem: si frangat conditionem per contractas nuptias, fructus perceptos esse restituendos: ita Ruin. in cons. 270. num. 6. vol. 3. Alciat. cons. 85. num. 13. lib. 9. secùs si relinquat legatum, per dictionem distributiuam, quousque, vel donec non nuberet, vel donec castè vixerit. Quod adeò verum est, vt si postea secundus maritus moriatur, legatum iam extinctum non redintegretur: ita Socin. iunior in cons. 110. n. 9. vol. 1. quem sequitur Mantic. supra d. tit. 19. n. 24.

108 Decimò dubitatur, an legatum factum vxori quandiù castè vixerit, vel quandiù vitam vidualem seruauerit, sit annuum? Morquech. de diuisione bonorum, lib. 4. c. 11. n. 60. tradit esse annuum, propter illam dictionem, quandiù, vel propter illam, donec, vt in l. legatum, ff. de annuis legat. atque ita pro primo anno, erit purum; prosequentibus, conditionale: Boer. dec. 44. n. 39. Ruin. cons. 43. n. 7. & cons. 46. n. 1. lib. 2.

109 Vndecimò dubitatur, an vxor intra annum luctus possit petere legatum sibi relictum, sub conditione non nubendi præstita cautione? Negatiuè respondetur, quamuis renunciet cum iuramento secundis nuptiis, nisi ipsa ingrediatur religionem: secus post annum luctus: tunc enim præstita cautione de restituenda re cum fructibus si non paruerit conditioni, legatum consequetur: habetur expressè in Auth. cui relictum, C. de indicta viduit. tollenda, & ibi Scribentes.

Duodecimò dubitatur, an vsufructu relicto à viro vxori, donec castè viuat, quòd si nubat, relinquuntur illi mille: contigit non castè vixisse: sed postea nupsit, consequetúrne legatum de mille? Affirmat Simon de Prætis lib. 4. de vlt. volunt. interpret. 1. dub. 10. n. 121. fol. 350. pluribus ibi allegatis: neque in hoc casu, in quo ipsa amittit vsumfructum necessaria est sententia Iudicis, quòd transierit ad secunda vota: Caiet. in sum. verbo pœnam: sequitur Castro. lib. 2. de lege pœnali, c. 1. columna penultima: & Sotus de iustitia, lib. 1. q. 6. art. 6. col. 4. in 4. argumento, & rursus in responsione ad illud Ceuall. commun. contra commun. q. 351. n. 6. & 7. quamuis aliæ pœnæ Statutariæ non debeantur in foro conscientiæ ante Iudicis sententiam: secùs in nostro casu, vbi per transitum ad secunda vota ipso iure legatum deperditur, quia propriè non sunt pœnæ, sed conditiones, vt dictum est. 110

Decimotertiò dubitatur, an legatum relictum sub conditione castè viuendi cessat, si mulier qualibet alia ex causa fiat infamis, & propter aliquod delictum sit condemnata? Affirmat idem Picus in d. l. Titia cum nuberet, n. 149. in fine, ff. de legat. 2. & Mantic. d. lib. 11. tit. 19. n. 36. 111

Decimoquartò dubitatur, an mater minor viginti 112
quinque annis secūdò nubēs, incurrat pœnā secundò nubentibus impositam? Responsio est negatiua,
etiam si intra annū luctus maior efficiatur: nã minor
ætas excusat eam à pœna, contra secundò nubentes. Iason in l. minorib. in fine, ff. de his quibus vt indignis: Boër. dec. 185. n. 27. Cifuentes in l. 15. Tauri, quos referens sequitur Murquech. de diuisione
bonorum, lib. 4. c. 12. vbi n. 7. addit non incurrere 113
hanc pœnam secundò nubentium viduam, quæ de
licentia Principis secundò nupsit: ita Anton. Gab.
in tract. de secundis nuptiis, conclusione 3. ex n. 31. &
ex leg. 3. vers. Outro si, tit. 12. part. 4.

Accedit ad confirmationem minoris viginti quin-
que annis, quæ maior facta non priuatur successio- 114
ne filij, cui non petiuit dari tutorem, vel curatorem:
text. in l. vn. ff. si tab. testamen. nulla extab. argumento delinquentis, in ætate impuberi, propter quam liber fuit à pœna, qui factus maior non est ampliùs puniendus pro illo delicto: Ceuallos commun. contra commun. post alios, q. 729. n. 23. & 24.

LIBER QVARTVS.

De Testamentis.

DISPVTATIO VII.

De Testamentis inter coniuges: & aliis priuilegiatis.

§. I.

An maritus, & vxor possint se hæredes instituere in eadem charta.

EPITOME.

1 *Testamentum mutuum, in quo coniuges se adinuicem instituunt heredes, est validum.*

2 *Coniuges in eadem charta, se adinuicem instituentes, & alteram personam substituentes, mortuo vno, potest alter pro parte sua testamentum reuocare.*

3 *Testamentum coniugum mutuum firmatum iuramento, an sit reuocabile? Pars affirmans.*

4 *Pars negans.*

5 *Sed affirmans recepta in praxi.*

6 *Testamentum de se est reuocabile vsque ad mortem, sicut donatio inter coniuges, sed iuramento vtrumque fit irreuocabile.*

7 *Testamentum iuratum reuocans, est periurus secundum aliquos: sed alij negant.*

8 *Non valet Statutum disponens non posse vxorem testari absque mariti consensu.*

9 *Testamentum coniugum subsistit, quamuis mutuis blanditiis alter alterum instituat, si metus absit: & quæ sit captatoria voluntas, num. 10.*

11 *Testamentum inter coniuges, an possit conferri in alienum arbitrium.*

12 *Pactum inter coniuges reciprocum de succedendo valet si non extant filij.*

13 *Pacta reciproca de succedendo inter coniuges, valent statim; sed eorum executio suspenditur vsque ad mortem.*

14 *Testamentum inter maritum, & vxorem non est vnum, sed duplex: & an requiratur duplex solemnitas, & duplices testes, & an debeant esse rogati? & n. 15. 16. & 17.*

18 *Testamentum factum à marito de consensu vxoris, de bonis illius, non potest reuocari ab vxore, mortuo marito.*

19 *Donationi rei suæ consentiens vxor, si fiat à marito, vxor donare videtur.*

20 *Maritus, & vxor in eadem charta, si se instituant heredes ad inuicem, & ipse testamentum manu sua scribat, nihil sibi acquirit.*

21 *Quod procedit in testamento clauso; non verò in nuncupatiuo.*

22 *Valet testamentum mutuum inter coniuges manu illorum scriptum, si priusquam approbetur, legatur à Notario coram testibus.*

23 *Consanguinei viri, & vxoris ab iisdem instituti in capella, de bonis vtriusque, in pari gradu concurrentes, quinam debeant præferri, & n. 24.*

25 *Quando in Maioratu, seu capella vocantur consanguinei proximiores viri, & vxoris, & sunt in eodem gradu ex vtraque parte, qui debeant præcedere.*

26 *Fideicommissum relictum familiæ, in quo vocantur proximiores in gradu, & plures in eodem gradu concurrunt, quis debeat præcedere.*

27 *In fideicommisso, seu Maioratu, an habeat locum beneficium repræsentationis.*

DVBITATVR primò, an testamentum in quo vir, & vxor se adinuicem instituerunt, sit validum? Responde valere quasi inter socios diuinæ, & humanæ domus: *l. fin. §. cum autem*, ibi: *In personam ita sibi coniunctam: C. de pact.* & quia vna caro censentur, *c. debitum, de bigamis*: vt per Laram *in l. si quis à liber. §. si quis ex his, num. 282. ff. de liber. agnosc.* Hieronym. Fernandi de Ottero *Romanarum lucubrat. disput. 27. num. 6.* neque est dubium quòd sit validum ex praxi quotidiana: ita P. Molin. *tom. 1. de iust. disputat. 152.* Iulius Clar. *§. testamentum, quæstion. 60.* Gama *decis. 258.* Valasc. *tom. 1. consult. 7. numer. 6.* Et est communis, & valdè recepta, inter coniuges: Andreas Gail. *obseruat. 117. lib. 2. numer. 1.* post plures. 1

Responde secundò, coniuges se adinuicem instituentes in eadem charta, mortuo vno, superstitem posse testamentum pro sua parte licitè reuocare: Molin. *de Primogen. lib. 4. cap. 2. numer. 84.* Couarru. *in rubr. de testament. part. 2. numer. 7. & 8.* Oldrad. *consil. 174. numer. 2.* Suarez *in leg. quoniam in prioribus, fol. 74. limitat. 5.* ideóque mortuo priori coniuge, superstes potest facere secundum testamentum: vt ait etiam Burgos de Paz *consil. 2. numer. 14. per totum*, & Mieres *de maioratu, 1. part. quæst. 23. num. 21.* 2

Erit autem irreuocabile, si alter faciat testamentum de per se, & alter consentiat in testamento facto per maritum: ratio differentiæ, quia quando duo testantur in eadem charta, dicitur testamentum duorum: Contra verò si non testentur, sed solùm vnus consentiat dispositioni alterius; tunc fit contractus quidam ex reciproco duorum consensu, & ita reuocari non potest: vt *in l. sicut, ab initio, ff. de obligat. actionib.* & *in leg. heredes palam, §. final. ff.* da

de teſtament. Quæ omnia ſunt valdè notanda: ſecùs quando teſtamentum eſt mariti, & vxoris in eadem charta: etiam ſi in illo inſtituatur Maioratus, aut fundetur capella: nam tunc reuocari poteſt: cùm ſit actus natura ſua reuocabilis: Iulius Clar. *§. teſtamentum, quæſt.* 75. Ceual. poſt alios *quæſt.* 140. *num* 6. & P. Molin. *tom.* 1. *tract.* 2. *diſputat.* 152. *verſ. dicendum tamen eſt.*

3 Dubitatur ſecundò, an teſtamentum inter coniuges firmatum iuramento poſſit reuocari? Pars affirmans eſt certa, cùm voluntas teſtatoris ſit deambulatoria vſque ad mortem: *l.* 4. *ff. de adimendis legatis, c. vltima voluntas,* 13. *q.* 2. *c. cum Martha, de celebrat. Miſſarum.*

Nec obſtat iuramentum non reuocandi: Quia iuramentum ſortitur naturam contractus, ſuper quem interponitur; atque ita non reddit actum irreuocabilem: Gloſſ. *in d. cap. vltima voluntas,* vbi idem docet Archidiaconus Bartol. *in l. duobus: §. idem reſpondit, ff. pro ſocio:* & dixit communem Alex. *in leg. ſtipulatio hoc modo concepta, numer.* 5. *ff. de verborum obligat. & conſ.* 18. *libr.* 2. Loazes *in allegat. iuris pro Marchione de los Velez, in ſexto fundamento, numer.* 160. *pagin.* 383. Clarus *libr.* 3. *receptarum, §. teſtamentum, quæſtion.* 94. Gutierrez *de iuramento confirmatorio,* 2. *part. cap.* 1. *numer.* 3. & Flamin. *de reſignat.* 2. *part. libr.* 9. *quæſtion.* 31. *numer.* 25. confirmat *lex* 25. *titul.* 1. *partit.* 6. ibi: *Ningun hombre puede fazer teſtamento tan firme, que no lo pueda deſpues mudar quando quiſiere fuſta el dia de ſus muerte.* Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap* 2. *num.* 4.

Ratiò potiſſima; quia niſi poſſit mutari quotieſcumque voluerit, adimeret teſtator ſibi liberam de ſuis rebus diſponendi facultatem: hoc autem eſſet contra bonos mores ciuiles, & naturales: ideò reuocari poteſt teſtamentum ſine metu periurij, cùm non obliget: ita Oroſci. *in l. omnes populi, ff. de iuſt. & iure, num.* 115. & eſſe contra peritos vtriuſque iuris negant plures relati per Couar. *in Rub. de teſtamen. parte* 2. *num.* 25. & per Anton. Gab. *lib. Commun. opin. concluſione* 1. *titul. de iureiurando, num.* 8. Adduntque vt procedat, requiri in ſecundo teſtamento vt fiat mentió expreſſa de priori iurato; ſequitur Gomeſ. *in l.* 3. *Tauri, num.* 96. & Spino *in ſuo ſpeculo Gloſſ.* 30. *ad finem.*

4 Pars negans eſt certior, non poſſe ſcilicet teſtamentum iuratum reuocari per teſtatorem, abſque peccato mortali: quia iuramentum, quod ſine præiudicio conſcientiæ ſeruari poteſt, implendum eſt: *cap. quamuis pactum, de pact. in* 6. ſed hoc iuramentum tale eſt, ergo eſt ſeruandum vti irreuocabile: ita Speculator *in titul. de inſtrument. edition. §. compendioſe, verſ. Quia ſi quis iurauerit, num.* 25. Alberic. *in l. fin. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Iulius Clar. *§. Teſtamentum, quæſt.* 94. Spino *ſupra, num.* 53. P. Leſſius *de iuſt. lib.* 2. *c.* 19. *dub.* 8. *num.* 95.

5 Hinc ſequitur fieri periurum qui reuocauerit teſtamentum, ſcribens ſecundum: P. Leſſius, & alij communiter: & ex antiquioribus Ioann.
6 Andr. *in regul. iuris, in* 6. quem ſequitur Alciat. *in cap. cum contingat, de iureiurando, numer.* 80. & dicit communem Gomeſ. *§. item ſi quis, Inſtitut. de actionib.* Caldas pereira *de emptione, c.* 30. *num.* 34.

7 Reuocatio autem erit valida, quamuis contra iuramentum facta, & prius teſtamentum irritum; etiamſi fiat ad pias cauſas: Couarru. *ſupra, numer.* 46. cum plurimis Iuriſperitis: quoniam iuramentum non auſert poteſtatem, ad teſtandum, quam ius Gentium, & Ciuile concedit; ſed ſolum operatur, vt ſit periurus, qui aliud fecerit: argumento promittentis ducere aliquam fœminam, iuranſque illam ducturum, & poſtea contraxit cum altera, peccabit mortaliter contra fidem datam, & contra iuramentum: P. Molin. *d. diſputat.* 151. *fol.* 863. *verſ. contraria ſententia:* quamuis *in §. ſaluo meliori iudicio,* adhæreat priori ſententiæ in vtroque foro, dicens; implendum eſſe iuratum teſtamentum prius, cùm promiſſio non reuocandi illud, eſto iure Ciuili ſit irrita, tamen cùm non ſit ex ſe mala quaſi contra bonos mores naturales, eo ipſo quod iuramento eſt confirmata, valida eſt, & obligat ita teſtatorem, vt ſi tranſgrediatur illam, nedum ſit periurus, ſed etiam peccet contra iuſtitiam, cum obligatione reſtituendi hæredi, in priori teſtamento inſtituto quantum ſua intereſt. Hæc ille.

Dubitatur tertiò, an valeat Statutum diſponens non poſſe vxorem, abſque mariti conſenſu teſtari? Reſponſio eſt negatiua: ita Paul. de Caſtro *in l. ex facto, in principio, ff. de vulgari, & pupillari.* Alexand. *conſil.* 155. *numer.* 6. *vol.* 2. incipit, *Viſis, & occurrit:* per text. *in l. nemo poteſt, ff. de legat.* 1. *& in leg.* 1. *Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* Item quia captatoria inſtitutio, qualis eſt voluntas vltima quæ in arbitrium alterius confertur; per text. *in l. illa inſtitutio, & in l. Captatorias, ff. de hered. inſtituend.* eſt reprobata: ita vt etiam non valeat in teſtamento militis: text. *in l. Captatorias, C. de teſtament. milit.* Iaſon *ibidem, numer.* 1. ſed nec legatum captatorium ſuſtinebitur; ſecundùm communem: vt vult Iaſon *in d. l. Captatorias,* per text. *in l. Captatoria, ff. de legat.* 1. 8

Nihilominùs teſtamentum coniugum ſubſiſtet, nec vitiabitur, ſi mutuis blanditiis, & coniugali amore alter alterum inſtituat, dummodo metus non interſit: text. *in l. fin. ff. ſi quis aliquem teſtari probib.* ſequitur Bartol. *ibi, numer.* 16. nam accedente metu, eoque probato corruit inſtitutio tanquam captatoria: idem Bartol. *in leg. vulca, §. quæ exoneranda, numer.* 4. *ff. quarum rerum actio non datur:* dic[illegible] iuſtum metum induci per nimiam reuerentiam coniugalem, & actum vitiari, per text. & *ibi* Gloſſ. *in verbo metum:* præſertim quando vxor dixerit ſe metu compulſam à marito, ſeu ab alio, feciſſe teſtamentum, & quod libenter illud mutaret, niſi adhuc timor ſubeſſet: talis namque declaratio facta coram Notario, vel duobus, aut tribus teſtibus valida eſt; & hæreditas auſertur tanquam indignis; & fiſco applicatur: vt ex mente Bartol. tradit Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 2. *tit.* 7. & *lib.* 3. *titul.* 1. *num.* 8. 9

Dubitatur quartò, an teſtamentum etiam inter coniuges ad pias cauſas poſſit conferri in alienum arbitrium? Placet affirmare, etiamſi regulariter vltima voluntas captatoria, quæ pendet ex alieno arbitrio, vel in alterius arbitrium confertur, non valeat: in relictis tamen ad pias cauſas, validam eſſe huiuſmodi diſpoſitionem; tradit Bartol. *in leg.* 1. *Cod. de ſacroſ. Eccleſ. numer.* 64. Et eſt communis: vt vult Abbas *conſil.* 32. *num.* 3. *lib.* 2. Alexand. *conſ.* 14. *numer.* 7. *lib.* 1. & Scribentes *in l. captatorias, C. de teſtamento militis.* Anton. Gomeſ. *l.* 31. *Tauri, num.* 4. Valaſc. *conſult.* 68. *numer.* 4. *& conſult.* 145. 10

numer.

numer. 5. Surd. *de aliment. titul.* 8. *ex privil.* 17. *numer.* 5. vbi concludit per *capit*, *cum tibi*, *de testament.* incertitudinem personæ non vitiare legatum ad pias causas, seu alimentorum.

11 Quinimò, quamuis non appareat voluisse testatorem expressè testari ad pia; sed simpliciter dixit, Committo dispositioni Pauli omnia bona mea: quamuis videatur tale testamentum non valere, tanquàm captatorium, nihilominùs in fauorem piæ causæ validum est; perinde ac si testaretur expresè ad pias causas: *per capit*, *cum tibi*, *de testament.* & *ibi* Abbas *numer.* 4. & censetur hæres institutus ille, cui committitur illa dispositio, cum onere distribuendi illa bona ad opera pia: Iulius Clar. *§. testam. q.* 6. *num.* 6.

12 Dubitatur quintò, an pactum inter coniuges reciprocum de succedendo, valeat in casu, quòd non extent filij? Respondeo esse affirmatiua, & ita superstes, non existentibus filiis, succedit præmorienti; quia est pactum vicissitudinarium: vt tenet Cynus *in leg. si pater puella*, *numer.* 2. *Cod. de inofficios. testament.* Bald. Salicet. Iason. & alij *ibidem* Roman. *singulari* 820. incipit, *Prohibiti*: Quod etiam consuetudine passim receptum est, quia tollitur per hoc pactum, sinistra illa suspicio desiderandi mortem alterius.

Quin etiam mutua illa conuentio, quòd alterutro sine liberis mortuo ad superstitem bona perueniant, non est pactum futuræ successionis: eò quia bona non promittuntur vt futura successio, sed est obligatio conditionalia, si alterutur sine liberis præmoriatur, quæ obligatio adimpleta conditione retrotrahitur ad tempus conuentionis, & censetur pura: text. *in leg. necessario*, §. 1. *ff. de periculo, & commodo rei vendita*, Gloss. *ibid. in verbo*, *In præteritum*, text. *in leg. potior*, §. 5. *ff. qui potiores in pignore habeantur.*

13 Huiusmodi autem pacta reciproca, & mutua de succedendo inter coniuges statim constante adhuc matrimonio valent: exactio autem propter conditionem appositam suspenditur vsque ad mortem; sed bona in pactum deducta statim debentur ex obligatione, & ex causa donationis inter viuos; & hoc modo licitè, alterutro coniugum mortuo, superstes defuncto coniugis succedit non extantibus filiis: quæ conuentiones de iure valent, per text. *in leg. quod autem*, §. *si vir & uxor*, *ff. de donat. inter virum, & vxorem*, & tradit Oldrad. *consil.* 139. *per totum*, incipit, *Ad habendam aliqualem.* Decius *consil.* 63. *n.* 4. incipit, *Et pro tenui*, & *consil.* 516. *n.* 1. *cum seqq.* incipit, *In facto proponitur.* Natta *consil.* 474. *n.* 1. *& num.* 8. incipit, *De anno*, & Boër. *decis.* 255. *num.* 2. *&* 3.

Adde huiusmodi pacta mutua de succedendo, in vim donationis transire, valereque; ita, vt neque traditione, neque insinuatione opus sit: Gloss. recepta, *in l. licet Cod. de pactis, in verbo*, *Mortis.* Oldrad. *d. consil.* 139. *num.* 14. Boër. *supra*, *numer.* 4. neque huiusmodi pacta reuocari possunt propter ingratitudinem, cùm habeant vim permutationis; & magis venditioni, quàm donationi accedunt: Andr. Gail. *lib.* 2. *obseruat.* 26. *ex num.* 5.

14 Dubitatur sextò, vtrùm testamentum factum inter maritum & vxorem, sit vnum, aut duplex? Dicendum est esse duplex; & ideò vnumquemque posse pro sua parte illud reuocare, vt dictum est: nam quot sunt personæ testantes, tot esse testamenta opus est, tanquam condita à diuersis personis; & vniuscuiusque voluntas, per se censetur testamentum: *l.* 1. ibi: *voluntatis nostra iusta sententia*, *ff. hered. instit.* Bald. *in l. cum quidam*, *Cod. de impuber.* Tiraquel. *de primogen. quæst.* 6 8. *num.* 5.

Hinc fit, vt in hoc testamento approbando, 15 requiratur duplex solemnitas primâ facie, siquidem sunt duo testamenta: placet tamen vnica tantum, quæ adhibita vno contextu referatur ad omnes personas testantes: ita Iason *in leg. pa-tris*, *& filij*, *ad numer.* 7. *ff. de vulgari*: Nicol. Bell. *consil.* 85. *numer.* 9. Velasq. *consil.* 7. *numer.* 3. vbi addit *vers. aduertendum*, quòd licèt in terminis iuris communis, vnica tantum solemnitas quoad alia requiratur; testes tamen adhibitos in eo testamento, debere in sua subscriptionibus mentionem facere de quolibet testamento cùm sint diuersa, *per l. penult. ff. de testament.*

Similiter coniuges vnumquemque per se, vel ambos simul debere manu sua testamentum tradere Tabellioni, certum est, & eundem Tabellionem singulos eorum teneri interrogare coram testibus, an illud sit suum testamentum, & in instrumento approbationis mentionem facere, quod vterque sibi tradiderit manibus suis illud testamentum, & interrogatos respondisse illud esse suum testamentum.

Illud autem obseruandum est attento iure 16 communi, testes in testamento rogati debere: *l. heredes palam*, §. *in testamento*, *ff. de testamentis.* Surd. *consil.* 378. *numer.* 4. Valasc. *consult.* 187. *numer.* 15. Negreiros *libr.* 3. *cap.* 2. *numer.* 5. *in Introduct. vltim. volunt.* & Notario asserenti testes fuisse rogatos, credendum est; ex Bartol. *in d. leg. heredes palam*, *numer.* 4. *ff. de testamentis*, recepto, vt per Farinac. *consil.* 97. *num.* 21.

De iure tamen Lusitano, secundùm veriorem, non est necesse quòd testes sint rogati, vt 17 testamentum sit validum, cùm *libr.* 4. *nostræ Ordinationis*, *titul.* 80. disponatur; quæ solemnitates requirantur in testamento; & nulla ibi fit mentio de rogatione testium, & omittitur illa solemnitas: Gam. *decis.* 220. *numer.* 3. *& decis.* 85. *numer.* 4. Molin. *tom.* 1. *tract.* 2. *disputat.* 125. *numer.* 3. *vers. hac solemnitas.* Cald. Pereira *de Emptionibus*, *cap.* 6. *numer.* 54. *& quæst. forens. consil.* 24. *num.* 17. Quamuis Negreiros Lusitanus, *in introduct. vltim. volunt. lib.* 1. *c.* 8. *n.* 11. arbitretur testes necessariò esse rogandos: quod puto verum, non ad esse; sed ad benè esse.

Notarium autem debere esse rogatum, disponit lex nostra, *l.* 1. *titul.* 78. §. 4. ibi: *for requerido*: Quæ verba innuunt Notarium rogandum, seu potiùs interpellandum fore: probat Felin. *in cap.* 5. *de fide instrumentor. numer.* 20. & habetur *in Authentic. de Tabellion.* §. 1. Bartol. *in Authent. si quis in aliquo*, *Cod. de edendo. col.* 2. Quare rogandus est Notarius ab his, quos negotium tangit. Quod etiam tradit Vnsala, *in arte notariat. numer.* 53. & ideò in calce instrumentorum solent addere *rogatus*, *& requisitus*: Felinus *vbi proximè*, *numer.* 20. & ita praxis obseruat.

Dubitatur septimò, an quando coniux alter 18 de alterius consensu, disponit de bonis mulieris, possit ipsa marito mortuo reuocare Maioratum institutum de re vxoris? Negat *l.* 9. *tit.* 13. *part.* 5. quam sequitur D. Gabr. Pereira *dec.* 15. *n.* 4. argumento filij disponentis de consensu matris,

ex regula *l. sicuti, §. venditionis, ff. quibus modis pignus*, ibi: *vt si legare permisit, valeatque quod concessit*: quod dixit Bald. receptum esse *in c. 1. §. praeterea*, & *ibi* Gloss. *verbo regressum, quib. mod. feud. amitt.* idem Bald. *in l. venditionis, C. de vsucapion. pro emptore.* Pelaez. *lib. 1. quaest. 23. num. 4.* per text. *in l. sint, C. ad velleian.* ibi: *Quòd si patientiam praestitisti, vt quasi suas res maritus obligaret, tibi non succurratur senatusconsulto.*

Atque ita Maioratus de re vxoris constitutus, illa consentiente; mortuo marito, manet irreuocabilis. Confirmatur per text. *in l. non videtur 11. ff. quae in fraud. patron.* Cuius haec sunt verba, ibi: *si quod volente patrono, libertus donauit, non poterit Fabiana reuocare.* Molin. *de Primogenius, lib. 4. c. 2. n. 84. & cap. 3. num. 24.* Padill. *in l. Clari n. 19. C. de fideicommiss.* Quorum authoritate comprobatur, superstitem coniugem, non posse pro parte consensum, & licentiam praestitam, mortuo disponente, ampliùs reuocare. Facit text. *in l. nec fratris, C. de donat. caus. mort.* ibi: *Nec fratris sui mortis causa rectè factam donationem sorori rescindere licet.* vbi Gloss. *verbo, sorori*, subdit, pro sua, & pro aliena morte posse donari: ex ea ratione quia consentiens iura sua perdit; perinde ac si actum ipsum, cui consentit, faceret. *l. cum quadam, Cod. de admin. tut.* Ex quibus constat huiusmodi Maioratum de consensu vxoris institutum ex bonis illius, fieri irrenocabilem: Gab. Pereira *supra*, & in terminis Molin. *de primog. lib. 4. cap. 2. num. 84.*

19 Hinc sequitur consentientem donationi rei suae ab alio factae, donare videri: *l. si liqueat*, & *ibi* quoque Baldus *Cod. de inofficios. donat.* Bartol. *in l. qua dote, col. 3. vers. tertio pone.* & *ibi* omnes post eum, *ff. solut. matrimon.* Similiter dicendum de consentiente alienationi rei suae, qui alienare videtur: idem Bald. *in cap. 1. §. illud, vers. quaero ergo, titul. de prohib. feud.* Fulgos. & Iason. *in l. quoties ab omnibus, C. de fideicommiss.*

20 Dubitatur octauò, quid dicendum quando maritus, & vxor in eadem charta se adinuicem instituunt haeredes, & ipse scripsit totum testamentum manu sua? Esse nullum colligitur ex Senatusconsulto Liboniano; vbi cauetur ne quis sibi adscribat in testamento: vt *l. 1.* & per totum titul. *Cod. de his qui sibi adscribunt*, & *leg. si quis legatum, ff. ad leg. Cornel. de fals.* & in specie fauet *lex, quae in testamento, Cod. de his qui sibi adscribunt.* per haec verba, *quae in testamento vxoris maritus sua manu legata sibi adscripserit, pro non scriptis habentur, &c.* ergo si legata corruunt, multò magis corruere institutionem necesse est: quae quò maior est, magis praeiudicat.

21 Haec autem procedunt in testamento in scriptis; secùs vero in testamento nuncupatiuo, quod fieret in voce, vel in scriptis per priuatum, & probaretur per testes; tunc enim cessat ratio, quae in testamento in scriptis adducta est: Valasc. *consult. 178.*

Nihilominùs, quamuis testamentum factum manu propria mariti, in quo se ipsum haeredem constituit vxoris, & vxorem haeredem sui ipsius mariti fecit, non valeat quoad maritum, cùm in ipsa charta communi sint duae dispositiones distinctae, valet dispositio ex parte vxoris haeredis institutae: quia potest testamentum sua manu scribere, & ita vtile per inutile vitiari non debet: *l. si quis duobus, ff. ad l. Cornel. de fals.*

Accedit, donationem reciprocam inter virum & vxorem esse reprobatam iure: *l. quod autem §. si maritus, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo, donatione largitus, num. 100. Cod. de reuocand. donat.* praeterquam in testamento; vbi possunt maritus, & vxor se inuicem haeredes instituere: non tamen debet testamentum manu mariti fieri, nec manu vxoris; quia praesumitur dolus ex eius parte, nec valet illa dispositio vxoris in qua haeres scriptus est vir; valet autem dispositio ex parte mariti, in qua vxor fuit à marito haeres instituta: & eodem modo, si vxor testamentum scribat manu propria, & se haeredem mariti scribat, tunc non valet respectu vxoris.

Hoc tamen fallit, quando maritus, aut vxor totum testamentum manu sua scribat, & se haeredem adinuicem instituunt, & postea tradant ipsummet testamentum Notario rogato ad illud legendum coram testatore, & testibus, & ad instrumentum conficiendum, quia testamentum legit praesentibus testatore, & testibus, & instrumentum confecit, in quo euentu valet testamentum, nec probatur per scripturam suam, sed per scripturam Notarij: Angel. *de malefic. verbo falsarius, numer. 33.* Alexand. *cons. 50. num. 1. lib. 3.* secùs quando testamentum scribitur à marito, & clauditur secundum formam legis Lusitanae: *lib. 4. titul. 80.* & clausum traditur Notario, vt conficiat instrumentum approbationis; nec lectum fuit coram testibus: in isto casu scribens testamentum in quo scriptus est haeres, nihil sibi acquirit: *vt in suo specul.* Gloss. *Rub. 1. par. 10.* Valasc. *de consult. 178. n. 9. & 10.* 22

Dubitatur nonò, quando maritus & vxor in eadem charta & testamento instituerunt Capellaniam de bonis vtriusque, vt in eadem succederent consanguinei mariti, & vxoris propinquiores, data paritate inter consanguineos, alterum ex parte mariti, & alterum ex parte vxoris, vtrumque in eodem gradu consanguinitatis; quisnam ex duobus debeat praeferri? videtur dicendum, praedictam Capellaniam competere vtrique consanguineo praesentato, diuidendamque aequaliter eandem inter vtrumque, & illius bona, & onus missarum annexum, ita vt vno mortuo, pleno iure reliqua pars bonorum, cum onere missarum ad superstitem deuoluatur. Ratio, quia testamentum mutuum inter maritum & vxorem, non est simpliciter vnum, sed duplex testamentum; & ita ad libitum vnusquisque poterit pro sua parte suum reuocare, vt dictum est *supra numer. 1.* & ex consequenti duae sunt Capellaniae, & vnaquaeque illarum spectabit ad consanguineos mariti, & alia ad consanguineos vxoris, cum ambo sint in gradu consanguinitatis aequali: atque ita cùm sint duo testamenta, vxoris vnum, & alterum mariti; vnusquisque disposuit in casu hoc pro suo consanguineo: argumento text. *in l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulgari, l. cum ita legatum, §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* 23

Veritas nihilominùs est, in casu dubio, in quo sumus, Capellaniam conferendam esse consanguineis mariti; non autem vxoris, cùm vir sit caput mulieris: vt *in cap. fin. 33. quaest. 6.* & deducitur *ex l. cum pater, §. à te peto marite, ff. de legat. 2.* ibi: *non esse datam electionem, sed ordine scripturae factam substitutionem respondi*: qui textus loquitur, quando non est commissa electio, sed solùm simpliciter fuit dictum, vt vocaretur ad fideicommissum consanguineus: ibi, *Tuus siue meus*: 24

&

& ideò consanguineus mariti præferendus est secundùm ordinem scripturæ: Greg. Lop. *in l. 2. tit. 1. p. 2. verbo, El mas propinquo pariente, col. 3. fol.* 47. vbi loquitur de maioratu instituto in eodem testamento mutuo coniugum; dicens, data inæqualitate consanguinitatis, debere succedere magis consanguineum, siue ex parte viri, siue vxoris, in Maiorìa, secundum verba: *El pariente nuestro mas propinquo*: Contra verò in gradu æquali consanguinitatis, Capellaniam offerendam esse consanguineo mariti, qui videtur priùs vocatus in ordine subintellecto, nisi aliud constet de mente testantium: Gutier. *cons. 2. ex num. 6. & 9.*

25 Sed quid dicendum, quando in Maioriam, siue Capellaniam vocantur consanguinei proximiores, & reperiuntur duo in eodem gradu consanguinitatis ex parte viri, aut ex parte vxoris? Bald. *in l. ex duobus, in principio, ff. de vulgari, & in Authen. ex testamento, C. de collation. & in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iur.* resoluit vtrumque esse admittendum: sequitur Angel. *in d. l. ex duobus*, & Alexand. *ibi, per l. 2. §. hereditas, ff. de suis & legitimis heredibus, l. cum inter, C. de fideicommiss. lib. 12. tit. 33. part. 3.* Secundùm quam doctrinam videtur in causis Capellaniarum, si duo consanguinei sint in gradu pari, quamuis alter descendat per lineam masculinam, & alter per fœmininam; Capellaniam inter illos diuidendam, cùm sit casus dissimilis ab alio, in quo æqualitas consistit inter consanguineos mariti & vxoris; nisi ne diuidatur inter eos prohibitum sit, tunc recurrendum est ad alias coniecturas: quarum prima est in præsentato à patrono, si nominatus fuerit, debet præferri; quòd si nulla fuerit facta nominatio, præferetur magis idoneus; & data pari idoneitate, senior anteibit: argumento text. *in l. vlt. ff. de fid. instrum.* Barbat. *cons. 23. vol. 1.* Ceuallos *commun. contra commun. q. 693. ex num. 33. ad num. 37.* vbi de hac re latè.

26 Ex dictis se offert illa quæstio, circa fideicommissum vel relictum familiæ, in quo vocatus est proximior in gradu, quando plures concurrunt in pari gradu post mortem vltimi possessoris? Videtur præferri debere primogenitum, quasi is proximior sit ordine naturæ, hoc est quia primo natus: vt *in l. Arethusa, ff. de stat. homin.* nam sicut inter dispares gradu, reperitur ordo proximitatis, sic inter illos, qui sunt eiusdem gradus est ordo prioritatis, & posterioritatis: vnde Præpos. *in cap. per venerabilem, §. quid autem, num. 33. qui filij sint legitimi*: & Ioan. Andr. *in regul. sine culpa, de regul. iur. in 6.* argumentantur de proximitate graduum ad primogenituram, vt quemadmodum inter dispares gradu præcedit propinquior in gradu, sic etiam inter illos, qui sunt in eodem gradu, præfertur primogenitus, quia primogenitus est magis dilectus, quia ordine naturæ primò natus est; vt constat ex traditis à Tiraquell. *in præfat. de primogen. num. 37.* vnde arguit Cald. Pereira *de renouat. Emphyteut. quæst. 17. num. 6. ad fin.* quando filia est prior natu omnium fratrum existentium in eodem gradu, aliis fratribus esse præferendam in iure renouationis, quasi proximior sit: argumento *l. cum pater, §. pater pluribus, ff. de legat. 2.* ibi: *claues maiori natu filia tradidit.* Sed quidquid de hoc vltimo sit de iure communi, de iure nostro aliud est dicendum; cùm pater possit prælegare ius renouandi, & patre non prælegante, possit dominus directus eligere quem maluerit: Cald. *d. quæst. 17. num. 32. & sequent.*

Fragosi Regim. Christi. Reipubl. P. III.

Cæterùm in casu fideicommissi, seu maioratus, de quo *supra*, habet locum beneficium repræsentationis, non solum in Hispania, teste Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 47. & lib. 3. cap. 9. per totum*, nisi aliud constiterit de voluntate testatoris: Ceuall. *supra quæst. 398. num.* 8. sed etiam in Lusitania; cum ea tamen obseruatione, vt propinquior succedat ex beneficio repræsentationis, si fuerit descendens ex vltimo possessore; secùs si fuerit transuersalis, seu collateralis, tunc enim non iuuabitur beneficio repræsentationis; nisi fuerit Sobrinus, aut Sobrina vltimi possessoris filius, aut filia, seu nepos, aut neptis fratris, seu sororis suæ; & extra hunc gradum poterit succedere, non tamen iuuabitur beneficio repræsentationis, vt benè notat Costa, *de successione regni, pag. 293. cum sequent.* Atque ita filij, seu filiæ, nepotes, aut neptes per hoc beneficium repræsentationis succedunt in omne ius, in quod eorum parentes erant successuri, si superstites essent; & sunt præferendi omnibus, quibus parentes debebant præferri, si viuerent. 27

Quod probatur per text. *in l. 1. §. 1. vers. si filius, ff. de suis & legit.* ibi, *in eiusdem partem succedunt omnes nepotes, neptésque ex eo nata, l. 2. cum sequent. C. eodem titulo, §. cum filius, Instit. de hered. quæ ab intest.* ibi: *nepotes, neptésque in patris sui locum succedere*: *§. vlt. Instit. eod. tit.* ibi: *portionem sine vlla diminutione consequatur*: *Authent. de hered. ab intest. ven. in principio, collat. 9.* ibi: *illius filios, aut filias, aut alios descendentes in proprij parentis locum succedere, tantam de hereditate morientis accipientes partem*: quod beneficium repræsentationis indulsit lex indistinctè, tam viris, quàm fœminis absque vlla differentia sexus; vt probat text. *in d. §. cum filius*, ibi: *siue masculi, siue fœmina sint.*

Quare, quando vltimo possessori Maioriæ plures in eodem gradu succedunt, siue sint descendentes, siue transuersales modo supradicto, fideicommissum, seu Maioriam consequetur beneficio repræsentationis, filia, seu filius, cuius pater si superstes esset, erat consequuturus: & idem dicendum est de nepte, seu nepote: Anton. Gomes. *in l. 8. Tauri, num. 18.* Valasc. *de iure Emphyteut. q. 50. num. 3. & num. 30. col. 3.* Non extendi denique beneficium repræsentationis in hæreditatibus, & successionibus collateralium, nisi ad filios aut filias fratrum aut sororum defuncti; probatur *ex §. si igitur, Authent. de hered. ab intest.* ibi: *solis prebemus fratrum masculorum & fœminarum filiis, aut filiabus*: & in *§. si vero neque, eiusdem Authent.* text. *in Authent. post fratres 2. C. de legit. hered.* vt communiter probat Couarr. *pract. cap. 38. num. 7. vers. 3. ad intellectum*: Tiraquell. *de iure primog. quæst. 42. num. 4.* Anton Gab. *tit. de success. ab intest. conclus. 1. num. 13.* Vide tamen Greg. Lop. *l. 2. tit. 15. part. 2. verbo, Seyendo ome para ello.* Et *ibi*, Glos. & *infra, disp. 20. de primog. §. 2. num. 18.*

***

R 3 §. II.

§. II.

De teſtamento inter liberos, & quæ ſolemnitas neceſſaria eſt, vt ſuſtineatur.

E P I T O M E.

28 *Solemnitas requiſita ad teſtamentum in genere, tam de iure communi, quàm de iure Luſitano, qualis ſit? & num. 29.*

30. *Solemnitas iuris Ciuilis non attenditur in teſtamento inter liberos, ſed minor ſufficit. & n. 31.*

31 *Teſtamentum inter liberos tacitè habet adiunctam clauſulam codicillarem, vt valeat omni meliori modo.*

32 *Teſtamenti inter liberos priuilegia, quanta ſint. & num. 33. 34. 35. 36. & 37.*

38 *Teſtamentum inter liberos ex defectu voluntatis imperfectum, non valet.*

39 *Schedula teſtamenti paterni reperta in domo parentis, ſed non recondita in loco tuto, quando non cenſeatur valida.*

40 *Teſtamentum inter liberos imperfectum ex defectu ſolemnitatis, an valeat pro filio naturali, & ſpurio? Et quid reſpectu matris circa filium naturalem? & num. 41. & 42.*

43 *Legitimati gaudent priuilegio teſtamenti parentum imperfecti, ex defectu ſolemnitatis ciuilis.*

44 *Teſtamentum inter liberos eſſe tale, quibus indiciis probari poteſt.*

45 *Teſtamentum inter liberos nutu fieri non poteſt.*

46 *Quod intelligitur in eo parente qui poteſt loqui; ſecus ſi nequeat.*

28 ANtequam ad ſubſtantiam teſtamenti inter liberos fiat acceſſus, breuiter dicendum de ſolemnitate requiſita ad teſtamentum in genere; tam de iure communi, quàm de iure Regio. In primis regulariter de iure communi, debent interuenire ſeptem teſtes maſculi: *l. hac conſultiſſima, C. de teſtamentis, §. ſed cùm paulatim, Inſtit. Eodem.* Clarus *in §. Teſtamentum. quæſt. 55. & 56.* Maſcard. *de probationib. concluſ. 1352. num. 14.* Quæ ſolemnitas etiam ſeruatur circa teſtes in huiuſmodi teſtamentis: Molin. *de teſtam. tom. 1. diſp. 125. col. 3. fol. 698.*

29 De iure tamen noſtro *lib. 4. tit. 80. ad principium*, ſufficiunt quinque teſtes. Nega. *in introd. vltim. volunt. lib. 3. cap. 2. num. 11.* Cardoſ. *in praxi Iudic. verbo, teſtamentum, num. 16.* Molin. *ſupra verſ. hæc ſolemnitas,* & Barboſ. *in remiſſion. ad Ordinat. Reg. d. tit. 80. in principio.*

30 Quantùm verò differat teſtamentum inter liberos à teſtamento communi, ex dicendis patebit. Nam ſolemnitates iuris ciuilis non attenduntur in teſtamento paterno; quia teſtamentum paternum imperfectum, nimirum coram duobus teſtibus factum, valet: text. *in l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtam.* vbi communiter Scribentes: Gloſ. vnica, *in Authent. quod ſine, C. eodem tit.*
31 Habet namque teſtamentum paternum clauſulam codicillarem tacitè adiunctam, quod valeat omni meliori modo, quo poteſt; ſi non iure teſtamenti ſaltem iure codicillorum: Gloſ. ſing. *in l. cohæredi, §. cùm filia, in verbo, non valuit, ff. de vulgar. & pupillar.* Gloſ. *in l. filij, in verbo, teſtator, C. famil. erciſcunda*: Iaſon. *in authen. nouiſſima, num. 22. C. de inoffic. teſtam.* Alex. *conſ. 105. n. 5. vol. 7.* incipit, *Super his.*

Differt item teſtamentum paternum, à teſtamentis aliis; quòd in illo, non habent locum ſolemnitates introductæ de iure ciuili ad vitandas fraudes: text. *in l. fin. §. cum enim res, C. de fideicommiſſ.* ſed ſolùm attenditur ius gentium; & ideò quæritur de voluntate patris, an illa ſit perfecta, an non; nec curatur de ſolemnitate iuris ciuilis: Iaſon *in d. §. ex imperfecto, num. 2. C. de teſt.* Debetur enim hæreditas liberis iure naturali: Iulius Clar. *in §. teſtamentum, quæſt. 8. num. 1.* Atque ita valet teſtamentum paternum, quamuis in illo non adſint ſolemnitates iuris ciuilis: ſufficit enim, vt de ipſorum parentum voluntate conſtet, cùm ratione quadam naturali parentum ſucceſſio filiis debita ſit: Menoch. *conſil. 267. num. 2. per l. cum ratio, ff. de bonis damnator.* Valet ergo cum duobus 32
teſtibus ſiue maſculis, ſiuè fœminis; quia ius gentium, non ius ciuile conſideratur in teſtamento paterno: Gloſ. *in d. Authent. quod ſine*: Bald. *ibid. n. 2.* etiam quando teſtator eſt cæcus: Clar. *verbo, teſtamentum, q. 17. num. 2.* Molin. *eodem verbo, diſp. 130.*

Ampliatur primò, vt teſtamentum paternum hoc priuilegium habeat, non ſolùm quando eſt in ſcriptis, ſed etiam quando eſt nuncupatiuum: Gloſ. *in d. §. ex imperfecto.* Alex. *conſ. 176. num. 9. vol. 5.* incipit, *Viſo proceſſu.* Quinimo teſtamentum inter liberos in ſcriptis, ſi valere non poteſt vt tale, valebit tanquam teſtamentum nuncupatiuum: ex *regul. 3. ff. de teſtam. milit.* Cynus *in l. hac conſultiſſima, in §. per nuncupationem, C. de teſtam.* Cabed. Luſit. poſt alios, *1. p. deciſ. 99. num. 3.*

Ampliatur ſecundò teſtamentum inter liberos 33
valere de iure communi, ſiue teſtes adhibiti, ſint rogati, & vocati, ſiue non: Gloſ. communiter recepta *in l. fin. C. de codicill. in verbo, recepto.* Bald. *in authen. quod ſine, num. 3. C. de teſtam.* Decius *conſ. 627. num. 11.* incipit, *In iſtu*: & quamuis fœminæ vtroque iure nequeant eſſe teſtes in teſtamento, *ex cap. forus, de verbor. ſignificat.* Clarus *§ teſtamentum, quæſt. 8. & quæſt 46.* tamen in teſtamento inter liberos admittitur fœmina; vt eſt communis: prout Ripa *de peſte, in priuil. vlt. voluntat. num. 23.*

Ampliatur tertiò validum eſſe paternum teſta- 34
mentum, quomodocumque factum ſit, etiam nuda ſcriptura ſine ſolemnitate, & teſtibus: text. *in l. inter omnes, C. famil. erciſcund.* & Scribentes *in authen. ſi modo, C. eodem tit.* & *in d. authen. quod ſine*, Alex. *conſ. 4. num. 10. vol. 7.* incipit, *Attentis narratis.* Quod intelligitur ſcilicet, quando ſchedula priuata continet voluntatem patris ſine teſtibus, quæ probat voluntatem illius inter liberos, ſi propria manu patris ſit ſcripta, vel ſubſcripta: text. *in authen. quod ſine,* Bald. & Iaſon *ibid. num. 1.* Bart. *in l. ſi is, qui, num. 4. ff. de teſtam.* Caſtro *ibid. num. 5.* Vnde præcitati inferunt ſchedulam repertam in ciſtula patris, continentem diuiſionem bonorum inter filios, fidem facere, & ſeruandam eſſe, ſi manu patris ſcripta, vel ſaltem ab eo ſubſcripta ſit: Bart. *in d. l. ſi is qui, num. 4. ff. de teſtam.*

Ampliatur quartò, vt procedat, quamuis filio 35
nihil relinquatur titulo inſtitutionis; quoniam eſt defectus ſolemnitatis introductæ à iure ciuili, qui inter liberos non debet attendi: ita Iaſon *in d. authen. nouiſſima, num 16. C. de inoffic. teſtam.* vbi multis rationibus confirmat.

Sed melius dicendum eſt, quia titulus inſtitutionis in fauorem filiorum conſiderari debet, & ideò

ideò eo omisso corruit dispositio, *d. §. ex imperfecto*. Clar. *d. q.* 8. *num.* 6. vbi in testamento inter liberos tradit omnino aliquid esse relinquendum filius, titulo institutionis; nam filius necessariò institui, vel exhæredari debet: text. *in §. 1. Instit. de exhæred. liber.* & *in l.* 1. *de heredib. instit.* Quare non sufficit ad validitatem testamenti, & substitutionis tacita institutio, quæ in extraneis admittitur: nominatim namque filij institui debent, secundùm communem, quam sequitur Andreas Gail *lib.* 2. *obseruation.* 112. *num.* 11. *&* 12.

36 Ampliatur quintò testamentum imperfectum factum à patre inter liberos, præsentibus duobus testibus sortiri effectum testamenti, non autem codicillorum: Glos. *in l. filij, in verbo, ab intestato, C. famil. erciscund.* & *ibi* Salic. *num.* 3. Clar. *in d. §. testamentum, quæst.* 13. vbi vult ex testamento imperfecto inter liberos, succedi tanquam ex testamento, non autem tanquam ab intestato: Bertrand. *cons.* 141. *num.* 5. *lib.* 3. Ideò dicitur testamentum, ex quo lex illud probat pro testamento, suppletque defectus solemnitatum, & vult ex eo succedi. Quæ ampliatio magnum habet effectum in Statutis, quæ fœminas excludunt ab intestato: vt ait Iason, *in d. §. ex imperfecto, num.* 14. nam si valet vt testamentum, valebit sine dubio substitutio pupillaris, nec non exhæredatio, & datio tutoris, quæ omnia nequeunt fieri in codicillis; ac proinde non possunt sustineri, vbi non valeret nisi ab intestato, & sic in vim codicilli: Atque ita vt hæc valeant, habet effectum testamenti, & non codicillorum: ita communiter Doctores. Corneus *in d. §. ex imperfecto, num.* 12. *in fine*, & Natt. *num.* 221.

37 Ampliatur sextò, hoc testamentum factum cum solemnitate *d. Authent. quod sine*, non tolli scilicet ipso iure, vel etiam ope exceptionis, per inductionem, & lituram testamenti, sed requiri expressam reuocationem in secundo testamento solemni, cum clausula derogatoria: per text. *in Authen. hoc inter. C. de testam.* ibi: *& aliam disponat voluntatem*: Iason *ibi, num.* 1. & Alex. *in l. nostram, num.* 2. *C. d. tit.*

38 Limitatur primò, si Schedula non compleuisset voluntatem patris morte præuenti, & testamentum pro perfecto & absoluto non haberent; censetur tunc defectus voluntatis: & ideò non valebit ratione voluntatis imperfectum testamentum: per *l. si is qui, ff. de testam.* Bart. *ibi, num.* 5. Alexand. *cons.* 79. *num.* 1. *vol.* 3. dicens testamentum inter liberos imperfectum ratione voluntatis non subsistere: Glos. ita sentit, *in d. l. si is qui, in glos. vnica, ff. de testam.* quam omnes sequuntur. Vnde si pater testetur inter liberos, & facta institutione, priusquam legata faceret, quæ restabant facienda, & morte præuentus illa non peregit, nec ad finem perduxit, non valet testamentum, etiam quoad iam perfectè disposita: Iul. Clar. §. *testamentum, quæst.* 7. *num.* 4. *& quæst.* 9. *num.* 2. post alios: Salic. *in d. §. ex imperfecto,*
39 *num.* 7. *C. de testam.* Vbi docet, si scriptura manu patris scripta inter liberos inueniatur in arca, vel cistula post mortem patris; nec appareat quod fuerit lecta & publicata; non sustineri, non solùm quòd non inueniatur debita solemnitas, sed etiam quia principaliter cernitur ibi defectus voluntatis.

Hoc tamen non placet Iasoni, *in d. Authen. quod sine, C. de testam.* eo quòd non est necesse quòd legatur, & publicetur; sed satis est quòd Schedula sit manu patris scripta, vel subscripta: quinimò si de mandato patris ab aliquo sit scripta, valebit scriptura inter liberos, tanquam testamentum noncupatiuum, non autem vt testamentum in scriptis: per text. *in d. §. ex imperfecto*: Iason *in d. Authen. quod sine, num.* 1. *in fine.*

Limitatur secundò, quando Schedula fuit reperta in domo ipsius parentis, sed non recondita in aliqua eius arca; & dubitatur an fuerit scripta manu patris, vel matris; nec adsint testes aliqui subscripti; & contentio non est inter ipsos solos filios, sed inter aliquem ex filiis, & tertium; tunc enim Schedula pro testamento ipsius matris, vel patris non est recipienda: & ob id in publicam formam redigi non potest, nec debet, ad fauorem filiorum in præiudicium tertij. Ratio, quia cessat causa propter quam simplex parentis schedula testamenti inter liberos vim habet, cùm controuersia non sit inter filios tantùm, sed inter filios, & extraneum; qui negare potest verè schedulam esse manu parentis scriptam, nec esse solemnem, quoad sui præiudicium. Vnde sicut quando pater simili in schedula vnà cum filiis suis hæredem facit extraneum, vel ei aliquid legat, schedula nihil prodest illi extraneo, ex quo caret duobus saltem testibus, qui adhibendi erant; vt volunt Bald. *in d. Authen. quod sine, num.* 1. & *ibid.* Corneus *col.* 2. *vers. nota, quòd in testamento*: & Iason *col.* 1. *vers. verum est, C. de testam.* à fortiori non obstabit dicta schedula, nec obtinebit vim testamenti ad tertij præiudicium.

Limitatur tertiò in filio naturali, vel spurio, eò quia beneficium legis *hac consultissima, §. ex imperfecto*, secundum communem opinionem, non habet locum in filio naturali, vel spurio: Alexand. *in d. § ex imperfecto*, & *ibi* Iason *num.* 4. Decius *cons.* 110. *num.* 2. *in fine*, & *num.* 3. & alij quos refert, & sequitur Clar. §. *Testamentum, num.* 1. ex ea ratione: quia quoties lex facit mentionem filiorum, intelligitur de naturali, & legitimo: text. *in l. filium eum definimus, ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris*: Bald. *in l. final. num.* 2. *C. famil. erciscund.* 40

Aliud autem est dicendum de matre, respectu cuius, filij naturales censentur legitimi; & ideò dicendum est in matre testante inter liberos naturales, vel spurios, procedere dispositionem prædicti §. *ex imperfecto*. Natt. *ibi, num.* 74. *&* 78. dicens esse communem, nisi mater sit illustris; tunc enim filij spurij, aut naturales non reputantur legitimi; Iul. Clar. *supra, num.* 2. addens ex Benedicto, *in* 1. 41
p. cap. Raynut. in verbo, Testamentum. 1. *fol.* 42
156. *num.* 84. quòd quando mater non est illustris, & filij non sunt nati ex damnato coitu, sine dubio locum habere dispositionem *d. §. ex imperfecto.*

Dubium est de legitimatis, an gaudeant priuilegio *d. §. ex imperfecto*? Negat Decius *cons.* 610. Sed melius sentit Bald. *in cap. de causis, n.* 34. *de offic. Delegat.* Iason *in d. §. ex imperfecto, num.* 2. Ratio, quoniam legitimatus dicitur verè legitimus, & habet iura suitatis, & successionis; vt communiter Scribentes, *in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucapion.* & *in l. qui se patris, C. vnde liberi.* Clar. §. *Testamentum, q.* 12. *n.* 3. & multò fortius procedit in legitimatis per subsequens matrimonium; quia matrimonium maculam omnem præcedentem abolet: text. *in cap. tanta; Qui filij sint legitimi*, & *ibi* Panor. *num.* 4. *&* 7. sunt enim verè legitimi, non Principis priuilegio, sed authoritate 43

inris; itàvt filij, etiam inuiti, subsequuto matrimonio, legitimi fiant: Couarr. *de sponsal. p. 2. cap. 8. §. 2. n. 13.* Barbos. post alios, *in d. c. tanta, num. 14.* Andr. Gail. *lib. 2. obseruat. 141. n. 2.*

44 Quæstionis est, quibus probari possit testamentum inter liberos? In primis, solis indiciis etiam probari potest: vt tradunt Corn *cons. 118. n. 6. lib. 3.* Iason. *cons. 68. ad finem, lib. 1.* Boer. *quæst. 240. num. 4. in fine,* & Soc. iunior, *in cons. 129. num. 11, lib. 1. & in cons. 144. n. 35. lib. 2.* Menoch. *cons. 224. num. 65.*

Secundò testamentum à patre manu sua scriptum, inter liberos facit fidem, si reconditum sit in arca patris, vel in aliquo loco tuto domus: Salic. *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, col. 3. vers. sed dubitauit. C. de testam.* idem Menoch. *d. cons. 224. num. 67.*

Tertiò vt valeat testamentum inter liberos, non exigitur, quòd scribatur in Schedula conscripta à patre, locus, vbi fuit scripta, vt tradit Natta *in Authent. quod sine, num. 16. C. de testam.* quia hoc lex non requirit; nec in scriptura priuata necesse est scribere locum: Menoch. *d. cons. 224. num. 68.*

Quartò, duo testes sufficiunt ad probationem directam, & indirectam: Alexand. *cons. 33. num. 6. lib. 5.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 11. num. 2.* quibus relictum filio simpliciter probatur titulo institutionis. Bald. *in l. 2. n. 2. C. de bonor. poss. secundum tab.*

45 Quintò testamentum inter liberos, licèt quibuscumque indiciis probari possit, nutu tamen fieri non potest: Bald. *in l. & in epistol. num. 2. ff. de fideicommiss.* per text. *in Authent. de testam. imperfecto, in verbo, non signis, & in Authent. quod sine, C. de testam.* & plerique sequuntur.

46 Limitatur, vt procedat in eo patente, qui potest loqui; & ita aliter, quàm per nutum, suam voluntatem manifestare potest. Si autem nequeat loqui, Alexand. *in l. discretis, num. 7. C. qui testam. fac. poss.* verius putat posse inter liberos nutu testari: vti etiam miles, qui loqui non potest, testari nutu valet iure militari: *§. quinimo, Instit. de milit. testam.* & ita limitat etiam Gloss. *in l. in fraudem, §. 1. ff. de militari testamento,* & multò fortius admitti potest, quando ex accidenti loqui non potest; veluti si lingua sit morbo præpedita: Mantic. *supra, lib. 4. tit. 4. n. 9.*

§. III.

Ex quibus causis, & clausulis testamentum inter liberos sustineatur, aut eneruetur.

EPITOME.

47 *Testamentum inter liberos, in quo pater vocat filios non titulo institutionis heredum est nullum: & quomodo hoc intelligatur.*

48 *Testamentum, in quo filius aliquis est præteritus, est nullum: & quando censeatur præteritus.*

49 *Et an ad omnes filios etiam emancipatos extendatur.*

50 *Pater, quando præterit filium, debet causam præteritionis legitimam scribere.*

51 *Vtrum pater, & mater possint filios exheredare, & præterire propter ingratitudinem; & quæ requirantur.*

52 *Et quid, si filius approbet testamentum, in quo est præteritus.*

53 *Testamentum an valeat, in quo filij de eorum voluntate fuere præteriti, aut exheredati.*

54 *Consensus filij, & renunciatio institutionis an valeat, & quando pactum est de non succedendo?*

55 *Filius non obstante pacto de non querelando contra testamentum paternum, potest dicere de nullitate.*

56 *Filio vniuersaliter instituto, an possit imponi grauamen, vt restituat hereditatem alteri, si decedat sine liberis.*

57 *Socius si filium instituat eo modo vt dicatur honoratus vltra legitimam.*

58 *Querela contra testamentum, infra quod tempus intentari possit, & an transeat ad heredes.*

59 *Pater an testetur legitimè, si prætereat posthumum.*

60 *Testamentum descendentium inter ascendentes, an habeat idem priuilegium.*

61 *In regno Castellæ eadem solemnitas, quæ requiritur inter extraneos, requiritur etiam inter liberos in testamento in scriptis, & nuncupatiuo.*

47 Testamentum inter liberos, in quo pater vocat filios non titulo institutionis hæredum, esse nullum ipso iure, tradit Gloss. *in Authen. consultissima, C. de inoffic. testam.* & ibi etiam Salicet. & *in l. fin. C. famil. erciscund.* Guilielm. *in cap. Raynutius. verb. in eodem testamento reliquit, 1. n. 132. de testam.* vbi hanc opinionem ex schola Legistarum, vocat communem, Couarr. *in d. cap. Raynutius, §. 1. num. 3.* Sequitur Gomes. *l. 3. Tauri, num. 57.* dicens, requiri in tali testamento, quòd omnes filij sint instituti; aliàs, si aliquis eorum præteriatur, testamentum est nullum: Valasc. *tom. 1. consult. 23. num. 2.*

Vnde colliges, dispositionem prædicti *§. ex imperfecto,* solùm habere locum, quando testamentum deficit ratione solemnitatis omissæ: longè aliter si deficiat ratione prætcritionis alicuius filij, tunc non valet: vt in specie ait Gloss. ordinaria *in l. si filius qui in potestate, ff. de liber. & posthum. in gloss. fin. & ibi* Bart. *col. 1. & oppo. 2.* Cuius ratio illa est; quia tunc videtur deficere, & peccare in defectu iuris naturalis, vel gentium, quo filij debent succedere parentibus.

Hoc autem procedit ex sententia etiam Surdi: *decis. 393. num. 9.* dicentis, quòd præteritus censetur filius, cui aliquid relinquitur iure legati, non tamen iure institutionis: pro quo facit verbum, *Relinquo,* adiectum rei particulari; quod non facit institutionem, sed potiùs legatum relictum venientibus ab intestato: *l. Lucius, §. filia, ff. de legat. 2.* Spino, *de testam. Gloss. 9. num. 22. col. 4.* Barbos. *in remiss. ad Ordinat. Reg. lib. 4. tit. 82. num. 8.* contra Negretium Lusit. *in introduct. ad vltim. volunt. lib. 2. cap. 5. à num. 15.* vbi concludit titulum institutionis non requiri pro forma; sed pro solemnitate; quidquid tamen sit de hoc; certi iuris est, testamentum esse nullum ipso iure, si parens neget filius suis honorem institutionis in testamento: vt latè probat Valasc. *tom. 1. consult. 65. num. 2. & 3.* 48

Vt autem pater ritè prætereat filium in suo testamento, & illum non instituat, necesse est, vt assignetur causa præteritionis, & exhæredationis; alias filio competit ius dicendi de nullitate: text. expressus *in l. inter cætera, ff. de liber. & posthum.* cuius verba sunt: *Inter cætera quæ ad ordinanda testamenta necessariò desiderantur, principale ius est de liberis hæredibus instituendis, vel exhæredandis.* text. *in l. Gallus, per totam legem, eodem titulo.* text. *in l. si quis eum, §. fin. ff. de vulgar. & pupill.* Idem habetur *in l. 10. tit. 7. part. 6. & l. 1. tit. 8. part. etiam 6.* Fundamentum est quia ratione suitatis, dominium bonorum patris saltem impropriè est penes filium, patre adhuc superstite, eoque mortuo ex legis dispositione immediatè perpetuatur in filium; vt habetur *in l. in suis. ff. de liber. & posthum.* Quocirca pater non potest hæredem alium instituere, nisi priùs destituat filium illo dominio per exhæredationem; alioqui testaretur de rebus alienis, quod fieri non posse deciditur *in l. fin. C. de hæred. instituen.* & *in Authent. ingressi, C. de sacros. Eccles.*

49 Hæc tamen doctrina procedit etiam de iure Lusitano, *supra lib. 4. tit. 82. §. 1. ibi: Pay, ou may em seu testamento*: Barbos. ibi, *n.* 2. Cenall. *commun. contra commun. quæst.* 183. vbi id extendit *num.* 3. ad filios emancipatos, & posthumos præteritos; eo quia omni iure naturali, diuino, & humano est hæreditas parentum ab intestato debita filio; & facto testamento pro forma, filius debet institui, vel exhæredari data causa; aliàs testamentum est nullum ipso iure: quæ ratio est adeò generalis, vt comprehendat secundùm ius antiquum, & nouum, filios, & filias: item filios in potestate, & filios emancipatos. Quinimò, secundùm ius nostrum, filios naturales hominum peditum, si à patre prætereantur, vel iniustè exhæredentur: hi namque impugnare possunt testamenta patrum, saltem vt duas partes bonorum, ab hæredibus institutis, filij præteriti auferant: ita Thom. Valasc. *tom. 1. Allegat. 6. n. 26. cum seqq.*

50 Cæterùm adeò requiritur institutio filiorum, vt non valeat testamentum, si prætereantur cum insertione legitimæ causæ per quam possint exhæredari: quia pro forma, vel saltem pro solemnitate testamenti requiritur institutio, nec sufficit exhæredatio, nisi legitimè probatur causa illius; & in specie tenet Gloss. singularis, *in Authent. de hæred. & falcid. §. exhæredates, collat. 1. in verbo voluit.* Ioan. de Imol. *in l. filio præterito, ff. de iniust. rupt. col. 6.* Bart. *in l. 2. in fine, ff. si a paren. quis fuerit manum.* Gom. *tom. 1. variar. c. 11. n. 3.* post alios *ibi* relatos, quibus adhæret.

Opus tamen est hæredem institutum probare causam ingratitudinis, de qua fit mentio in præteritione filij; eaque probata, testamentum sustinebitur, filiùsque excludetur tamquam ingratus, à iure dicendi nullum; sicut exhæredatus excluderetur à querela inofficiosi testamenti: ita Paulus de Castro *in Authent. non licet. C. de liber. præterit. in fine:* Alex. *ibid. col. 4. n. 9.* Bartol. *in Authen. ex causa, eodem titulo. col. 7. n. 12.*

51 Illud etiam aduerte, causas ingratitudinis debuisse esse insertas in testamento, nec sufficit eas inseri ab hæredibus institutis: requiri tamen quòd probentur insertæ à parentibus per hæredem, quia iura loquuntur in patre, & matre, & in quolibet alio ascendente, necnon duo cumulatiuè sunt necessaria, tam in præteritione, quàm in exhæredatione: alterum quòd causa legitima inscribatur: alterum quòd per hæredem probetur: quibus sequutis, & impletis non obstante præteritione, vel exhæredatione testamentum subsistit, nec aliquo iuris remedio potest irritari, sed debet adimpleri. Contra verò, si filius est exhæredatus, & sine causa; testamentum erit nullum: si autem cum causa, & non probetur, habebit querelam: si verò probetur, à querela deijcietur, & omni alio remedio priuabitur: ita plenè Curt. iunior *in Authent. ex causa, C. de liber. præterit. col. 11. n. 39.*

Sed quid dicendum, quando filius approbauerit testamentum patris, in quo fuit præteritus, vt valeat? Gom. *supra, num. 6.* tradit de iure Ciuili fieri non posse a filio, sed de iure Prætorio, & eius æquitate posse. Hæc autem approbatio fieri potest expressè, & formaliter, quando scilicet expressè approbat testamentum, & promittit nullo iuris remedio venire contra illud: tacitè tamen censetur approbare, quando à paterna hæreditate se abstinet: text. *in d. l. filio præterito, vers. 1.* & *ibi* Scribentes, *ff. de iniust. rupt.* & videtur renunciare hæreditati, & successioni patris ab intestato, & ex consequenti videtur approbare testamentum, in quo fuit præteritus, & consentire præteritioni, vel exhæredationi de se factæ; nisi filius dicat: Approbo testamentum sine præiudicio illorum, qui alias possunt venire ab intestato, vel forte veniunt in minori portione, quàm ab intestato essent habituri. In quo euentu adhuc potest dicere, testamentum esse nullum pro iure suo; vt habetur *in l. post mortem, §. fin. ff. de bonor. possess. con. tab.* & *ibi* Gloss. ordin. Bart. & communiter Scribentes. Paulus de Castro *in d. l. filio præterito, col. 3.* & *ibi* Imol. *col. 29. n. 5.* 52

Item quia, quando filius est præteritus, testamentum est nullum ex defectu institutionis, & quilibet habet quæsitum ius nullitatis, & potest agere: quando autem filius est exhæredatus, testamentum non omnino corruit, quia seruatur forma, & solennitas necessaria, & filio tantùm exhæredato facta fuit iniuria. Vnde ipse solus potest agere, & querelare, vt probat text. *in l. Papinianus, ff. de inoffic. testam.* quam rationem docet Curt. *in l. posthumo nato, C. de bonor. possess. con. tab. col. 6. num. 26.*

Huic accedit quæstio, an valeat testamentum in quo filius de voluntate ipsius est præteritus, vel exhæredatus? Videtur negandum esse validum, quia non debet priuari legitima: & pactum per quod renunciatur futura successio, non subsistit: *l. quis superstites, ff. de acquirenda hæreditate*; nisi in tali pacto ponatur iuramentum; vt *in cap. quamuis pactum, de pact. in 6.* Sed iste consensus filij, vel filiæ in sua præteritione, vel exhæredatione, nihil aliud est, nisi pactum de non succedendo patri, vel matri: ergo est omnino nullum. 53

Nihilominùs dicendum est, valere huiusmodi consensum filij, vel filiæ, & ex consequenti testamentum subsistere, nec posse agi contra illud aliquo iuris remedio, nec opus esse quòd ista causa inscribatur in testamento. Iuuat text. *in l. non putauit, §. si quis sua manu, ff. de bonor. possess. con. tab.* vbi dicitur, si filius scribat se exhæredem, in testamento patris, dictante patre, manere exhæredatum, & ita testamentum valere, vt nequeat reuocari: vt notat *ibi* Gloss. ordin. & Bartol. Item quia, quando filio in testamento minor portio, quàm legitima scribitur, si post mortem patris testamentum illius approbet, non potest postea agere contra, vt disponitur *in l. filio præterito, ff. de iniust. rupt.* Igitur consensus iste præstitus in vita valet, & tenet, & per consequens testamentum valet, & tenet: prout vult Gloss. *in l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam.*

Nec obstat, quòd ista causa non sit inserta, *in d. §. causas*, quia text. *ibi* intelligitur, quando filius est præteritus, vel exhæredatus iniustus. Nec refert

pactum

pactum de non succedendo, quia hoc procedit in pacto vero, & expresso de non succedendo, & nostra sententia procedit in renunciatione tacita, quæ fit per voluntatem adhibitam in præteritione, in qua magis attenditur illud, quod est principaliter, quàm illud, quod venit per quandam consequentiam.

54 Accedit quod consensus filij, vel filiæ, & renunciatio institutionis adhibetur in tempore, quo scribitur testamentum. Vnde meritò valet, & tenet: nam eo tempore debetur ius illud, & titulus institutionis filius, & renunciatio dicitur facta de iure competenti de præsenti, non verò de futuro: pactum autem de non succedendo, idcircò non valet, quia est renunciatio quædam hæreditatis de futuro deferendæ post obitum patris; atque ita, si filius renunciet titulo institutionis, non illo tempore, neque actu, & instanti, in quo scribebatur testamentum, sed ex interuallo; talis consensus, & renunciatio non nocebit filio, seu filiæ, secundùm realem sensum, & intellectum verum text. *in l. non putauit, § si quis sua manu, ff. de bon. possess. contr. tab.* vbi id expressè probatur: probat etiam text. *in l. Paulus, & l. 2. §. parronis plus, ff. de bonis libertor.* dicens, si filius patroni per literas, & ita ex interuallo, & non eodem tempore testandi consentiat, & renunciet titulo institutionis, & faciat facultatem liberto, vt liberè possit testari, talem consensum, & renunciationem non subsistere, sed de necessitate

55 debere institui, aliàs testamentum esse nullum: per text. *in d. l. si quando, §. illud dicentem*: si filius in vita recipiat partem suæ legitimæ, & paciscatur de non mouenda querela, contra testamentum paternum, pactum non valere, sed illo nihil referente, posse filium, vel filiam dicere de nullitate, & rumpere testamentum, & consequi successionem, vt in terminis tradit Bald. *in l. si pater. C. de instit. & substit. col. 4. oppo. 10* & *in l. filio præterito. ff. de iniust. rupto. col. penult.* & Angel. *de Perus. in l. fin. C. de bonis quæ liber. col. 2. ad medium*, & Franc. Curtius iunior *in l. posthumo nato, C. de bonor. possess. con. tab.*

56 Consequens est dicere, an filio vniuersaliter instituto, possit grauamen poni, vt si decedat absque liberis, restituat hæreditatem alteri? Pars negans ex eo probatur, quia filius non potest priuari sua legitima, quà priuatus videtur, si obligetur restituere aliis, quàm successoribus suis. Ratio, quia per hoc non tenetur restituere legitimam portionem, nec grauamen in ea positum adimplere: text. *in l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam.* & ibi Castrensis: sequitur Roder. Suar. *in d. l. quoniam in prioribus, fol. 21. ampliat. 9.* Quod extenditur etiam, quando filius in legitima grauatus perpetuò tacuerit, & non contradixerit, quia ipso iure, grauamen hoc excluditur, per supradicta iura.

57 Secùs si parens instituat filium in vniuersa substantia sua, illúmque grauet pro tempore vitæ suæ, vt tradat vxori vsumfructum omnium bonorum, quia filius iste honoratur in proprietate omnium bonorum, quorum aliqua poterant relinqui aliis, quàm illi: vnde iure potest grauari virtute regulæ *l. ab eo, C. de fideicommiss.* Item quia proprietas est perpetua, & ex consequenti transit ad hæredes filij: vsus autem fructus est vitalitius, & consolidatur per mortem fructuarij cum proprietate: vt patet *ex §. finitur, Instit. de vsufruct.* & *ex l. 3. §. morte, ff. quibus modis vsusfructus amittatur.*

Accedit compensatio, quæ fit pro vsufructu, ex commodo proprietatis cæterorum bonorum filio relicti argumento text. *in l. cum oportet, §. Cum autem, C. de bon. quæ liberis*, & *in §. hoc quoque, Instit. per quas personas*: semper enim commodum proprietatis perpetuæ, præseruit venturum ad hæredes vsusfructus transeunti ad vxorem: vt expressè tradit Angel. *in Authen. de Trien. & semiss. §. prohibemus, collat. 3.*

His tamen non obstantibus, quamuis hæc pars sit probabilis, contraria mihi est probabilior: arbitrórque illud onus non tenere, sed ipso iure tolli de legitima, & legatum vsusfructus solum subsistere, & habere radicem, & effectum in bonis vltra legitimam debitam filio de iure: atque ita in Lusitania tantùm valebit in tertia hodie, & in Castella in quinto, sine aliqua compensatione proprietatis: per text. *in d. l. quoniam in prioribus*, & *in d. l. scimus, §. cùm autem, C. de inoffic. testam.* Segura *in repetitione l. vnum ex familia, fol. 21. col. 2. ff. de legat. 2.* Cifuentes *in l. 10. Tauri*, & alij, quos referens sequitur Morquech. *de diuis. bon. lib. 4. c. 11. n. 44. & 45.* & *n. 85.* post alios, quibus accedit.

His adde non posse onus, grauamen, vel conditionem, etiamsi respiciat fauorem filij, apponi in legitima; cùm sit debita ipso iure, ex legis dispositione, filio: & ideò non patitur onus nec grauamen: ita Bart. *in Authen. excipitur. C. de bon. quæ liber. col. 1.* & *in tract. de duobus fratribus. col. 4. quæst. 7.* Bald. *in l. si pater. C. de instit. & substitut. col. 1. oppo. 5.* Roder. Suar. *in d. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam. fol. 49. col. 2. vers. hoc præsupposito, exitat difficultas singularis*: & Gomez. *tom. 1. c. 11. n. 26. & 27. de success. con. testam.*

Ambigi potest infra quod tempus intentari possit querela inofficiosi testamenti, & an possit transire ad hæredes? Ad primum dico infra quinquennium intentari debere, & non vlterius, *per l. si quis filium, in fine, C. de inoffic. testam.* text. *in l. contra maiores, eodem titulo.* 58

Ad secundum dico benè transire querelam ad liberos, & descendentes iure sanguinis, quamuis non fuerit intentata in vita per filium: ad extraneos autem non transire, nisi viuente filio saltem fuerit præparata: text. *in l. scimus, §. fin. C. de inoffic. testam.* Idem habetur *in l. posthumus §. vltimo*, & *in l. sequenti.* vbi exprimitur quomodo debeat fieri præparatio. Ratio, quia quamuis filius exhæredatus amittat suitatem per exhæredationem paternam, non tamen spoliatur iure sanguinis, & filiationis. Quare sicut filius non suus de iure sanguinis ad filios mittit hæreditatem, ita filius exhæredatus querelam transfundit, quæ competit ad hæreditatem consequendam. Sed de hoc *disp. 8. §. 2. à n. 97.*

Quid ergo, si pater non habeat filios nisi posthumum tantum? Respondetur imprimis, posthumum non posse in legitima grauari: nam in omnibus, quæ ad eius commodum pertinent, pro nato habetur: *l. qui in vtero, ff. de statu hominum, § posthumi, Institut. de legat. l. 20. tit. 1. part. 6.* Item pater tenetur suum posthumum hæredem instituere, sine diminutione legitimæ, vt totus titulus, *C. de posthum. hæred. instit. l. cum quæritur. C. de inoffic. testam.* & *§. igitur quartam. Institut. eodem titulo l. penult. C. de collationib.* Aliàs nato posthumo legitima suppletur eo ipso, vt *in l. quoniam in priorib. C. de inoffic. testam. l. cùm scimus, §. repletionem, eodém titulo, l. 5. tit. 8. part. 6.* 59

Quòd si posthumus prætereatur, & non nascatur, non rumpitur testamentum, quia antea non est suus hæres, cùm nec homo sit: *l. fin. ff. de assignat. libert. l. fin. ff. de collat. bonor.* Idem si nascatur in sexto, vel octauo mense, non rumpitur testamentum; quia viuere non potest: Clar. *verbo, Testamentum, quæst. 45. n. 3.*

An verò sicut testamentum ascendentium inter descendentes, valet cum duobus testibus, absque 60

alia

alia solennitate; sic etiam testamentum descendentium inter ascendentes, eodem modò valeat? Affirmat Gom. *in l. 3. Tauri, n. 54.* sed meliùs negat Acosta *in cap. si pater, p. 3. verbo, primarenon possit, n. 11.* Cùm non repetiatur iure cautum, ex Alex. *in d. §. ex imperfecto, num. 7.* sequitur Clar. §. *Testamentum, quæst. 12. num. 6.* post alios Ægid. Lusit. *in l. 1. de sacros. Eccles. 2. p. §. 3. num. 17.* & P. Molin. *de testam. disp. 128.* vbi *vers. hæc omnia*, concludit omnia quæ dicuntur de testamento inter liberos, habere locum in Lusitaniæ regno, & standum esse dispositioni iuris communis; cùm leges Lusitaniæ ea de re nihil contra statuant.

61 Contra verò in regno Castellæ, post *l. 3. Tauri*, quæ est *2. lib. 5. nouæ collectionis, tit. 4.* Eadem solemnitas requiritur in testamento nuncupatiuo inter liberos, quæ requiritur inter extraneos: quimmò in eodem regno in testamento inter liberos, in scriptis, debet interuenire eadem solemnitas, quæ requiritur inter extraneos: Anton. Gomes. *in d. l. 3. n. 60. §. sed his non obstantibus.*

§. IV.

De reliquis Testamentis priuilegiatis.

EPITOME.

62 *Testamentum ad pias causas valet cum duobus testibus, etiam fœminis, licèt non sint rogati.*

63 *Contra non desunt qui teneant debere esse mares, & rogatos.*

64 *Testamentum ad pias causas in alienum arbitrium conferri potest, nec ratione incertitudinis vitiatur.*

65 *Casus dubius in foro ciuili iure Pontificio deciditur.*

66 *Schedula manu defuncti scripta, vel subscripta ad pias causas valet, & n. 67.*

68 *Subscriptio testatoris debet facere mentionem, quòd testamentum est suum.*

69 *Testes in testamento ad pias causas non adhibentur pro substantia ipsius testamenti, sed ad probationem.*

70 *Testamentum quando dicatur pium, & n. 71.*

72 *Pia causa instituta, & herede instituto etiam non pio, testamentum ex defectu testium non valet, quoad extraneum: secus quoad legata etiam profana.*

73 *Testamentum est pium si testator instituat animam suam haredem: secus si instituat personam Ecclesiasticam.*

74 *Instituta Ecclesia heres in testamento minus solemni capit hareditatem, & particularia relicta iure proprio.*

75 *Ecclesia an heredes ab intestato ex defectu solemnitatis in testamento pro debeant accipere in eo relicta in aliquo casu?*

76 *Testamentum ad pia imperfectum imperfectione voluntatis non valet omnino, quamuis alij contradicant; sicut testamentum inter liberos.*

77 *Testator causa pia, si post institutionem deuertat ad alia non pia, & testamento nondum completo moriatur, nulliter testatus est.*

78 *In dubio pronunciandum est pro testamento vt valeat.*

79 *Testamentum scriptum notis insuetis est inualidum, etiam inter liberos; secus ad pias causas.*

80 *Testamentum nutu conditum valet ad pias causas.*

81 *Dubitatur primò, si testator decesserit excommunicatus.*

82 *Dubitatur 2. si testator, qui disposuit ad pias causas, actualiter in peccato mortali existat: Nisi nono charitatis actu ratificetur. ibid.*

83 *Bona opera, & legata pia facta extra charitatem, quos effectus operentur.*

84 *Dubitatur 3. de Cæco, vtrum testari possit nutu ad pias causas.*

Sequitur dicendum de aliis testamentis priuilegiatis, inter quæ se offert primo loco, testamentū ad pias causas, quod valet cum duobus testibus, siue maribus, siue fœminis, quamuis non sint rogati, vt patet *ex cap. relatum, vide testam.* Cuius sunt verba hæc: *Relatum est, quod cùm ad vestrum examen super relictis Ecclesiæ causa deducitur, vos nisi septem vel quinque idonei testes interuenerint, inde postponitis iudicare, &c. Mandamus quatenus cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundùm leges, sed secundum decretorum instituta, tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis: quoniam scriptum est: In ore duorum, vel trium testium stat omne verbum.* Hæc Alexand. III. 62

Ex quo constat testamentum ad pias causas factum non seruata solemnitate ciuili, valere cum duobus testibus, neque alia solennitas in eo exigitur, nisi sufficiens in solo iure naturali, ac gentium; idque siue reliqua, quæ in eodem testamento, ac vltima voluntate ad causas non pias relicta sunt, valida sint, siue non: ita Menchac. *de success. §. 21. n. 3. & §. 22. n. 38.* P. Molin. *de testam. disp. 134. n. 4.* P. Lessius *de iust. lib. 2. cap. 19. dub. 2.* Gama Lusit. *decis. 46. n. 3. & decis. 81. n. 4.* Negrerius *in introduct. vltim. volunt. lib. 3. cap. 14. n. 23.* Aloysius Riccius *in collect. decis. p. 1. collect. 229. versiculo secundo.* Valasc. *consultat. 74. n. 3.* Ægid. *l. 1. C. de sacros. Eccles. 3. p. in principio, num. 2.* Quod ius hodie seruatur, tam in foro seculari, quàm in Ecclesiastico: Couarr. post Abbatem *in d. cap. relatum, n. 1.* Iul. Clar. *in §. Testamentum, quæst. 6. n. 2.*

Quæ resolutio tamquam communis probatur Tiraquel. *in tract. de priuileg. piæ causæ,* & Valasc. *consult. 67. n. 2. tom. 1.* Sequitur Spino *in speculo testament. Gloss. 31. principal. n. 40.* neque interest testes esse rogatos: Tiraquel. *vbi proximè priuileg. 3. in principio,* idem Couarr. *in d. cap. relatum, num. 4.* Acosta *in cap. si pater, 1. p. verbo, in suo testamento, n. 9. de testamentis, lib. 6.* Spino *supra, n. 45. cum sequent.* vt vult Michael Grassus *in lib. recept. sentent. §. Testamentum, quæst. 18. n. 5.* addens esse communem Legistarum & Canonistarum ex Romano *in Authen. similiter, C. ad legem falcid.* Idem testatur Andr. de Bessetis *in l. 1. C. de sacros. Eccles. num. 211. in speciali nono circa vltimas voluntates:* quamuis *ibidem* contrariam sententiam magis videatur probare.

Nihilominùs Ecclesiæ institutioni non nocebunt, quæ lex ciuilis vltra ius naturale adinuenit, sufficit enim iuris naturalis, seu gentium simplex modus probandi: vt vltra præcitatos docet Abbas *cons. 32. Circa duo dubia n. 1. & 2. p. 2.* P. Molin. *de iust. tom. 1. disp. 134 col. 524. vers. in dispositionib.*

Non desunt tamen qui putent duos illos testes, & mares, & rogatos interesse oportere, vt ita magis iura iuribus concordentur, quàm eorum correctio induceretur, vbi non inueniretur expressa: quorum tamen resolutioni obstant communes in contrarium sententiæ, Iul. Clar. *supra d. quæst. 6. num. 3.* vbi *num. 4.* concludit fœminam in testamento ad pias causas, posse esse testem, secundùm communem; quod placet omninò. 63

64 Ad hæc;teſtamentum ad pias cauſas in alienum arbitrium conferri poteſt, vt per Clar. *in §. Teſtamentum, q. 6. num. 5* poſt plures, quos *ibi* referens ſequitur: quibus accedunt Tiraquel. *de pia cauſa, priuileg.* 34. Anton. Gom. *l.* 31. *Tauri, num.* 4. Valaſc. *conſ.* 68.*n.*4.*&* *conſ.*165. *n.* 5. Suid. *de alimentis,tit.*8.*priuil.*17. *n.*5.vbi addit per text. *in 6. c.cùm tibi,de teſtamentis*;ad pias cauſas teſtamentum ratione incertitudinis non vitiari;nimirū ſi inſtitui ſint pauperes, vel Eccleſia in genere: Tiraquel. *de pia cauſa,priuileg.* 55.*&* 56. Rebuff. *de priuileg. ſcholar.priuileg.* 133. & Menoch. *conſ.* 292. *num.* 19. Peres *de Anniuerſariis,& Capellaniis lib.*1.*cap.* 10. *num.* 97. quos referens ſequitur Auguſtin. Barboſ. *in d. cap.cum tibi, de teſtam.num.* 5.

65 Dicimus in teſtamento ad cauſas pias ſufficere ſaltem duos teſtes *ex d. cap. relatum*, & iuri Canonico ſtandum eſſe, cùm non aliter à iure Cæſareo cauearut, per *capnt* 1. *de noui operis nunciatione*, & *ibi* Innocentius, del érque id ſeruari in foro etiam ciuili,iuxta Bart. *in l.* 1.*C.de ſacroſ.Eccleſ.* Iaſon, *n.* 21.*ibi*,& Valaſc. *conſult.*67.*a n.*2. Imòquando in foro ciuili caſus eſt dubius,iuri Pontificio ſtãdum eſt: vt per Menoch. *de arbitrar.lib.*1.*q.*30.*n.*5.& *q.*74.*n.* 54.*& caſu* 185.*n.*11.*&* 12.*& conſ.*93.*n.*31.*&* 32.

66 Quibus poſitis, quæritur an charta, ſiue ſchedula manu defuncti ſcripta, & ſubſcripta, vbi diſponitur ad pias cauſas, valeat in vtroque foro? Reſponſio eſt affirmatiua, niſi aliunde conſtet de contraria voluntate teſtatoris, vel ſit aliqua ſuſpicio ſiniſtra de huiuſmodi charta, ſeu ſchedula:ita fuiſſe iudicatum à viris grauiſſimis refert Valaſc. *conſult.* 67. *num.* 7. *ad finem*,& aſſeritur à Decio *conſ.* 488. *num.* 15. Iaſon. *conſ.* 61. *num.* 6.*vol.* 1. *& conſ.*115. *lib.* 4. Alex.*conſ.* 4. *lib.*7. & *in l. hac conſultiſſima §. ex imperfecto,num.* 3. *C. de teſtamentis.*

67 Imò ſufficit huiuſmodi chartam eſſe ſubſcriptam à teſtatore, quamuis non ſit ſcripta propria manu illius, vt diſponitur *in Authent. ſi modo, C. famil.erciſcund.*ſubſcribens namque virtualiter ſcribit ſcripturam: *l. pluribus*, Angel. *ibid. ff.de verbor. oblig.* & text. *in principio. Inſtitut. de emptione & venditione*, ſequitur Phœbus Luſit. 1. *p. deciſ.* 56. *num.* 7. *& n* 15. dicens teſtamentum ad pia validum eſſe,ſi factū ſit manu aliena,ſubſcriptum tamen propria,dummodò conſtet teſtatorem vidiſſe contenta in illo, aut illi fuiſſe lectum; aliàs non valere.

68 Item ſubſcriptio non debet eſſe ſimplex, ſed omnino requiritur quòd teſtator debeat facere mentionem illius teſtamenti, quòd eſt ſuum, & quòd illud tanquam tale ſubſcribat; & apponatur dies in quo factum fuit: Valaſc. *d. conſultat.* 67. *num.* 16. licèt non adſint teſtes ſubſcripti: requiritur autem,quòd deponãt aliqui teſtes,ſe noſſe manum teſtatoris,& eſſe illã, facta comparatione literarum.

69 Ex quibus ſequitur, duos teſtes ad tale teſtamentum pium non eſſe neceſſarios ad ſolemnitatem, quaſi ſine illis in ſe non ſit validum; ſed ſolum requiri ad faciendam fidem in foro fori,de quo ſolùm ſermo eſt in *d. c. relatum*, vt in eo pronuncietur validum? Menoch. *conſ.* 224. *num.* 59.

70 Porro teſtamentum dicetur pium, quando pia cauſa inſtituitur hæres, aut ſubſtitutionis via ad cauſam piam deuenit hæreditas: Couarr. *in d. c. relatum*, 1.*n.* 2. addit tunc valere coram duobus teſtibus quoad reliqua legata in eo relicta Laicis,nulla ex cauſa pietatis, alioqui teſtamentum principaliter factum alio reſpectu,quàm pietatis, ſi deſit ſolennitas neceſſaria, non tenebit quoad principale; nec etiam quoad legata pia in eo relicta: Salicet. *in Authẽt.caſſa & irrita,C.de ſacroſ.Eccleſ.q.*9. Quòd ſi aliquis alius inſtituatur hæres, quàm cauſa pia in eo teſtamento,quamuis in illo contineãtur legata pia, non dicetur teſtamentum conditum in cauſam piam: ita Gam. *deciſ.* 46. *n.* 2. Couarr. *ſupra*:ſequitur P. Molin. *diſp* 134.*fol.*726.

Dicitur item propriè cauſa pia, quando teſtator pro anima ſua bona reliquit: ita Petrus Peralta *in l. ſi quis Titio,ff. de legat.*2. & *ibi* Sarmientus, quia in hoc caſu ceſſat fraudis,& falſitatis ſuſpicio, & ideò minor numerus teſtium,quàm leges ciuiles conſtituerunt,ſufficit:Spino *in ſuo ſpeculo gloſſ.* 31.*princip. n.*41.*fol.*616. vbi addit *n.* 42. *verſ. deducitur etiam:* 71
Quòd ſi pariter cum cauſa pia alius hæres extraneus ſit inſtitutus alio reſpectu non pio,& teſtamentum eſſet minùs ſolenne, ex defectu teſtium, qui iure communi conſiderato exiguntur, non valere teſtamentum quoad extraneum inſtitutum ſimul cum 72
ipſa cauſa pia:Couar.*ſupra*: quamuis Alciatus *in l.* 1. *§.liberi,C.de ſacroſ. Eccleſ.* contrarium ſentiat: Secùs quando cauſa pia inſtituitur hæres cum duobus teſtibus,tunc legata ſub eius protectione alienis relicta,vt dictum eſt,valent:argumento *regula, acceſſorium,de regul. iur.lib.* 6. Coſta *in d.c.ſi pater*, 1. *p. n.* 52 *de teſtamentis lib.* 6. Clar. *in d. q.* 6.*in fin.* Neque ab eorum ſententia recedendum eſt quamuis Iaſon *in l. hac conſultiſſima §. ex imperfecto C. de teſtam.* ab illis recedat: Sed ratio pro validitate vrget, quia quando ſolennitas in fauorem, & vtilitatem hæredis,ſufficit vt validum ſit teſtamentum; ſufficiet etiam vt valida ſint legata relicta in illo:Molin. *ſupra diſp.* 134. *verſ. quando*, vbi excipit cum aliis communiter illum, qui non habet facultatem teſtandi ad alia: tunc enim ſi ad pias cauſas teſtetur, legataque profana miſceat,talia ſunt inualida omninò,cùm excedant facultatem teſtandi ad pia. Idcirco hæc legata ad hæredes ab inteſtato venient, neque accreſcent piis aliis cauſis ad quas poterat teſtari: Ægid. *ſupra.* 3.*p. n.* 8.

Hinc ſequitur teſtamentum eſſe pium, ſi quis dicat: Inſtituo animam meam hæredem bonorum meorum, illique relinquo mea bona, & poſt hæc verba,reliquit aliqua legata amicis, & conſanguineis,ac famulis:conſtituitque quiſnam futurus eſſet executor ſui teſtamenti. Nam verba illa: Inſtituo animam meam meum hæredem;ſatis oſtendūt velle teſtatorem, vt expendantur in opera pia bona ſua. Quare vt teſtamentum ad pias cauſas ſit validum non requiritur aliena hæredis inſtitutio: Molin. *ſupra fol.*727. poſt Clar. *d.q.* 6.*verſ. penult.*

Sed quid de teſtamento laici in quo Eccleſiaſtica perſona inſtituitur hæres?Reſpõdetur non valere teſtamentum ſine iuris ciuilis ſolennitatibus:ex Abbate *in cap. quod Clericus n.*29.*de foro compet.* aſſerente laicum ſi teſtetur inter Clericos debere ſeruare leges ſuas,aliter non ſubſiſteret teſtamentum, quantumcumque Clericum relinquat hæredem;niſi hoc fecerit pro anima ſua,tunc enim quidquid pro anima relinquitur,piæ cauſæ relictum cenſetur: vt notat Gloſſ. & Scribentes *in l.ſi quis Titio, ff. de legat.* 2.Bart.*in l.*1.*n.*33. *C. de Sacroſ.Eccleſ.* Idem Abbas *in Rubr.de teſtam.n.* 9.& Decius *in l.captatorias n.*26.*de teſtam. milit.*atque ita extra teſtamentū factū pro anima ſua ex laici teſtamẽto minus ſolenni Clericus ſuccedere non poteſt: quoniã lex ciuilis in eo ſeruari debet,quãuis Eccleſiaſt. perſona inſtituatur.

Contra verò dicẽdum quãdo inſtituitur Eccleſia, 74
quæ non ſolū ex teſtamẽto minùs ſolẽni capere poteſt hæreditatẽ,ſed etiam particularia relicta, non tam fauore aliquo,quàm iure proprio: atque ita ſi nemo ex teſtamento hæres ſit ob defectum ſolennitatis,Eccleſia ſibi relicta petet:contra Anton. *in d. c.quod clericus col.*6. *de foro compet.*& alios quos refert Tiraquel. *ſupra, priuileg.* 80. *verſ. final.* idque fauore

fauore piæ causæ sustineri scripsit Couar. *in d. cap. relatum.* Sed hoc magis pertinet ad Ecclesiam iure proprio, quàm fauore, vt dictum est. Ob quam causam Alciatus *in d. l. 1. C. de sacros. Eccles. n.* 12. cùm videret id ius datum esse Ecclesiæ iure suo, & non fauore; censuit etiam quoad alios cohæredes, quos pia causa non tangit, testamentum validum esse: quod non diceret, si ob fauorem causæ simpliciter id competeret, quasi tunc quoad extraneos cohæredes non subsisteret minus solenne testamentum; sicut parentis inter liberos testantis: *l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* fauet Iul. Clar. *in §. Testamentum, quæst. 6. n. 9. §. sed quæro,* & Mench. *de success. creat. lib. 3. §. 22. limit. 12. num.* 11.

75 Quæstio tamen est, an quando, quæ propter solemnitatis defectum in testamento pio nequeunt illi capere, quibus relinquitur, veniant illa Ecclesiæ hæredi institutæ, an debeant accrescere legitimis successoribus venientibus ab intestato? Pro parte affirmante in fauorem venientium ab intestato faciunt supra dicta *in hoc §. vers. dicitur item,* argumento filij familias facientis testamentum ad pias causas de consensu parentis, vbi id fieri potest: legata tamen aliis ibi relicta non sustineri; ita vt piæ causæ non accrescát, sed venire ab intestato successoribus: prout vult Bald. *in d. l. 1. C. de sacros. Eccles.* vbi tantùm de legatis loquitur, non verò de hæreditate: *col. 6. vers. 6. quæro n.* 8. Salicetus & Alex. *in l. senium, C. qui testam. fac. poss.* per text. *in l. mulieri, & Titio ff. de condition. & demonstrat.* & alij, quibus accedit Clar. *§. testamentum quæstion. 5. numer.* 8. vbi concludit talia legata non subsistere, nec accrescere ipsi piæ causæ; sed deuolui ad venientes ab intestato.

Nihilominus verius est relicta accrescere Ecclesiæ institutæ: eò quia æquiùs, & magis piè Ecclesia factura est, si compertam defuncti voluntatem, quamuis sine solemnitate adimpleat: Ægid. *supra, l. 1. C. de sacros. Eccles. in princip. 3. part. num. 9. & 10.*

76 Illud etiam certi iuris est quando testamentum etiam ad pias causas est imperfectum imperfectione, vt aiunt, voluntatis incompletæ; nimirum quando testator cœpit facere testamentum, & morte præoccupatus non potuit perficere, aut quando tantùm præparauerat se ad testandum, iuxta exemplum citatum *in l. si quis cum testamentum, & in l. ex ea scriptura, ff. de testam.* non valere omninò: vt tradit Abbas *cons. 105. ex n. 2. vol. 2.* Alex. *cons. 105. ex num. 3. vol. 7.* Clar. *§. testamentum quæst. 7. num.* 5. Tiraq. *in 7. priuil. n.* 2. Menoch. *lib. 3. præsumpt. 131. num.* 10. & Couar. *in cap. relatum 1. numer. 9. de testam.*

Ex quibus sequitur in nostro casu non subsistere testamentum etiam ad pias causas, quamuis contradicant alij apud Tiraquel. *in d. priuileg. 7. n.* 1. dicentes fauore piæ causæ valere testamentum imperfectum imperfectione voluntatis; quos concordat Anton. Gabriel. *lib. 4. commun. opinion. tit. de testam. conclus.* 9. decidens quando voluntas erat perfecta quoad piam causam, etsi, esset imperfecta quoad alias solennitates iuris ciuilis, testamentum tunc sustineri: Quod etiam attestatur Couar. *supra d. num.* 10. Secùs si sit imperfectum imperfectione voluntatis: vt ex multis tradit Tiraquel. *de priuileg. causa pia priuileg. 7. vers. contrarium tamen,* quem etiam referens sequitur Cardinal. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 3. num.* 10. sicut est nullum testamentum inter liberos imperfectum imperfectione voluntatis, vt voluit Gloss. Ordin. *in l. si is qui,* & *ibi* Bartol. & alij *ff. de testament.* Ergo multò magis non valebit testamentum factum piæ causæ, cui minus fauetur quàm liberis: vt notatur *in c. quicumque 7. quæst. 6.* Menoch. *com. 3. cons. 224. n.* 28.

Hinc fit vt si instituatur causa pia à testatore, & post institutionem testator diuertat ad alia non pia, & antequam testamentum compleatur, moriatur; non valere testamentum: nec etiam fauore piæ causæ: neque inter liberos, secundùm communem; quæ tenet quandocumque testator decedit, priusquam integrè voluntatem suam explicauerit, testamentum corruere ratione voluntatis imperfectæ: Clar. *§. Testamentum, quæst. 7. num.* 4. vbi concludit etiam quoad disposita non valere: ex ea ratione, quia non potest dici perfecta voluntas, donec testator integrè omnia explicauerit, cùm in ipso actu conficiendi testamentum, mutet, addat, reuocet multa etiam iam disposita. Idem reperit in specie de testamento inter liberos imperfecto ratione voluntatis, *quæst. 9. eodem verbo, Testamentum n. 1. & 2.* vbi dicit hanc esse communem post Curt. iun. *in d. §. ex imperfecto, num.* 1. & Nattam *ibi num.* 139. 77

Cæterùm in dubio, pronunciandum est pro testamento vt sustineatur: ita probat *lex, si pars, ff. de inoffic. testament.* & scribunt Ripa *in tract. de peste, titul. de priuileg. vltim. volunt. numer.* 13. Tiraquell. *vbi supra priuileg.* 12. maximè ad pias causas: quibus accedunt Iason *in consil. 8. col. 4. in princip. & consil. 13. ad fin. libr. 3. & in consil. 112. numer. 1. libr.* 4. Iuuat *lex, in ambiguis, & lex, libertas, ff. de regul. Iur.* & probat *lex, sunt personæ, ff. de Religios. & sumpt. funer.* Et volunt multi relati à Tiraquell. *de priuileg. piæ causæ, priuileg.* 127. concludentes standum esse testamento, quod est in causæ piæ commodum, & in vtilitatem rei fauorabilis: Neuiz. *libr. 5. syluæ nupt. numer. 75. & libr. 6. numer. 28. & numer.* 47. Gomez. *in §. ex maleficiis, numer. 49. Instit. de actionib. vers. sed tamen, & in consil. 35. numer.* 7. Atque ita nisi manifestè constet ex verbis ipsius testatoris se non habuisse eam voluntatem, & dispositionem pro perfecta; sed potius se præparasse ad testandum quàm perfectè testari, testamentum esse nullum: secùs vbi de perfectione apparet; & admisso quòd simus in dubio, præsumitur perfectio, ex sententia Baldi, & Imolæ *in dicta leg. si is qui ff. de testamentis.* 78

Illud etiam non est omittendum quod dicitur, testamentum scriptum notis inusitatis censeri inualidum, *l. sed enim patrono, §. vltim. ff. de bonor. possess.* Quod etiam extenditur ad testamentum inter liberos: Tiraquell. *supra, priuileg.* 12. Mantic. *vbi supra, d. libr. 6. titul. 3. numer.* 3. Nihilominus eximitur testamentum ad pias causas, quod in hoc est magis fauorabile, quàm inter liberos; modò constet de voluntate testatoris: semper enim valet siue sit scriptum notis vsitatis, siue non: ita Dynus *in leg. Lucius, ff. de testament. milit.* per text. qui loquitur de milite, quem extendit ad hunc casum: sequitur Romanus *in Authentic. similiter, in 17. special. circa vltimas voluntates,* & Socin. *in tract. fallent. regul. 110. in 37. special.* 79.

Sed quid de testamento nutu facto? Dicendum est, prohibitionem testamenti nutu faciendi non reperiri in iure diuino, vel Gentium: prohibetur tamen nutu fieri, *in l. iubemus,* & *ibi* Gloss. & Doctores 80

C.de teſtam. etiamſi fiat à milite, vt eſt Gloſſ. quam plerique omnes ſequuntur *in l.in frauaem, §.1. verbo nuda, ff. de milit. teſtam.* Quinimo & à parente inter liberos, vt volunt Bald. Angel. Fulg. Caſtrenſ. & Recentiores *in d. l. iubemus*: tamen ad cauſas pias nutu fieri poſſe poſt alios tradit Tiraquel. *de priuileg. cauſa pia, priuileg.* 8. iuxta Gloſſ. magnam communiter approbatam *in d. cap. cum tibi, de teſtam.* vbi Abbas *n.* 5. & Couar. *n.*6. Clar. §. *Teſtamentum, quæſt.*6.*n.*7. Iaſon *in Authen. ſi qua mulier, n.*7. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* & *in l. ſi cui legetur §. hoc autem, n.* 52. *ff. de legat.* 1. Ioſeph. Ludouic. *in commun. concluſ. tit. de teſtament. concluſ.* 11. & Mantic. *d. lib.*6. *tit.*3. *num.*21.

81 Exceptis tamen duobus caſibus, primò, niſi teſtator deceſſerit in eo ſtatu, qui prima facie appareat, vt non debuiſſet agere de fauore animæ; quia deceſſit excommunicatus, vel in bello illicito: ex not. per Gloſſ. *in c. decernimus, de ſent. excommun. lib.*6. ita Bald. *in d. l. iubemus*, cui non acquieſcit *ibi* Corneus *col. penult.* eò quod quamuis non ſit attendendus fauor animæ teſtatoria, ſemper tamen eſt conſiderandum priuilegium cauſæ piæ: Baldo adhæret Cardin. Mantic. *d. tit.* 3. *n.* 22. Quin etiam Bald. *ibidem, n.* 2. *in d. l. iubemus in fine*, videtur dubitare, cum dicat: Aduerte tu quia diſtinguis, & neſcis rationem: quia non poteſt ſciri an Deus miſereatur; niſi (inquit) dicas quòd ſufficit homini de prima facie iudicare: argument. *l. vltim. de edict. Diui Adriani tollendo*, atqui in præſenti caſu ſermo eſt de grauiſſimo incommodo animæ: ergo pia iudicia defunctorum debent adiuuari, & ſuſtineri: *cap. vltim. de re iudicat. l. ſunt perſonæ, in fine, ff. de Religioſ. & ſumpt. funer.* Ideò relicta ad pias cauſas debent adimpleri; quamuis ſit incertum an is, qui fecerit teſtamentum, obierit vt fidelis, vel infidelis: vt Bald. adnotauit *in l. nulli licere, n.* 12. *C. de Epiſcop. & Cleric.* in quam etiam partem magis inclinat Philip. Franc. *in Rubric. de teſtam. lib.*6. *n.* 33.

82 Secundò, quando teſtamentum cuiuſcumque ſit ab exiſtente actualiter in peccato mortali, in quo legat aliqua opera pia facienda pro anima ſua, quæ nihil proſunt animæ ſuæ quoad meritum beatitudinis, quantumcumque ille de peccato poſtea doleat, & confiteatur, & in Dei gratia decedat. Ex eo oſtenditur, quia talia opera facta ſunt in mortali, & fuerunt mortua, hoc eſt ſine gratia; & ideò quia nunquam vixerunt, nunquam poſtea accedente gratia reuixerunt: tum quia per pœnitentiam non reuiuiſcunt ad beatitudinem, & ad gloriam conſequendam, niſi facta, & opera, quæ fuerunt accepta Deo, illa ſcilicet, quæ fecit gratus Deo; reſpicit enim Deus primò ad hominē quàm hominis oblationes, iuxta illud *Gen.*4. *Reſpexit Deus ad Abel, & ad munera eius*: cùm ergo homo exiſtens in mortali ſit Deo inuiſus, non poſſunt opera illius eſſe Deo grata, & ex conſequenti opera pia quæcumq; illa ſint relicta in teſtamento, nihil proſunt animæ teſtatoris: iuxta illud *Pauli* 1. *ad Corinth.*13. *Si tradidero corpus meum ita vt ardeam, charitatem autem non habuero, nihil mihi prodeſt.*

Adde non prodeſſe eadem opera defuncto ad ſatisfactionem pœnarum, quas in igne purgante eſt ſoluturus, quamuis deceſſerit in gratia, eò quia caruerunt in principio, quando facta ſunt, gratia; licèt poſtea peccatum fuerit remotum per contritionem, vel confeſſionem, nunquam tamen accepta fuere ad remunerationem beatificam. Quinimò actus ille voluntatis, quo legata illa pia in teſtamento fuerunt inſtituta, dum erat in mortali teſtator, pertranſiuit omnino, nec poteſt idemmet numerus reſumi. Vnde impoſſibile eſt quòd ſi opera illa pia tanquam præterita, & tanquam in peccato inſtituta conſiderentur, aliquid præmij vel ſatisfactionis apud Deum acquirant; niſi nouus ſuperueniat actus charitate informatus, quo de nouo vel inſtituantur, vel ratificentur ab eodem teſtatore, quando probabiliùs exiſtimat ſe eſſe in ſtatu gratiæ, nimirum poſt Confeſſionem, & Communionem: tunc enim teſtamentum antea factum cum omnibus in eo contentis ratificet ſecum, & offerat Deo ad gratiam eius per remiſſionem peccatorum promerendam: ita Nauar. *in manual. cap.* 26. *num.* 36.

Quare niſi nouo charitatis actio ratificetur, & contenta in ipſo pia viuificentur, nihil prodeſſe ad ſatisfactionem tradunt D. Thom. 3. *p. quæſt.* 86. *art.*6. Richar. Bonauentur. & communis *in* 4. *diſt.* 15. Quamuis contra teneant Scot. *in d. diſt.* 15. *quæſt.*1. approbatus à Nauar. *in cap.* 1. *in princip. num.* 46. *de pœnit. diſt.*6. ad effectum magnificandi miſericordiam Dei, ſubdens conſulendum eſſe teſtatori dum vult condere teſtamentum, vt priùs confiteatur, & ſaciam Euchariſtiam percipiat, & tunc legata pia inſtituat, quæ proſint ad ſatiſfactionem pro peccatis commiſſis, & ad aſſequutionem maioris gloriæ: vide etiam Medin. 2. *p. Inſtruct. de confeſſ. cap.*19. §. *Reglas para ordenar el teſtamento, verſ. Tercera regla.* Cened. *ad decretal. collectan.* 106. *num.*1. *fol.* 265.

Rogabis tamen opera bona, & legata pia facta 83
extra charitatem, quos effectus operentur? Communis ſententia tenet, opera de præcepto facienda, ſi fiant, excuſare à nouo peccato, & prodeſſe ad illuſtrandam mentem peccatoris, vt ſuum malum peccatum agnoſcat, & eius pæniteat: item ad quærendas virtutes morales, ne de peccato in peccatum Reus trahatur. Reliqua verò opera de ſe bona ad eadem proſunt, etiam in mortali facta, non tamen ad quærendam, vel augendam gratiam gratum facientem, vel gloriam beatificantem: *cap. nihil, de conſecrat. diſt.*5. *c. ſi quolibet,* 22. *quæſt.* 2. Nauar. *in cap. quaras, §. quod autem, de pænit. diſtinct.* 3. Barboſ. *in cap. quod quidam, de penitent. num.*6.

Tertio loco excipi poteſt teſtamentum Cæci, 84
ſecundùm Angel. *in d. l. iubemus* in quo requiritur ſpecialis ſolennitas per *l. hac conſultiſſ. C. qui teſtam. facere poſſ.* quod dictum Angeli videtur ſequi Corneus *ibi, col. penult.* Sed hanc quoque limitationem, & exceptionem expreſſe Alex *ibi col.* 1. refellit dicens, non videri verum; quia diſpoſitio *l. hac conſultiſſ.* non habet locum in teſtamento ad pias cauſas: ita Tiraquel. *de priuileg. cauſ. piæ, priuileg.* 8. *ad fin. verſ. limita ſecundo*, & Cardin. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.*6. *tit.* 3. *n.* 23. vbi concludit cæcum poſſe ad pias cauſas teſtari ſine ſolennitate legis ciuilis, & ex conſequenti valere nutu factum: Tiraquel. *ſupra, priuileg.*16. Cuius reſolutio placet.

E P I T O M E.

85 *Legata pia quomodò cognoſcantur eſſe talia.*

86 *Relicta ex qualitate perſonæ potiùs quàm ex verbis teſtatoris iudicantur relicta ad pias cauſas.*

87 *Legata relicta hoſpitali, vel Monaſterio cenſentur pia.*

88 *Legatum relictum Epiſcopo ab extraneo cenſetur pium: ſecus quando relinquitur à conſanguineo.*

89 *Legatum relictum ſeruitio Eccleſiæ cenſetur pium, non autem relictum perſonæ Eccleſiaſticæ.*

90 *Legatum*

90 Legatum relictum vni, vel aliquibus Canonicis, non autem omnibus, non præsumitur pium.

91 Legatum dotis, & legatum alimentorum quando censeatur pium?

92 Testator committens distributionem suorum bonorum, nihilo amplius addito, distributio est in piã causam, & censetur hæres cui fit ea commissio.

93 Mutus, & surdus simul an possit testari ad pia? & num. 94.

95 Temporis inscriptio necessaria non requiritur in testamento ad causas pias, nec inscriptio loci.

96 Institutio hæredis non requiritur in testamentis ad causas pias, quia est solennitas iuris ciuilis, & ab illo potest remitti.

97 De testamento inter liberos non semper valet argumentatio ad pias causas.

98 Quia valet institutio filio in re minima, competit tamen illi querela inofficiosi testamenti.

99 Legata pia peti possunt in principio temporis, legata autem non pia in fine: item pia peti possunt non adita hæreditate.

100 Legatum ad pias causas relictum, non extinguitur per voluntariam alienationem rei legata: Et capi potest propria authorit. Secùs in prophanis.

101 An testamentum ad pias causas, præsumatur posterius, quando in altero instituti sunt venientes ab intestato; & non constat de prioritate.

102 In dubio testamentum ad pias causas præsumitur posterius: Et quid si in vtroque causa pia instituta sit.

Legatum ad pias causas præsumitur annuum, non autem pro vnica vice tantum. ibid.

85 QVomodò cognoscatur testamentum fieri ad
causas pias, diximus in principio: nunc dicendum
de legatis piis; quomodò intelligantur esse talia,
ex coniecturis concipi potest: vt notat Bald. *in l.
illud n.1. vers. concludo ergo, C. de sacros. Eccles.* vbi tradit
quando causa pietatis congruit personæ, legatum
intelligitur ad pias causas: Secus si non cõgruat:
veluti quando persona est coniuncta testatori, & est
pauper, relictum censetur intuitu pietatis, etiamsi
testator nõ exprimat: *l. id quod pauperibus, & l. si quis
ad declinandum, C. de Episc. & Cleric.* quia quãdo est
in necessitate, testator magis præsumitur reliquisse
motus misericordia, quàm ex affectione sanguinis:
vt Bald. in specie expressit, per *l. liber capt. C. de cap. &
postlim. reuers.* quã dicit notabilẽ: sequitur Boër. *in
decis. 94.* Angel. *in l. cum ij, §. si in annos, n. 1. ff. de transact.*
Alber. *in l. nulli, n. 14. C. de Episc. & Cleric.* & no-
86 tat Gloss. ex illo textu *in l. ex duobus, §. vlt. ff. de negot.
gest.* dicẽtes quod ex qualitate personæ magis, quàm
ex verbis testatoris iudicandum esse legatum ad
pias causas, eo ipso quod quis legat pauperi. Andr.
Barbat. *in cap. relatum, n. 14. de testamentis.*

87 Similiter quando relinquitur aliquid Hospitali,
vel Monasterio, censetur ad causas pias; quamuis id
non exprimatur: Butrius *in c. 1. n. 10. de sepul.* Abbas
in cap. reliquisti, n. 4. de testam. Item legatum factum
Episcopo ab extraneo præsumitur factum contem-
plationе Ecclesiæ, vt per Menoch. *de præsumpt. lib. 4.*
88 *præsumpt. 112. n. 11.* vbi *n. 12.* si sit legatum Prælato
extraneo, eius proprio nomine expresso.

Secùs quando relinquitur legatum Prælato Ec-
clesiæ, sanguine coniuncto ipsi testatori, tunc enim
præsumitur factum contemplatione ipsius Prælati:
Menoch. *d. præsumpt. 112. n. 3.* Surd. *de aliment. tit. 5.
q. 6. n. 8. & 9.* quamuis in legato tantùm exprimatur
nomẽ dignitatis: Mascard. *concl. 956. n. 8.* nisi quan-
do exprimatur à testatore in legato aliquid in fauo-
rem Ecclesiæ, vel animæ salutem concernens: Mas-
card. *supra: n. 9.* Menoch. *de præsumpt. 112. n. 7.* vbi *n.* 89
8. idem esse iudicium, quando quæ relinquuntur
conueniunt seruitio Ecclesiæ, pota calices, & thuri-
bula, præsumitur enim relinqui Ecclesiæ, non au-
tem personæ: Mascard. *conclus. 965. n. 11. & conclus.
1248. num. 119.*

Quinimo legatum relictum vni, vel aliquibus 90
eiusdem Ecclesiæ Canonicis, non autem omnibus,
non præsumitur pium, sed factum contemplatione
ipsarum personarum; secùs si fiat omnibus: quia præ-
sumitur Ecclesiæ factum. Menoch. *d. præsumpt. 112.
n. 3.* Viuius *tom. 2. cõmun. opinion. lib. 6. tit. 26. n. 131.*
Nam quod relinquitur omnibus Canonicis cense-
tur relictum Ecclesiæ, quamuis aliud sit dicere:
Relinquo hoc Ecclesiæ; & aliud, Relinquo hoc Ca-
nonicis; quia in primo casu relinquitur Ecclesiæ: in
secundo, non: vt vult Gloss. *in cap. requisitis, de te-
stam.* quam communiter approbatam dicunt Men-
dez à Castro *de annon. ciuilib. lib. 1. notab. 1. num. 7.*
Cened. *practicar. lib. 1. q. 1. in princip.* Sed hoc non
tollit, quòd relictum Canonicis indistinctè, seu Ca-
pitulo alicuius Ecclesiæ, siue Cathedrali, siue Col-
legiatæ, non sit legatum pium.

Eodem modo legatum alimentorum, seu dotis, 91
quamuis non intelligatur absolutè relictum ad pias
causas; nihilominus si pauperi relictum sit, pium
censetur: vt notat Bartol. *in l. alio, n. 4. ff. de aliment.
legat.* & *in tract. de aliment. n. 23.* per text. *in §. aliud
quoque capitulum,* ibi: *egenis alimenta impendam, in
Authent. vt cum de appell. cogn.* &, Gloss. *in l. si cui
annuum, ff. de annuis legat.* Bartol. & Angel. rursus
in l. diuus, ff. ad l. falcidiam. Gratus *in cons. 140. n.
6. vol. 2.* Secùs de legato alimentorum diuiti re-
licto, quod non est ad pias causas, tamen est fauo-
rabile, vt vult Alciat. *in l. si certis annis, num. 6. C. de
pactis.*

Legatùm autem dotis non intelligitur ad pias
causas nisi pauperi mulieri relictũ sit, quamuis dos
semper intelligatur causa pia, *l. cum is, §. si in ea opi-
nione sit mulier, ff. de condict. indebiti.* Non tamen in-
telligitur de illa pietate, ita vt non subiaceat solẽ-
nitati ciuili, debet relinqui pro anima defuncti, vel
in fauorem illius, aliàs non dicitur propriè causa pia,
imò pro anima defuncti relictum non dicetur pium;
nisi pauperi relinquatur: Bart. *in l. 1. n. 33. C. de sacros.
Eccles.* Romanus *in d. Authen. similiter n. 1. C. ad l.
falcidiam.* Barbat. *in d. c. relatum, 1. n. 14. de testam.*

Quare legatum dotis diuiti relictum nunquam
est ad causas pias: vt notatur *in d. l. illud, C. de sacros.*
Nec sufficit quòd testator dicat se legare pauperi;
necesse tamen est probare paupertatem, quando illa
est fundamentum intentionis: iuxta Gloss. *in l. si
verò, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisd. cogunt.*
Decius, in specie, *in cons. 120. n. 3.* Cephal. *cons. 216.
num. 3. & 4.*

Quòd si testator committat alicui distributionem 92
suorum bonorum, nullo aliquo addito, intelligitur
distributio in piam causam; & is cui committitur
distributio, intelligitur esse hæres institutus cum
onere distribuendi bona defuncti in pauperes, *c. cum
tibi, de testam. vers. in alterius dispositionem committis.*
Idem intellige quando nullo hærede instituto de-
putantur executores, quia ipsi præsumuntur hære-
des instituti cum onere distribuendi bona in pias
causas: Tiraquel. *in tract. Le mort p. 7. declar. 5. n. 14.*
Menoch. *cons. 369. n. 10.* Valasc. *cons. 68. n. 4.* Mend.
de Castro *in praxi Lusitan. lib. 1. cap. 3. num. 22.* post
alios *in d. cap. cum tibi,* præsertim Innocent. Ioan.
Andreas, Hostiens. & scribit etiam Bald. dicens *in
l. executorem n. 8. de execut. rei iudicat.* nusquam
alibi reperiri. Quæ sententia quamuis habeat con-
tradictores, frequentiori tamen calculo recepta est:

& eam probat Couar. *in c.cum tibi,n.*10. & Gabriel *in conclus.* 3.*n.*2.*de pia causa,lib.*6.

93 His positis ambigi potest an mutus,& surdus simul a natura possit testari ad pias causas? Ratio dubitandi est,quia mutus,qui omnino loqui non potest,& literas ignorat,testari nullo modo potest: *l. discretis,C.qui testam. fac. possunt*. Tamen testari ad pias causas illi est integrum,vt videtur sentire Bald. *in d.l.discretis*,& clarius Alex. *ibi*: tunc, miles mutus simul,& surdus, qui testari potest; vt videtur sentire text. *in l. iure militari,ff.de milit.testam.& in §. quinimo, Instit. eodem.*

94 Contrarium tamen, non posse scilicet testari ad pia,tradut Rom.& Iason *in d.l.discretis*,& Franc.Aret. *in l.qui in potestate,§.vlt.col.penult.ff.de testam.*dicentur,quia hoc impedimentum videtur excludere consensum, *l.cum prætor.§ penult.ff.de iudic.*& mutus,& surdus simul à natura assimilatur pupillo,& æquiparatur infanti, per *l. seruo, iuncto §. cum prætor, ff. ad Trebel.*& vult Bart. *in l.*1. *in princip.* & ibi Scribentes post eum *ff. de verbor.obligat.* pupillus autem etiam doli capax non potest testari ad pias causas: ergo nec mutus, & surdus simul. Quod est verum, quando mutus & surdus simul à natura nihil omnino intelligit;neque intelligitur ex signis, & coniecturis testari velle; is enim æquiparatur pupillo, & infanti, qui nihil prorsus intelligit: vt per Bart. & alios *in l.*1.*ff.de verbor.obligat.& in l.mutum,in principio.ff.de acquirenda hæreditate.*

Longè aliter de muto,& surdo à natura,quê constat intelligere,& velle testari ex signis, & indiciis: is namque testari potest ad pia:secundùm Ioan. Fabrum *in d.§ quinimo*,& Salicet.& Iason *in d.l.discretis*:cum sprohibitio nunc consideratur in dispositione ad pias causas,quæ nullis legibus, nisi iuris naturalis,seu diuini subiacet.

95 Pro reliquis priuilegiis causæ piæ notandum est, iuris ciuilis solennitates non esse considerandas:vtde téporis inscriptio,quæ in quouis testamento necessaria est,per *Auth.quod sine,C. de testam.* in testaméto ad pias causas non requiritur,& valet sine inscriptione temporis,quia hæc solemnitas non est iuris diuini,vel Canonici:Alex.*cons* 4. *Attentis narratis,col.penult.vers.secundo respondemus,lib.*7. Corneus *cons.*37. *Videtur prima facie,col.*1.*vers.secundo videtur.* Sed Bart. videtur contra *cons* 88. vel 58. *Proponitur quod Iacobus*:neque exigitur loci inscriptio, vt latè tradit Menoch.*cons.*224.*n* 68.Item institutio hæredis,siue qua non valet testamentum,cùm sit caput illius,vt patet *ex toto tit.ff.de hæred. instit.* & *ex §.ante hæredis Instit.de legat.*non requiritur in testamento ad causas pias,sed valet sine institutione hæredis.Bart.*in l.*1.*C. de sacros. Eccles.* Barbat. *cons.* 8. *Praescribitur præclare col.*8. *lib*... Castrens. *cons.* 97. *Super primo quæsito,in princip. lib.*1.

Item corruit testamentum patris,vbi filius nó est hæres institutus. text. *in Auth.vt cum de appellat.cognosc.§.aliud quoque capitulum*;tamen in testamento, in quo pia causa instituitur & aliquid relinquitur filio titulo legati,sustinetur:Bart.*in d.l.*1.*C. de sacros. Eccles.q.*5.*n.*62.& alij quos refert Tiraquel. *de priuileg.causæ piæ,priuileg.*14.*in princip.* Iul. Clar. *in §. Testam.q.*8.& esse receptissimam hanc partem dixit Cuph.*in d.Authen.nouissima.fol.*83.*n.* 28.quê refert Iul.Clar.*in §.Testam.q.*18.*n.*8.*vers.sin verò in suo lib. receptar.*ex eo, quia titulus institutionis, non tam iuris naturæ,quam iuris ciuilis videtur; & ostenditur,quia constat de lege ciuili posse remitti, sicue iam iure Codicis fuisse remissum tradit Costa,*in* 1. *p.c.si pater,verbo instit.n.* 13. qui tamen in sequentibus contrariam magis probat post alios: qua ratione vult Tiraquel.*de priuileg.in fine*, hanc partem esse tenendam;licèt Bald.& Salicet.*in d.l.*1.*C.de sacros. Eccles.*oppositam amplectantur. Quibus accedit Barbar.*cons.*12. incipit, *Quæritur virum præterita filia,lib.*4.

Neque huic communi sententiæ repugnat sententia, quæ tradit patrem testantem inter liberos, 97
neque quouis titulo aliter ex filiis relinquere legitimam, sed titulum institutionis omnino exigi: Nam quamuis huic sententiæ hoc cócedamus; non tamen aduersus receptam, idem in casu proposito concedendum est:eò quia de testamento inter liberos ad pias causas non semper valet argumentatio: Clar.*§.testam.q.*8.*n.*8. vbi id exemplo probat ex ratione differentiæ inter testamentum ad pias causas, & testamentum inter liberos: atque ita secundùm communem non vitiatur testamentum ad pias causas,ex eo quòd filio relinquatur legitima,non institutionis,sed quolibet alio titulo: sicut vitiatur ex defectu præteritionis vnius filij factum inter reliquos filios:vt notat Gloss.*in l.si filius qui in potestate, ff.de liber.& posth.*Bald. Angel.& Iason *in l. hac consultissima,§.ex imperfecto,C.de testam.*

Sed quid quãdo filius instituitur etiam in re minima:Barbos.*in l.si constante,ff.solut. matr.* tradit valere testamentum mero iure, in quo instituitur filius per patrem in aliqua re minima,siue filius sit in potestate,siue emancipatus:*l.non putauit,§.fin.ff. de contra tab.l.& si ex medica,§.*1.*ff. de bonis libert.* Tamen quia in eo euentu filius non obtinet legitimam portionem ex iudicio patris,conceditur filio querela inofficiosi testamenti aduersùs testamentum paternum:*l.Papinianus,§.meminisse*,& ibi Bart.*n.*4.*ff. de inoffic. testam.* 98

Eodem modo quando in testamento pio non relinquitur filio integra legitima,competit eidem remedium supplementi contra Ecclesiam:*l.omni modo C.de inoffic.testam.*quia quodcumque grauamen in cuiuslibet piæ causæ fauorem appositum, tollitur à legitima. vt vult Costa *in d.c.si pater,*2.*p.verbo,debita,n.*7.quem sequitur Ægid.Lusit. *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.in princip* 3.*p.n.*12.*& n.*13.nisi liberi patenter consentirent Ecclesiæ relinquere vltra partem sibi lege permissam.

Ad hæc,quamuis aliàs relicta legata tali tempore nequeant peti,nisi finito illo tempore; per *l. qui hoc anno,& l.cum qui certarum,ff.de verbor.obligat.* Hoc tamen fallit in relictis ad pias causas, quæ possunt peti in principio illius temporis: vt notatur *in l. si ita fuerit,ff. de manum.testam.*& tradit Roman. *in d. Authen.similiter,in* 5.& tutius *in* 31.*special.* Quinimò relicta ad pias causas,etiam non adita hæreditate,peti possunt,vt notat Ægid.*l.*1.*C.de sacros. Eccles.* 3.*p.§.*2 *n.*13.*ad fin.vers. at vero in piis causis*, Tiraquel *priuileg.*33.*in princip.* vbi tradit id esse verum in piis profanis autem pettion posse hæreditate non adita,ex *l.eam quam,C.de fideicommiss.* 99

Item relicta legata ad pias causas,quamuis caduca sint,non tamen pereunt;ex Bart. *in l.Pater seuerinam,ff.de condit.& demonst.* & notatur in *c. nos quidem,de testam.vers.seu si ibi non potest.* Couar. *ibi*, *n.* 12.Gonzales *ad regul.*8.*Cancel.gloss.*5.*§.*7.*n.*85.Barbos.*ibidem n.*6 vbi contendit legatum relictum ad alicuius Ecclesiæ constructionem, non fieri caducum;quamuis locus ædificij non fuerit designatus. At ex *l.quidam referunt,ff de iur.codicil.*& *l. vnica, §. & cum triplici,& § in primo ita que,ff.de caduc.tollend.* constat, vbi relictum non prium habetur pro non scripto,& caduco, remanere apud hæredes sine aliquo onere.

Quid ergo si testator legatum ad pias causas in testamento relinquat morti vicinus, & postea conualescens legatum alienet? Ratio dubitandi, quia 100
legatum

legatum extinguitur, cùm res legata alienatur, *per l. rem legatam, ff. de adimend. legat.* & *§. si rem, Instit. de leg.* Quod procedit etiã quando res alienata ab alienante redimitur, adhuc enim non reviuiscit legatum, per *l. eum seruus, ff. de adimend. legat.* nisi affinitas personæ aliud ostendat: per *l. filia, §. Titia, ff. de condition. & demonstrationib.*

Dicendum tamen est, per rei alienationem non expirare legatum relictum piæ causæ; quamuis res alienata non redimatur: vnde si testator fieri Ecclesiam præcipiat in tali domo, & postea illam vendat, nec redimat; non propterea expirat huiuscemodi legatum: ideò venditione non obstante, debet ædificari Ecclesia in ea domo, si fieri potest; aliàs in alio loco: Ita Bart. *cons.* 26. incipit, *Testator in testamento.*

Nec obstat decisio *l. fideicommissa, §. si rem, ff. de legat.* 3. vbi dicitur extingui legatum, quando res legata spontè venditur, seu donatur: Quod procedit in legatis non piis, in quibus si eadem res recuperetur, non propterea reuiuiscit legatum: secùs in legato ad pias causas, quod redemptum multò fortiùs debetur: *l. verum est, ff. de manumiss. testam.* & volunt Bald. & Iason *in l. qui post testamentum, C. de legat.*

Adde legatarium pium posse propria authoritate legatum accipere. Ita Corn. *cons.* 140. *col. vltim. lib.* 1. Quo priuilegio priuatur legatarius non pius; qui eo ipso interdum perdit legatum, & tenetur restituere hæredi, si illud accipiat: per *l. vnicam, C. quorum legat.* & notatur *in l. non est dubium, C. de leg.* nisi testator ipse in testamento suo præcipiat vt legatarius capiat legatum propria authoritate impunè: vt tenet Gloss. *in l. Titia cum testamento, §. Lucius, ff. de legat.* 2. Bald. *in l.* 1. *C. communia de legat.* Menoch. *de adipiscend. possess. remed.* 2. *n.* 31. *& remed.* 5. *n.* 44. aliàs non potest legatarius propria authoritate capere legatum; sed de manu hæredis tenetur capere; quando legatum non est pium: *l. non dubium, C. de legat.* Roder. Xuares *in l. quoniam in prioribus, quæst.* 7. *n.* 9. *C. de inoffic. testam.* Anton. Gomez *l.* 45. *Tauri, n.* 132. Peralta *in l. omnia, §. fundum, n.* 7. *de legat.*

101 Sequitur quæstio: An testamentum ad pias causas præsumatur posterius, quando in altero testamento instituti sunt venientes ab intestato, & non constat de prioritate? Respondetur, testamentum ad pias causas in dubio præsumi posterius: Romanus *in d. Authent. similiter, in* 12. *speciali pia causa inter vltimas voluntates, n.* 62. ex regula vulgari, quòd in dubiis pro pia causa est iudicandum; quia potentior est præsumptio pro causa pia, cui præsumptio iuris in dubio suffragatur, cùm sit benignior; atque ita non est tutius admittere succedentes ab intestato: Quin imò testamentum ad pias causas factum, licèt minus solemne, reuocat prius testamentum conditum cum omni solemnitate: vt post alios tradit Tiraquel. *supra, priuileg.* 53. *vers. & facit.* Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 3. *n.* 52. *vers. secundo considero,* quia intelligitur testamentum ad pias causas habere clausulam derogatoriam.

Accedit testamentum ad pias causas factum coram septem testibus, reuocari per posterius conditum similiter ad pias causas coram duobus testibus tantùm: secundùm Paul. de Castro *cons.* 327. *vol.* 1. quem sequitur Alex. *in cons.* 146. *n.* 10. *vers. pro quo, vol. eod.* Sed Ruynus discordat, docétque communem sententiam resistere: *in cons.* 9. *ex n.* 16. *ad n.* 19. *vol.* 1. argumento testamenti iure liberi facti cum duobus testibus, quod tamen non

Frazosi Regim. Christ. Reipubl. P. III.

rumpit primum iure communi factum: vt bene etiam sentit Ægid. Lusit. *l.* 1. *C. de sacros. Eccles. p.* 2. *§.* 3. *n.* 6. quibus adhærere magis placet.

Iuuat testamentum liberis institutis factum, reuocari per secundum ad pias causas, aliquo tamen illis relicto: Alex. *cons.* 105. incipit, *Visa, ac diligenter considerata: col.* 5. *vers.* 3. *lib.* 4. & Iason. Andreas *in cap. vltim. de solut.* & Iason. *in d. Authen. hoc inter liberos, in* 4. *limit.*

Supradictis obstat Gloss. & communis opinio, cuius meminit Ægid. *in d. l.* 1. 3. *p. §.* 2. *n.* 7. dicens testamenta, inter quæ de prioritate non constat, se se inuicem confundere; ita vt ex neutro hæreditas deferatur: Quia facilè soluitur; quòd quando de testamentorum posteritate non constat, illud posterius factum præsumitur, in quo pia causa instituitur. Quòd si in vtroque pia causa reperiatur instituta, diuersæ tamen speciei; nimirùm, quia in vno seruorum libertates continentur, & in altero Ecclesiæ legata relinquuntur: In hoc dubio, arbitrio prudentis, quid præeligendum sit, committitur: considerato illo, quod in pia causa attento fini melius, & fauorabilius reperitur: & vbi maiorem relicti necessitatem esse cognouerit. Ægid. *vbi proximè, n.* 9. *ad fin.* vbi *n.* 10. subdit, esto generaliter pro libertate sit iudicandum; tamen prudens Iudex debet considerare, vtrùm ea sit alterius piæ causæ necessitas, vt magis illius commodo subuenire expediat, quam seruorum libertati. Denique si vtriusque causæ piæ necessitas pensatis omnibus, æqualis appareat, locus erit gratificationi: sed melius videtur inter vtrumque iam diuidi. 102

Pro complemento legatum ad pias causas debet intelligi annuum, non autem pro vna vice tantùm: ideircò si testator iubeat fieri sacrum in die obitus sui, intelligitur singulis annis esse celebrandum: ita Imola *in l. cum pater, §. pater, vers. vltimo inducit, ff. de legat.* 2. pro quo allegat *l. cum quidam,* quæ est antepenultima, *ff. de annuis legatis,* vbi deciditur: *Cum quidam Decurionibus diuisiones dari voluisset die natalis sui, non esse verisimile testatorem de vno anno sensisse, sed de perpetuo legato:* & *ibi* Gloss. idem ait de die obitus sui, quæ natalis dici potest: quæ sententia fauore animæ est recipienda.

§. V.

De testamento Militis.

EPITOME.

112 *Miles potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus: secus de non milite.*

113 *Miles potest prohibere ius accrescendi, instituto uno in re aliqua certa, & alio in alia.*

114 *Fœmina an gaudeant priuilegio testandi iure militari? Et quid de Clericis, aut de euntibus Hierosolymam religionis causa.*

115 *Militis in testamento semper intelligitur clausula Codicillaris: idem in testamento inter liberos, & ad pia.*

116 *Quartum priuilegium militis est posse facere in testamento hæredem ex tempore, & ad tempus.*

117 *Quintum priuilegium, sextum, septimum, octauum, nonum, & decimum militis, quolia sunt?*

118 *Milites in aliquibus regnis habent literas status, ne eorum causæ ciuiles agitentur dum sunt in bello: secus de criminalibus; de causis dotis, & de alimentis.*

119 *De priuilegiis militum testandi iure militari secundum ius Lusitanum, & an extendantur ad milites in bello iniusto?*

120 *Miles condemnatus ad mortem non potest testari, nisi ad pia, de Tertio suo: de iure tamen Lusitano interdum de toto: & quando?*

121 *Miles potest instituere unum hæredem in castrensibus, & alium in non castrensibus, & an testes debeant esse rogati.*

122 *Milites qui non fuerint, quando possint testari iure militari, & quando non eorum testamenta subsistant?*

123 *Milites non possunt testari etiam in arcibus, & locis Africanis, quamuis ibi morentur, nisi quando sunt in obsidione, aut conflictu: secus de consuetudine, ut n. 109. dictum fuit.*

103 Dicturus de priuilegiis Testamenti militaris, non abs re erit si dicam vnde miles tot priuilegia sibi acquisiuerit: facilè tamen assequetur qui Vlpian *in l. 1. vers. miles autem. ff. de militar. testam.* conuenerit, vbi huius nominis etymologias varias refert: inter quas illa placet, quæ vult Militem vocari à Mille, quasi Miles strenuus Millesimus appelletur: aut quia de mille vnus fortissimus, & strenuissimus eligebatur: vt *ibi* notat Gloss. fin. sequitur Cunanus, *lib. 9. Commentar. cap. 5. in princip.* vel si magis placet dicitur Miles, quia pro Reipublicæ defensione vnus miles est instar mille aliorum hominum.

Quando ergo milites sunt tales, quales exigit, & ostendit hoc nomen *Miles*; meritissimo dicuntur Patriæ firmamentum, Reipublicæ propugnaculum, tutissimumque in omni rerum discrimine perfugium, ac Regum ipsorum, & Imperatorum authoramentum validissimum, in quos quadrat illud Iustinian. Imperatoris *in proœmio Institut.* per hæc verba: *Imperatoriam Maiestatem armis decoratam non solum, sed etiam legibus oportet esse armatam, vt vtrumque tempus, & bellorum, & pacis, rectè possit gubernari.* Sic ille: ideircò milites magis virtute, quàm multitudine esse conuenit; quia non tam numerus plurium, quàm virtus paucorum prælia expedit: argumento fortissimi Gedeonis, qui oraculo diuino monitus paucos ad victoriam elegit, formidolosos reliquit, qui obesse magis, quàm prodesse in prælis assuescunt.

Primum ergo priuilegium militis est, valere te-
104 stamentum cum duobus tantùm testibus, dum est in bellica expeditione; siue testes sint mares, siue fœminæ: Clar. *verbo Testamentum. quæst. 55. vers. sed quæro*: & est communis. P. Molin. *eodem verbo disp. 129.* quia omnis solemnitas iure ciuili introducta in hoc casu non requiritur præterquàm quòd testes debent esse rogati; vt ostenditur *in l. Diuus. ff. de militar. testam.* & *in l. 4. tit. 1. part. 6.* idem Clar. *supra quæst. 58. vers. item quæro*, vbi dicit hanc esse communem: sequitur Ægid. Lusit. *in l. 1. C. de sacros. Eccles. 2. p. §. 1. n. 2.* ex Natta *in repetitione legis, hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. num. 164.* & ex Simone de Prætis *in tract. de interpretatione vltim. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 8. n. 17.*

Cæterùm hoc non caret contradictione; quia militibus integrum est testari, quomodò possint, & quomodò velint: Phœbus Lusitan. *tom. 2. decis. 189. n. 6. & seq.* illisque datum est non ligari iuris solemnitatibus, prout habetur *in d. l. 1. ff. de testam. milit.* vbi Gloss. *in verbo, Nuda* intelligit dummodo duobus testibus voluntas probetur; & repetit *in l. milites C. eodem titulo.* Atque ita cùm solum legitimæ probationes requirantur, nec fiat mentio quòd debeant esse rogati testes, sequitur non requiri quòd rogentur pro forma, & solemnitate, sed pro veritate probanda.

Quando verò rogitus omitti non debeat in testamento militis, dicetur ex Gloss. *in l. milites C. de testam. milit.* & *ex iure nostro lib. 4. Ord. tit. 83. §. 5. & 105*
infra hoc §. n. 121. Hoc tamen priuilegium circa testamenta datur, etiamsi muti sint; vt patet ex *Instit. 106*
de milit. testam. §. Quinimo. testamentumq; factum in expeditione belli valebit si miles intra annũ postquam à bello rediit, moriatur: secùs autem si post annũ decedat, vt patet *ex eod. tit. Inst. de milit. test. §. seq.*

Eodem priuilegio gaudebunt ad testamenta conficienda omnes, qui in castris reperiuntur, quamuis 107
milites non sint; dummodò in loco hostili existant: longè aliter, si locus non sit hostilis: habetur *in l. 1. ff. de bonor. possess.* Clar. *verbo testamentum, quæst. 15. n. 5.* ex Gloss. *in l. scriniarios, in gloss. fin. C. de testam. milit.*, quæ circa hoc communiter est approbata; vt testis est Parisius *cons. 32. n. 25 lib. 1.*

Item quæri potest quando censeantur milites 108
existere in castris, & in expeditione, vt iure militari testari possint? Valasc. ex dicto, *consult. 104. n. 9.* indistinctè vult posse testari quando sunt in castris, & sic in expeditione, hoc est in procinctu belli ad præliandum; nam hoc ostendit verbum *Expeditio* secundùm Viglium *in §. planè, Instit. de militar. testam. n. 5* & *ibi* Gloss. *verbo, hominibus.*

Sed clariùs Ægid. Lusitan. *in d. l. 1. C. de sacros. Eccles. 2. p. §. 1. n. 7.* ad effectum testandi milites dici esse in castris, quando fixis in campo tentoriis morantur in aliquo loco: in expeditione dicuntur esse, quando cum exercitu iter faciunt: Phœbus Lusitan. *tom. 2. decis. 189. per totam* præsertim *à n. 4.* atq; ita, quamuis milites olim quocumque loco, & tempore possent testari iure proprio, antequam à bello recederent; postea tamen Imperator Iustinianus decreuit tantùm id procederet, & concederetur militibus in expeditione existentibus, & in castris testantibus, *§. illis, & §. sed hactenus* & *ibi* Gloss. 1. *Instit. de militar. test.* Ægid. Lusitan. *supra §. 1. n. 4.*

Quare non gaudent eo priuilegio milites, qui citra expeditionem, vel extra castra in aliis locis hyemant cessante bello, & necessitate illius; & multò minùs milites vulgò, *de Guarnição, ou soldados, de præsidio*, nec limitanei, vulgò, *fronteiros*, qui in aliquo loco, etiam in pace stipendio fruuntur; non tamen gaudent hoc priuilegio: Viglius *supra num. 3.* contra Petrum Auendan. *in suo dictionario Hispano, verbo, Caualeiros, pag. 176.* asserentem, milites, siue sint pedites, siue equites existẽtes in regno Nauarræ, Granatæ, Neapolis, seu in Lusitania in Stationibus gaudere priuilegiis militaribus: Sed fallitur Auendan.
de

de iure communi; quia non sunt in castris, neque in expeditione bellandi; & ex consequenti nequeunt testari: quoniam huiusmodi milites sunt duntaxat ad prouinciarum, seu regnorum tranquillitatem: & priuilegium testandi conceditur solùm militibus in castris, & belli procinctu testantibus. Quare nec milites Melitenses, seu Maltenses extra castra, & expeditionem, gaudent hoc priuilegio testandi: contra Card. Mant. *lib. 6. tit. 1. de coniectur. vltim. volunt.* vbi asserit milites Rhodianos testari posse iure militari extra castra, & expeditionem; quia semper sunt parati mori pro defensione Religionis: sed etiam non placet de iure communi. Cæteris autem priuilegiis vtique gaudent: Valasc. *supra n. 13.* vbi *n. 19.* addit milites huius temporis, qui non vacant rei militari pro Republica; sed viuunt in Regia Curia, aut in otio in palatiis, non frui priuilegiis militum in testando: pro quo allegat Alex. *in l. Centurio, col. 4. ff. de vulgari.* Bart. *in l. 1. C. de iuris, & facti ignor. & in l. milites, ex quibus causis.* ex eadem ratione, quia non sunt in promptu, neque in procinctu bellandi; sicut qui sunt in castris, aut in expeditione.

109 Nihilominus, quidquid sit de iure communi; receptum est milites stipendia recipientes paratos ad prælianduм, si sunt in arcibus in terris hostiũ, quales sunt Lusitani in terris Mauritaniæ, & apud Indos, gaudere etiã priuilegio in testãdo: sunt enim actualiter parati ad præliãdum, & suas vigilias continuas alternis custodiunt, & explorationes habent, & censentur in expeditione bellica detineri: secùs dicendum de militibus præsidiatiis, existentibus in terris non hostilibus; sed pro quiete terrarum commorantibus, ac stipendio gaudentibus: ita Valasc. *d. consult. 104. n. vlt.* & Ægid. *d. l. 1 C. de sacros. Eccles. §. 5. n. 5.*

110 Contrarium tamen est dicendum de illis, qui Vlyssipone militiæ nomen dederunt, & Regiis expensis ad Orientalem Indiam nauigant, aut classibus veluntur ob causam militiæ; quandiu nauigant non posse testari iure militari, quamuis animo militandi nauigent: Ægid. *supra, n. 7. & 8.* vbi subdit tãquam indubitale Nauarchos, & Trierarchos nauium Indicarum, & classium iure militari testari posse; nec non omnes remiges in classibus, & triremibus quia censentur milites, per *eandem l. vnicam, ff. de bonor. possess. ex testam. milit.* Eodem modo Lusitani, qui nauibus Indicis præficiuntur duces; item Scribæ nauium, Nautæ gaudent hoc priuilegio; cùm planum sit esse milites, & ex consequenti iure militari possunt testari: *d. l. ex eo tempore, ff. de milit. testam.* censentur namque occupati in expeditione, cùm properent ad bellum ineundum cum hostibus. Idem est iudicium de illis, qui soluunt è portu ad insulas, expectaturi omnes ex India redeuntes, vt præsidio suo eas liberent ab hostili classe, & tutas in portum reducant.

Idem dicendum est de testantibus in quibuscumque nauibus bellicis, quorum testamenta iure militari fruuntur, sicut militum in terra præliantium, & excursiones terrestres exercentium: Valasc. *consult. 182. n. 19.* Quare de his intrepidè dici potest posse illos testari militari iure, cùm in expeditione, vt milites, occupentur: quod non est dicendum de nauigantibus ad Indos sumptibus regiis animo exercendi mercaturam, quamuis milites nuncupentur; atque ita eorum testamenta non nisi præmissa solemnitate necessaria subsistent: Ægid. *supra n. 9. & 10.*

111 Secundum priuilegium militum est posse decedere cum duobus, & pluribus testamentis: per *l. quærebatur, ff. de milit. testament.* Hoc posito, ambigitur si fecerit miles secundum testamentum, an videatur recedere à priore? Gloss. *in d. l. quærebatur,* tenet in dubio vtrumque sustineri: textus tamen *ibi* in contrarium ostenditur; vt notat Bart. *in l. militis Codicil. §. vltim. eodem tit.* & pro Gloss. affert eundem textum cum principio legis, & *§. 1.* Postea vtitur distinctione, vt iura inter se repugnantia ad concordiam reducantur; & hoc modo dicto, des opiniones temperat: proinde si miles expressè voluerit, vt primum testamentum sit firmum, vtrumque valere certum est: per *d. l. quærebatur.* Si autem miles nihil dicat; meritò dubitatur, qualis fuerit voluntas militis testantis: tum Bart. vtitur distinctione; nimirum si secundum testamentum dispositionem contineat omnium bonorum, tunc censetur reuocari primum testamentum: per notata *in d. l. militis Codicil. §. vltimo.*

Cæterùm, si secundum testamentum loquatur de parte dumtaxat bonorum, in dubio videtur velle vtrumque testamentum suum effectum sortiri; vt *in d. l. militis Codicil. in princip. §. 1.* sequitur Bald. *in d. l. quærebatur, n. 5.* à qua distinctione non recedit Cardin Mantuc. *de coniect. vltim. vo unt. lib. 6. n. 1. tit. 21.*

Item miles potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod aliis non conceditur: *ex l. penult. ff. de iniust. rupt. testam.* quamuis possit ad pias causas: ex Bart. *in l. 1. in secunda quæstione,* & latiùs *col. antepenult. vers. quinto quæro, C. de sacros. Eccles.* quod etiam priuilegium habet miles, per *l. si duobus, ff. de milit. testam.* vbi pro parte testatus, & pro parte intestatus emori potest: Anchar. & Imola, *in cap. cum esses, de testam.* Clar. *§. testamentum, n. 5. & 2.* vbi ostendit id fieri posse, si miles instituat hæredem in bonis castrensibus; & in bonis non castrensibus neminem instituit, vel è contra: in quo euentu testatus pro parte, & pro parte intestatus decedit: eò quia institutus in castrensibus non trahit ad se bona non castrensia ipsius testatoris, in quibus nullus nominatur institutus; sed deferuntur illa bona ad hæredes ipsius militis, succedentes eidem ab intestato: per Gloss. *in l. 2. verbo, probetur, C. de testam. milit.* 112

Quod contrà accidit in non milite, qui non potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus; sed causa testati trahit ad se causam intestati, & ex consequenti institutus in re certa tantùm, non existente vniuersali cohærede, totum capit, & nomen vniuersalis hæredis assumit: *l. quoties, Cod. de hæred. instit.* & detracta mentione rei certæ, & particularis, in totum hæres manet: *l. 1. §. si ex fundo, ff. eodem titulo,* & tradit Dyn. *in l. si quis instituatur hæres, ff. de hæred. instit.* & *ibi* Bald. & etiam *in l. dominus §. 1. ff. de vsufruct.* & Menoch. *consil. 224. n. 35. & 48. & n. 52.*

Aliud verò in milite instituente vnum in aliqua re certa, & alium in alia, prohibente tamen in suo testamento ius accrescendi: in hoc casu institutus in re certa non habet nisi rem illam certam: in reliquo autem succedunt venientes ab intestato; & miles decedit pro parte testatus, & pro parte intestatus. Longè verò aliter dicetur in non milite, qui non potest prohibere ius accrescendi in successione vniuersali: Putà, quando instituit aliquem in re certa, & prohibet ne quid vltrà petere possit; si contingat hæredem vniuersalem repudiare, non potest prohibere, ne reliqua hæreditas accrescat illi instituto in re certa; quia si cætera hæreditas non accresceret instituto in re peculiari, necessariò deuolueretur ad hæredes ab intestato venientes; quod est absurdum: eò quia daretur casus, in quo aliquis non miles decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, contra communem regulam iuris, de qua *in l. ius nostrum, ff. de reg. iur.* per quam testator 113

non potest prohibere ius accrescendi in suo testamento: Iul.Clar. §.*testamentum*, *quaest.*74. *num.*2. *vers. aut vero loquimur in successione vniuersali*: & prius *quaest.* 16. *n.*2. & 3. vbi, absolute concedit militi posse decedere pro parte testatum,& pro parte intestatum.

114 Quid memorem de fœminis militiam exercentibus? Respondetur gaudere priuilegiis militum in testando, & aliis, si bellicæ virtutis causa in castris versentur, & militia impediantur, ac denique militando seu pugnando decedant. Longè aliter si in castris ex causa inhonesta degant: Ægid.Lusitan. *de testament. milit.* 2.*p.* §.1. *n.*23. & 24. vbi prius *n.*10. idem indultum confert militibus cælestis militiæ, cùm in ipsius militiæ expeditione, & congressu occupantur, posse scilicet iure militari condere testamenta. Quod etiam extendit ad euntes Hyerosolimam per terras infidelium, religionis causa: competere videlicet illis priuilegium testandi minus solenniter.

115 Illud etiam priuilegium addi potest in testamento militis, subintelligi semper Codicillarem clausulam; vt si non valeat testamentum iure testamenti, valeat saltem iure Codicillorum: *l.* 3. *ff. de milit. testament.* Alexand. *cons.* 112. *in fin.* Cardin. Mantic. *lib.* 1. *de coniect. vltim. volunt. tit.* 9. *n.*4. & *lib.* 6. *tit.* 1. *n.* 31. vbi docet clausulam Codicillarem non subintelligi regulariter; nisi in testamento militis, & in testamento inter liberos, & in testamento ad pias causas: in reliquis autem non debere intelligi, nisi fuerit expressa. Quod adeò verum est vt fauore libertatis non debeat intelligi secundùm communiorem: per text. *in l. si iure, Cod. de manumiss. testam.* Cardin. Mantic. *d. tit.*9. *num.*7. nisi simul cum fauore libertatis concurrat ardor scilicet liciti amoris: quibus duabus causis simul concurrentibus, ardore nimirum honestæ affectionis, & fauore libertatis, seu pietatis, subintelligitur clausula Codicillaris: & ita Bald. *in d.l. si iure*, & testatur, & rem limitauit.

116 Quartum priuilegium militis est posse facere in testamento hæredem, & ex tempore, & ad tempus, vt *l. miles ita, ff. de testam. milit.*

Quintum potest miles filio suo facere testamentum, etsi sibi non faciat, vt *d.l. miles* §. *fin. ff. de testament. milit.*

Sextum priuilegium est, posse militem filio suo etiam puberi pupillariter & directè substituere, vt *l. in testam. C. de testam. milit.* & *d. l. centurio, ff. de vulgar. & pupillar. subst.* nec non substitutio pupillaris per militem filio facta valet; quamuis ex illius testamento non adeatur hæreditas: vt habetur *in d.l. miles*, §. *fin.*

Septimum; testamentum militis per querelam inofficiosi testamenti non impugnatur: *l. fin. C. de inoffic. testam.* Quin imò miles sciens se filium habere, potest illum præterire impunè, nam filij præteritio, in milite, habetur pro exhæredatione: vt *l. sicut certo, C. de testam. militum.*

117 Octauum, filio emancipato, & etiam exhæredato potest pupillariter substituere: *d. l. miles ita*, §. *exhaeredato, ff. de testam. milit.*

Nonum, potest miles hæreditatem dare directò in Codicillis, vt *l. milites, in principio, ff. de testament. milit.*

Præterea valet testamentum militis factum per notas insuetas; vt *in d.l. Lucius, illo titulo*, & ibi Dynus; quod conceditur etiam ad causas pias. Ad de militem accusatum de crimine, non posse quæstionari: *l. milites, C. de quaestionib.* sed hoc non seruatur vbique, saltem in Gallia: Bened. *in cap. Raynut. de testam. verbo, testament.* 1. *n.*22. vbi latè de priuilegiis militum, & *verbo, mortuo itaque testatore* 1. *in octaua fallentia*: Farin. *in prax.* *q.*41. *n.*31. vbi refert torqueri posse præsertim milites priuatos, qui modo sub vno Præfecto, & modò sub alio stipendia capiunt: Equites autem, & Capitaneos non posse quæstionari; sed tandem de consuetudine tradit indistinctè tam priuatos milites, quàm Equites passim torqueri, absque vlla prærogatiua, seu priuilegio.

Quæritur de causis tam ciuilibus, quàm criminalibus militum, quibus Reges in suo regno concedunt literas Status? Solutio est, milites quandiu sunt in expeditione, seu procinctu ad præliandum, aut quando cum exercitu iter faciunt mari, terraque; supersedendum esse litibus militum inchoatis, & eorum processibus durante bello, exceptis tribus casibus. Primò, in causis criminalibus, & excessuũ, quando punitio prorogari non debet: per tenorem talium literarum. Secundò, quando agitur de causis priuilegiatis, dotis nimirum, & de alimentis. Tertiò, quando in processu, & causa pendente, esset conclusum in eadem causa, & tempus assignatum ad ius dicendum, & partes tam essent vtrinque auditæ: ita Benedict. *in d. cap. Raynut. de testam. verbo Testamentum*, 1. *n.* 22. *ad fin.* ita quòd Iudex non habeat nisi ius dicere. 118

Restat dicendum de priuilegiis militum in testando de iure nostro Lusitano secundum id quod disponitur *lib.*4. *Ordin. tit.*83. *per totum*, ibi: *dos testamentos dos soldados, e pessoas que morrem naguerra.* quæ quamuis in multis conueniant cum priuilegiis in iure communi insertis; in aliquibus tamen non omnino coincidunt: ideo claritatis gratiâ breuiter accipe. Imprimis filios familias negatur posse testari, etiam de consensu patris, *lib.* 4. *Ordin. tit.*81. §. 3. ibi: *Posto que o pay lho permitta.* Nihilominus *tit.*83. §.1. eadem Ordinatio concedit filio familias militi posse liberè testari de castrensibus, aut quasi castrensibus, dummodò habeant quatuordecim annos completos, & ante eam ætatem etiam militi habenti in militia aliquod officium, aut dignitatem non conceditur testari: Ægid Lusit. *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* 2.*p.* §.1. *n.*11. & *n.* 12. vbi excitat quæstionem in filiis familias, qui se parant ad proficiscendum ad bellum, & ob id militiæ causa multa compararunt à consanguineis, & amicis; & antequam ad destinatam militiam peruenerint, extremum diem obierunt; numquid potuerint testari de huiusmodi rebus militiæ causa donatis, seu quæsitis, tamquam de re castrensi? In negatiuam partem magis inclinat; eò quia ante militiam acquisita futuræ militiæ causâ non gaudent priuilegio à lege dato, militiâ non sequutâ: & ideo non sunt dicenda bona castrensia ad hunc effectum, nisi militia subsequente, argumento dotis datæ ante nuptias, quæ non gaudet priuilegio dotis nisi post sequutas nuptias: vt respondet Iurisconsultus *in l. sed nisi*, & *in l. sequenti ff. de iure dotium.* 119

Dubitatur grauiter, an gaudeant hoc priuilegio testandi iure militari illi, qui pugnant in bello iniusto? Quod potest accidere quando initur bellum, quod iusta causa non suscipitur? & videtur negandum, quia priuilegia non debent concedi illis, qui contra leges ipsas prælia adoriuntur: *l. auxilium, ff. de minoribus.* Petr. Barb. *in l. viro, atque vxore, n.*20. *circa princip. ff. solut. matr.* Et ratio postulat, quòd nemo assequatur commodum ex eo quod iniquè operatur; & ex consequenti, qui militat in bello iniusto, non debet gaudere priuilegio testandi, cùm militet contra iustitiam.

Pars tamen affirmans ex eo magis placet; quia tam qui in iniusto, quàm qui in bello iusto occupatur, miles

miles est, & militiæ vacat, tam in castris, quàm in expeditione pro Republica quisque sua expositus: proinde priuilegiis eisdem datis militi debet gaudere: Item quia legum beneficia generaliter concessa, generaliter sunt intelligenda; neque ad militem spectat scire sintne bella iusta, an iniusta, quæ Principes ineunt: competit enim ignaro militi, & iusso parere potius, quàm oppositum, vt iure ipso cauetur *in l. fin. C. de iure deliber.* Ægid. *vbi supra §. 1. num. 14.* Cuius sententia aliis non displicet.

120 Porro quamuis statutum sit iure nostro *d. lib. 4. tit. 81.* condemnatos ad mortem naturalē non posse facere testamentum, *ibi § 6. & vltim.* ita vt testamenta anteà facta, damnatione sequuta, sint irrita: de quo idem Ægid. *p. 1. §. 5. num. 3. vers. priorem verò sententiam*, nisi solùm de tertia bonorum parte ad pias causas: P. Molin. *de iust. tract. 2. disp. 9. vers. Quoad ius*: aliàs *num. 8.* & Barbos. *in remissionib. ad d. tit. 81. §. 6. & vltim. per totum*: Nihilominus *eodem lib. 4. tit. 83. §. 2.* integrum est militi condemnato pro aliquo crimine ad mortem naturalem, testari libere iure militari de omnibus suis bonis castrensibus, perinde ac si non esset condemnatus: quod intelligitur, quando dux illius, aut Iudex, qui sententiam tulerit, in ea declarauerit quòd posset disponere de suis bonis, & testari: Ægid. *in d. l. 1. C. de sacros. Eccles. p. 1. §. 5. num. 2.*

121 Quid ergo dicendum de milite instituente vnum hæredem in bonis castrensibus, & alterum in non castrensibus? Ordin. Lusit. *supra d. tit. 83. §. 4.* decidit esse duos hæredes: atque ita debita contracta à milite existente in bello esse soluenda à bonis castrensibus, & contracta extra bellum à bonis non castrensibus: Nogueirus Lusitan. *in introduct. ad vltim. voluntates, lib. 3. c. 5. num. 2.* Si tamen in hoc casu bona castrensia non sufficiunt ad soluenda debita in bello facta, aut alia bona non castrensia ad exoluenda alia debita, & alter hæres bonorum noluerit acceptare hæreditatem; alter hæres aliorum bonorum, si acceptet, tenebitur soluere omnia debita contracta, aut relinquere omnia bona creditoribus, vt per ea sibi satisfaciant.

Insuper *ex eadem Ordin. tit. 83. §. 5.* constat quòd quamuis testes adhibiti in testamento militari debeant esse rogati; per Gloss. & text. *ibi, in l. Diuus, ff. de testamento militis*, & per *d. l. milites*, quam sequitur communis sententia, ex nostra Ordinatione hoc est intelligendum, quando milites sunt in expeditione, *ibidem*: *Os soldados quando vam em suas companhias poera a guerra, ou estão no arrayal podem fazer seu testamento com duas testemunhas com tanto que as ditas testemunhas sejão chamadas pera o tal acto*: hoc est; Milites quando sunt in expeditione, & iterfaciunt ad bellum, aut quando sunt in castris, possunt condere testamentum cum duobus testibus, dummodò testes sint vocati ad hunc actum. Cæterùm in ipso conflictu prælij, possunt milites, ex eadem Ordinatione, testari, quomodocumque voluerint; siue verbo tenùs, siue scripto; etiam in puluere, siue in terra cum gladio, aut in clypeo cum sanguine, dummodò id probetur duobus testibus, ibi casu, aut obiter existentibus, siue transeuntibus, & nullo modo ad id vocatis: sequitur Valasc. *consult. 104. num. 16. & num. 22.* Ægid. Lusit. *in d. l. 1. p. 1. §. 3. n. 7. vers. maior verò, ad fin.*

Similiter ex nostra Ordinatione *§. 6.* priuilegium concessum militi ad testandum iure militari in exercitu, aut congressu prælij, resoluitur sortiri effectum, si in castris, aut in bello moriantur, vel ad patriam solum reuersi, domi suæ decedant intra annum: sequitur Ægid. Lusit. *vbi supra 2. p. §. 1. num. 6. vers. circa quod tamen*, vbi *§ at verò* extendit ad testamenta illorum, qui milites non sunt, & iure militari testari possunt, sicut milites, & subdit ita demum sustineri eorum testamenta, si in hostili loco condita fuerint. Vnde si castra sint in loco amico, eo priuilegio militari testari nequeunt. Insuper anni, priuilegio non fruuntur, nec aliàs testamenta subsistunt, etiam in loco hostili facta, quàm illis illic morientibus: *l. fin. ff. de milit. testam: l. vnica, ff. de bonor. possess. ex testamento militis*, Stephanus Gratian. *discep. forens. cap. 340. n. 9. cum seqq.* addit priuilegio testandi militari gaudere Medicos, Chirurgos, Notarios, & familiares militum seruientes in exercitu.

De iure tamen Lusitano hoc non sufficit adhoc, 122
cùm dicatur *d. tit. 83. §. 8. in fin.* ita demum illorum testamenta, qui milites non sint, valere, quæ iure militari in loco hostili fecerint, si in prælio occumbant, vt constat ex verbis sequentibus: *e do priuilegio de testar concedido aos soldados que arsam outro si quaisquer pessoas, posto que soldados não sejão, que no exercito se acharem estando em terra de inimigos: mas os testamentos que fizerem não serão validos, senão morrendo elles na batalha.* Id est, priuilegio testandi militibus concesso gaudebunt item quæcumque personæ, quamuis milites non sint, quæ in exercitu interfuerint existentes in terra hostili: attamen testamenta, quæ fecerint, non erunt valida, nisi qui fecerint, obierint in prælio. Qua in re lex nostra à iure communi discrepat, secundùm quod, vt testamenta valeant sufficit, quòd sint facta in loco hostili, quamuis in prælio non occumbant.

Denique *d. tit. 83. §. 9.* Ordinationis Lusitanæ 123
decernitur, omnia testamenta facta à militibus extra castra, aut expeditionem, & conflictum prælij absque solennitate requisita de iure communi in omnibus testamentis esse nulla: quare iure militari nequibunt testari præsidiarij milites, qui morantur in arcibus, neque milites stationarij, aut limitanei in locis Africanis, nisi quando sint in obsidione, aut in congressu belli: sequitur Cabed. *1. p. decis. 129 num. 10.* Valasc. *consult. 104.* sed Ægid. Lusit. *d. §. 1.* dubitat de hac praxi, cuius meminit Valasc. *ibi, num. 33.* Nihilominus de iure nostro *supra, §. vltim.* id affirmat: quod est verum, vt legenti patebit *in d. §. 9. ibi saluo se os soldados.*

---

§. VI.

De testamento facto tempore pestis, aut Ruri, aut in Eremo, aut coram Principe, seu coram Parocho.

EPITOME.

124 *Quæ solennitas requiratur in testamento facto tempore pestis?*

125 *Testamentum tempore pestis ex Bald. eget quinque testibus, & n. 126.*

127 *Feminæ in tempore pestis an possint esse testes in testamento.*

128 *Ex iure antiquo Lusitano sufficiebant tres testes ad testandū tam in Eremo, quā in alio loco: & n. 129.*

130. *Idem*

130 *Idem dicendum de Codicillis.*

131 *Testamentum tam de iure communi, quàm de iure Lusitano nouo saltem quinque testes requirit.*

132 *Testamentum sine vlla scriptura tempore tantùm mortis, & cum sex testibus fieri potest.*

133 *Vtrùm valeat testamentum iure factum a rustico, qui postea factus est ciuis alicuius ciuitatis cum solemnitate rurali.*

134 *Quomodo subsistat testamentum conditum à peregrino cum minori numero testium.*

135 *Testamentum factum coram Imperatore, Rege, aut Principe Superiorem non habente absque alia solennitate valebit.*

136 *Testamentum coram Parocho conditum quot testibus eget.*

137 *Testamentum factum coram Parocho alieno cum duobus testibus an sit validum?*

138 *Defectus personæ Parochi supplebitur si addantur duo testes.*

139 *Vtrùm valeat testamentum factum coram Parocho, & testibus a testatore non infirmo, sed sano; & factum ab infirmo an valeat si conualescat.*

140 *Testamentum in mari factum, quam solemnitatem exigat; & an sufficiant duo testes; & quid si fiat intra limites nauigationis Lusitanæ? & n. 141.*

124 DE testamento facto tempore pestis, quando est magna, ex Batt. & aliis, loquitur Gama *dec.* 81. dicens valere factum cum tribus testibus omni exceptione maioribus: sequitur Cabed. 1. *p. dec.* 170. *n.* 1. & 4. Quod Flores de Menx in additionibus ad Gamam probat magis ex æquitate, quàm de iuris rigore: cùm circa numerum testium nullo iure huc dispositum inueniatur.

125 Iulius Clar. tamen §. *testamentum*, *q.* 56. *n.* 3. ex Bald. *in l. fin. in fine C. de testam.* ait requiri quinque testes, dummodò testator eo tempore ægrotet morbo pestilenti, & maior copia testium haberi non possit subdens, sibi placere semper, quòd ad minus interessent quinque testes, quamuis aliqui dixissent eo tempore duos tantùm in testamento sufficere, quorum opinionem nullo modo esse tenendam tradit, sed Baldi, post alios, qui saltem quinque sufficere volunt.

Mihi placet Gamæ, & Cabed. sententia, cui accedit Andreas Gail. *obseruationum lib.* 2. *obseruat.* 118. *n.* 18. quia tempus belli & pestis æquiparantur.

126 Fundamentum est, quia communiter omnes volunt eo tempore minorem numerum sufficere: cùm ergo de iure communi septem testes requirantur, & ea æquitate detracti sunt duo testes à Bald. & aliis: atqui de iure Lusitano sufficiunt quinque testes vltra Tabellionem: ergo detractis duobus sufficiunt tres testes ad minus: masculi tamen; quamuis secundùm multorum opinioné fœminæ admittan-
127 tur in testamento tempore pestis: prout tradit Valasc. *consult.* 117. *n.* 25. sed Gama *dec.* 44 ait debere esse masculos: sequitur P. Molin. *tractat. de instit. disp.* 127. *vers. de iur. huius Lusitaniæ regni*, existimans quando conficitur testamentũ, vbi nequeunt
128 facilè inueniri testes necessarij, verbi gratia in Eremo, vel tempore pestis, quando æger peste laborat, satis esse tres testes; siue testamentum sit clausum siue apertum; & siue fiat scripto, siue morte instante voce tenus, cùm non facilè reperiantur testes alioqui necessarij: nam si possent facili negotio vocari, non valeret testamentum cum solis tribus testibus: vt fuisse iudicatum refert Gama *dec.* 210. contra testamentum pestilenti tempore factum cuiusdam detenti in carcere publico, vbi sufficiens testium numerus erat.

Eodem modo testamentum factum in Eremo 129
apud Lusitanos valebit corã tribus testibus, aut in alio loco, vbi propter penuriã vicinorum non possunt tot testes inueniri, quot alioquin sunt necessarij in quocumque testamento, quomodocumque facto, dummodò sint masculi: P. Molin. *vbi proximè, disp.* 127. *vers. de iure huius*. Idem asserit de Codi- 130
cillis secundùm legem Lusitanam antiquam *lib.* 4. *tit.* 76. §. *fin.* quæ Lex ratione loci testium numerum in testamentis, & Codicillis simul, & æqualiter remittebat, contenta tamen tribus duntaxat testibus tam in testamento, quam in Codicillo perficiendo.

Nihilominus noua Ordinatio *in noua compilatione* quoad testamentum attinet, nihil meminit de testamento iure facto; sed de Codicillo: *lib.* 4. *tit.* 86. §. 2. In Codicillis ratione loci factis iure numerum testium diminuit, ad tres redigens testes; atque ita in testamentis in quibus vetus Ordinatio fuit antiquata, hodie apud nos non nisi quinque testibus interuenientibus sustinebitur testamentum, siue in Eremo; siue in loco pestilenti factum: ita Ægid. Lusit. *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* 2. *part.* §. 2. *num.* 2.

Magis tamen placet asserere de iure nouo Regio 131
in Codicillis iure factis coram tribus testibus habere locum, quod ibi disponitur: at vero pro testamentis non sufficere nisi quinque tam de iure communi; vt habetur *in l. fin. C. de testam.* per hæc verba, ibi: *sin autem in illo loco minime inuẽti fuerint septem testes, vsque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus*. Sed etiam de iure nostro nouo *lib.* 4. *tit.* 86. vbi conceditur fieri Codicillos valide cum tribus testibus, quando fiunt in locis in quibus numerus alias requisitus inueniri facilè non posset. Cùm ergo tantùm loquatur ibi de Codicillis, bene sequitur requiri de eodem iure Regio solennitatem necessariam in testamentis, quam petit idem ius Re-
gium *lib* 4. *tit.* 80. *per totum*, vbi §. *fin.* testamentum 132
sine vlla scriptura tempore mortis dũtaxat permittitur fieri, idque cum sex testibus tã maribus, quàm fœminis: extra illud tamen testamentum nuncupatiuũ tempore mortis, aut extra scriptũ, si contingat impendente morte fieri testamentum verbo tenus; aut disponi de suis bonis absque vlla scriptura, valebit dispositio cum sex testibus siue masculis siue fœminis: tamen si testator conualescat testamentum omnino corruet.

Ambigi potest an si rusticus iure conficiat testa- 133
mentum, probétque illud rusticana illa solennitate, & postea fiat ciuis alicuius ciuitatis, numquid sustinebitur cum illa agraria firmitate? Affirmat Iason *in d. l. final. C. de testam. n.* 2. *vers. tertio extende*, & Ripa *in tract. de peste, in priuileg. vltim. volunt. q.* 4. *n.* 26. quibus accedit Menchac. *de success. creation.* §. 22. *n.* 34. *vers. sextò amplia.* Quorum sententia censetur vera, si rusticus moriatur in ciuitate intra annum à die incolatus, argumento testamenti militis testantis in castris, aut in expeditione iure militari, cuius testamentum intra annum duntaxat valet, post honestam absentiam à militia: elapso autem anno, rusticorum, sicut & militis, testamentum non sustinetur; cùm non gaudeant maiori priuilegio, quæ fiunt iure, quam quæ conficiuntur in castris, & in expeditione: vnde vbi Rusticanus ciuitatis iam incola factus in ea habitat, cessat priuilegij causa; & causa cessante priuilegium ipsum cessat, secundùm *l. Titia* 87. §. *vsuras ff. de legat.* 2.

Secùs dicendũ, si rusticus condito testaméto iure, mortuus fuit in ciuitate, non vt ciuis, sed vt aduena:

tunc

tunc enim etiamsi moriatur post annum, testamentum sustinebitur: eo quòd è iu c domicilium non transtulit, sicut militis iure militari testantis in castris testamentum, etsi domum reuersus non quidem à militia missus, valebit testamentum, quamuis domi moriatur: tunc enim non cessabit dispositio, vt vult Bald. *in d. l. si quis heredem, C. de instit. & substit.* Imola *in Clement. 2. de Rescriptis, num.* 14. & Ripa *in tract. de peste, d. q. 4. n.* 27.

134 Idem esto iudicium de peregrino testante, cuius testamentum conditum in peregrinatione cum minori numero testium valebit, si moriatur in loco vbi hospitatur, & testatur: longè aliter si domum redeat, vel alibi post peractam peregrinationem decedat: sustinebitur tamen si durante peregrinatione moriatur, quamuis alibi, cùm adhuc duret causa priuilegij testandi insolenniter: ita Paul. *in l. matritoribus, num. 4. in fin. C. communia de success.* per *Authent.* ibi positam, vbi Angel. *n. 2. contra gloss. ibi*; vult peregrinum posse cum duobus testibus testari. Consentit Ripa *de peste, circa speciale 2. vlt. volunt. n. 4. vers. tertiè inducunt.* Quod nullo modo debet admitti, iuxta *supra* tradita: Spino *in speculo 3. p. Rubrica de testam. n.* 5.

135 Pro testamento facto coram Imperatore, Rege, aut Principe Superiorem minimè recognoscente: Dicendum est, validum esse absque alia solemnitate, vt constat *ex l. omnium, C. de testam.* & *ex l. 3. tit. 1. part. 6 legum Castello.* Dicetur autem testari coram Principe, si porrigat preces Principi, in quibus declaret qualiter de rebus suis disponat; etsi Princeps super huiusmodi precibus nihil rescribat. Quinimò si quis nullis oblatis precibus, sed ore tenus coram Principe dicat, se instituere hæredem Paulum; valebit testamentum, modò de hoc per aliquos testes fiat probatio; & sine dubio testes sufficiunt, vbi non apparet preces fuisse oblatas: ita Bart. *in d. l. omnium n. 2. C. de testam.* Et est communis opinio, teste Socino iun. *cons. 138. num. 10. lib. 5.* quem refert Couar. *In rubric. de testam p. 1. num. 2.*

136 De testamento facto coram Parocho; de iure Canonico deciditur *in cap. cum esses, de testamentis*, sufficere duos, aut tres testes; contra ius ciuile, & receptam consuetudinem; cum Parocho: addita pœna excommunicationis, contra eum, qui ausus fuerit testamentum hoc eneruare in Terris Ecclesiæ subiectis Romano Pontifici, quoad vtramque iurisdictionem, tam temporalem, quàm spiritualem, & quoad vtrumque forum Ecclesiasticum, & seculare: Secùs in terris cuiuscumque Principis secularis, in quibus leges ciuiles quoad testamenta conficienda obseruantur. Disputationis tamen gratiâ, non sine fundamento defendi potest sententia Pauli Comitoli, *Respons. moral. lib. 7. q. 1. n. 8.* dicentis cum aliis dispositionem capitis, *Cum esses, de testam.* esse generalem, & vbique eandem vim habere; cum scriptum sit: *In ore duorum, vel trium testium stet omne verbum.*

137 Dictum est coram Parocho, seu Presbytero suo, ita vt non satis sit fieri cum alio presbytero non suo: Cened. *ad decretal. collect. 159. n. 1.* césque sine presbytero suo testamentum nullum tradit Marc. Anton. Gennens. *in pract. Ecclesiast. q.* 160. Accedit Parochus ad testamentum vt Notarius: neque in hoc apparet aliquod inconueniens: Mascard. *de probat. conclus.* 1352. Sequitur Spino *in suo speculo gloss. 3 t. n. 39.* vbi *n.* 48. in vtramque partem disputat cum communi contra cómunem, solemnitatem testium, quæ in testaméntis, quoad eorum numerum, requiritur, esse substantialem, & non probatoriam: quod etiam docet Couar. *in d. c. cum esset, n. 8.* sed priùs *n.* 5. inclinat solemnitatem circa numerum testium esse probatoriam: prout refert Spino *citatus*, & non substantialem: & tenent plures relati per Menchac. *de success. creatione §. 2. n. 2. cum seqq.*

138 Proinde si testamentum non conficiatur coram Parocho testatoris cum duobus, vel tribus testibus, vt valeat opus est, vt addatur numerus duorum testium, & ita supplebitur defectus personæ Parochi, testamentúmque sustinebitur cum quatuor testibus, vt constat *ex eodem cap. cum esses*, per text. *ibi*, vel duobus aliis personis: Mascard. *de probationib. concl.* 1352. *n.* 8. deberéque huiusmodi testes esse rogatos, seu vocatos, tenet Stephanus Gratian. *discept. forens. c. 93. à principio.*

139 Adde *in d. c. cum esses, verbo, in extrema fecerint*, solùm loqui in testamentis confectis dumtaxat ab ægrotis, & personis infirmis, vt per Cened. *ad decretal. collect.* 159. *n.* 7. subdens per hunc textum eo tantùm casu reprobari, & corrigi consuetudinem, & leges ciuiles exigentes ampliorem numerum testium, eò quòd infirmus non ita facilè semper potest rogare, seu conuocare testes, sed eo modo, quo potest volútatem suam exponit Parocho, qui eo tempore, vt Medicus spiritualis consulit animæ sui Parochiani. Quare si conficiatur à testatore in sanitate existente, non valebit hoc testamentum, ex traditis à Boër. *decis. 228. ex n. 11. cum seqq.* & ex consequenti, si conualescat ex eo morbo, dubitari potest an sustineatur? sed sustineri colligitur ab eodem Boër. *n.* 12. dicente testamentum à peste percusso factum cum quinque testibus, si superuiuat, non rumpi; quamuis, potuerit postea cum numero septem testium illud reficere, si in eadem voluntate perseuerauerit: vt vult Corneus *cons. 53. vol. 4.* & Ripa *in tract. de peste, fol. 25. col. 1. vers. quaero quarto.* Iuuat Guido Pape, *decis. 543. ex n. 3.*

140 Quid de testamento in mari facto? Respondetur, si testetur in mari adhærente regno extraneo, & alieno, cuius leges circa testamenta condenda ignorantur, & consuetudo nescitur, sufficere solemnitatem iuris Gentium, & ita satis esse testes duos ad probationem testamenti: Cæterùm si mare sit, vel portus adiacens, seu adhærens alicui regno, cuius leges circa testamenta conficienda non ignorantur; Aliqui vt Bald. *in cap. licet, de feriis*, vbi declarat Gloss. *in c. vbi periculum, §. porro, de electione*, voluit debere testamentum cófici in mari, vel in portu maris secundùm Statuta loci, seu regni cui adiacet & adhæret; nec sufficere solennitatem iuris Gentium: sequitùr Tellus Fernandez *in l. Tauri 3. p. 2. n.* 5. tamen Cifuentes *in eadem l. n.* 17. vult in eo testamento ibi ita confecto sufficere duos testes, si plures nequeunt haberi: consentit Anton. Gom. *n. 22. in eadē l.* dum opinatur in loco hostium, & infidelium, vbi quis moratur tanquam Mercator, seu Legatus, secundùm veriorem, satis esse testari cum solemnitate iuris diuini, vel Gentium, coram duobus testibus; eò quòd tale ius vbique habet locú veluti bonum, & æquum, & vniuersale: per *l. penult. ff. de inst. & iur.* ita Bald. *in l. 2. C. quemadmodum testamenta aper.* & *ibi* Paulus Fulgos. *in l. hoc iure, ff. de inst. & iur. col. final.* quamuis contrarium credat Spino *in suo speculo 3. p. Rubrica, num. 7. vers. contraria tamen sententia.*

141 Mihi tamen probatur, in testamento mari intra limites nostræ nauigationis Lusitanæ facto, requiri solemnitatem nostratum legum; aliàs non valere: Eò quia in qualibet naui Lusitana constituitur Notarios cum potestate scribendi testamenta: Sin autem non constituatur, nec numerus testium facilè reperiatur; tunc sustinebitur testamentum instar facti in loco Eremo; vt supradictum est de testamento rure confecto.

LIBER

LIBER QVINTVS.

De Testamentis.

DISPVTATIO VIII.

De Testamentis non priuilegiatis, & de eorum solennitatibus vt valeant, tam de iure communi, quàm de iure particulari.

§. I.

Quo iure sint introducta testamenta, & quæ personæ prohibeantur testari?

EPITOME.

1 *Quo iure sint introducta testamenta, respectu inuentionis, & respectu solennitatis.*
2 *Testamenta, quatenus sunt de iure Gentium, non possunt tolli per Principem quoad solennitates maximè.*
3 *Ius Gentium quid sit, & cur ita dicatur?*
4 *Et an reducatur ius Gentium ad ius positiuum, vel ad ius naturale?*
5 *Quibus personis prohibeatur facere testamentum?*
6 *Et an impubes possit testari de licentia Regis?*
7 *Furiosus quando possit testari validè, & Phreneticus, & n. 8.*
9 *Mente captus, stultus, & fatuus an possit testari? & n. 10. Et quid de filio familias, n. 11.*
12 *Hereticus, & Apostata à fide an aliquando possint testari; ante sententiam, & post sententiam.*
13 *Resolutio quæstionis.*
14 *Hereticus an sit incapax cuiuscumque successionis?*
15 *Et quid si successio deferatur per viam contractus, & vnde veniat heretico hæc incapacitas? & n. 16.*
17 *Excommunicatus in quibus casibus nequeat testari? & n. 18.*
19 *Et quando excusetur per ignorantiam inuincibilem ab excommunicatione?*
20 *Ignorantes inuincibiliter mandatum Episcopi, vel Papæ sub pœna excommunicationis latæ sententiæ, quando excusantur facientes contra, & n. 21. & 22.*
23 *Percussor clerici quando excusetur ab excommunicatione Canonis* Si quis suadente.
24 *Et quid de fure, & de homicida, & n. 25.*
26 *Hereticus reconciliatus potest testari, & succedere ab intestato, & ex testamento etiam antequam admittatur ad reconciliationem.*
27 *Seruus, Religiosus, prodigus, surdus, & mutus & condemnatus ad mortem an possint testari, & infra n. 37. & 38.*
28 *Milites Ordinum militarium olim non poterant testari: nunc autem etiam non omnes testantur.*
29 *Monachi professi etiam de licentia summi Pontificis possunt testari, quamuis sint Episcopi.*
30 *Non possunt tamen per eam licentiam Maioratum instituere nisi expressè concedatur.*
31 *Et quid de Monacho, qui fuit vxoratus, & habuit filios, & postea Religionem fuit ingressus, & n. 32. 33. & 34.*
35 *Maioratus institutus ex contractu non reuocatur per ingressum religionis, & quid in nostra societate?*
36 *Episcopus Monachus de licentia Pontificis summi potest testari ad pia tantum: & an illa licentia expiret.*
39 *Condemnatus ad mortem vtrùm testari possit? Remissiuè.*
40 *Vsurarius manifestus an possit testari, & n. 41. 42. & 43.*

PRIMA dubitatio, Quo iure sint 1
introducta testamenta? Bart. *in l. interdum, ff. de conditione indebiti,* receptus communiter secundùm Peraltam *in Rub. de hered. instituend. n. 140.* & Pinell. *in Rub. de rescind. vendit. 1. p. c. 1. n. 23.* voluit inuentionem, & introductionem testamentorum fuisse de iure Gentium: approbationem autem, confirmationem, & solennitatem esse de iure ciuili inductam: vt *in l. 1. per totam,* & maximè *in l. 3. ff. de testam* & *in l. 1. C. eodem, tit.* & turlos *in l. etiam 1. C. de sacros. Eccles.* Idem Bart. *in Rub. ff. de acquirenda hereditate, 2. col.* & Bald. *in d. l. 1. C. de sacros. Eccles. col. 4. q. 3.* Idem Bald. *in Rub. C. de contrahend. Emptione, col. 1.* concludens: sicut contractus in inuentione, & origine dicitur de iure Gentium, quo fuit inuentus; & respectu solênitatis, seu formæ, est de iure ciuili: ita testamenta respectu inuentionis, & originis, sunt de iure Gentium: secundùm quod Gentes de suis bonis disponebant post mortem: respectu verò formæ, & solemnitatis esse de iure ciuili receptum est: Couar. *lib. 3. resolut. c. 6. n. 7.* Burgos de Paz, Tellus Fernandez *in d. l. 3. Tauri in princip.* Menchac. *de succeß. creatione § 1. n. 1. in vers. quoad quarum.*

Hinc fit vt substantia testamentorum, vt est de 2
iure Gentium, & sic de naturali secundario, non possit tolli per Principem quo ad hoc, vt postquã est factum, ius auferatur. Cæterùm quia solemnitates, & formæ sunt à iure ciuili inductæ in testamentis, potest Princeps ex causa interdicere aliquibus, ne faciant testamenta: Spino *in suo speculo, 1. p. gloss. rub. n. 22.* Illis autem, quibus non interdicitur facere testamentum, non potest Princeps tollere, nec mutare conditiones, formas, & solennitates positas à testatore iuxta iuris dispositionem: vt tenet expressè

expresse Archidiacon. *in cap. Episcopus*, 88. *dist.* Matt. Laudens. *in tract. de priuileg.* §. 22. Decius *cons.* 357. *num.* 5. *& cons.* 403. *num.* 14. quos sequitur Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 6. *num.* 7. *vers. sexto hanc sententiam.* Burgus de pace *in d. Proœmio legum Tauri*, *num.* 327.

3 Secunda dubitatio petit, quandoquidem testamenti factio est inducta iure Gentium, quid sit ius Gentium? Respondetur sic esse dictum, quòd eo vtantur omnes homines, quia in aliquam ingentem societatem sunt congregati. Nam Gens est hominum multitudo eisdem moribus vtentium, dicta quasi Genus, litera, v, sublata. Est igitur ius Gentium, quo vtuntur homines, non tamquam homines, hoc est rationis participes animantes; sed tanquam Gentes, & in populi formam aliquam sociati, vt exponit satis de iure Gentium Zazius *de iuris ciuilis interpretatione tit.* 3. Azor *lib.* 5. *instit. moral. cap.* 1. *vers. secundò diuiditur, tom.* 1. P. Suarius *de legibus lib.* 2. *cap.* 18. & Tyber. Decianus *in tract. criminal. lib.* 2. *cap.* 8.

4 Tertia dubitatio est, an hoc ius Gentium reducatur ad ius positiuum, an ad ius naturale? Sunt qui putent omne ius Gentium propriè sumptum, esse positiuum: Molin. *tom.* 1. *de iustitia, tract.* 1. *disp.* 1. *&* 5. Sequitur Sallas *disp.* 2. *sect.* 2. *num.* 18.

Alij tamen opinantur ius Gentium sub iure naturali latè sumpto contineri: Azor *d. lib.* 5. *cap.* 1. *secundo diuiditur.* Alij denique tradunt ius Gentium partim sub naturali, partim sub positiuo includi: ita Bart. *in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iur. num.* 9. *cum seqq.* cuius opinio est receptissima, vt ait Menchac. *lib.* 1. *de success. creat.* §. 1. *num.* 2. *&* 3. *& controuers. primo, cap.* 10. *num.* 18. Quod valet idem, quod vulgariter dicitur, ius Gentium, aliud esse primarium, aliud secundarium.

Hæc dubitatio videtur solùm de nomine; quia quando constat aliquid esse de lege naturæ, parum refert, si dicatur esse quoque de iure Gentium: quoniam Gentes communiter eo iure vtuntur. Quare simpliciter dici potest, ius Gentium esse ius humanum & positiuum, vt Sallas *suprà sect.* 3. *num.* 21. §. 4. latè probat, & Suar. *de legibus lib.* 2. *num.* 3. neque discrepant iuris Cæsarei prudentes, qui ius Gentium partiuntur in primarium & secundarium: & prius dicunt contineri in iure naturali; posterius autem esse positiuum humanum: quæ diuisio tantùm differt in vocis vsu; cùm re vera coincidat cum opinione suprà posita; eò quòd non est negandum ius Gentium primarium esse naturale, solùmque denominari Gentium, quatenus illo communiter Gentes vtuntur: proinde quando loquimur quatenus ius ab origine, & authoritate denominatur, est illud secundarium, quod iuris Cæsarei periti affirmant esse positiuum, de quo Suar. *dict. cap.* 19. *num.* 2.

5 Quarta dubitatio, quibus personis interdicatur testamenta condere? Atque imprimis de iure communi, & de iure particulari interdictum est impuberi minori quatuordecim annis, si est masculus: & minori duodecim, si est fœmina, testari: quia non præsumitur habere integrum iudicium ad testandum: text. *in l. qua ætate, ff. de testam. & in l. si frater. C. qui testam. fac. poss.* text. *in l. final. C. de test. milit.* vbi deciditur, quòd etiam ex priuilegio militari impubes testari nequeat: text. *in l.* 13. *tit.* 1. *part.* 6. consonat Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 81. *das pessoas, quibus non est permissum facere testamenta, in princip. menor de quatorze annos*: & quamuis in aliquibus casibus, seu delictis malitia suppleat ætatem, & impubes proximus pubertati teneatur ex delicto, text. *in l. pupillum, ff. de regul. iuris*, & ex §. *in summa, Instit. de obligationib. quæ ex delicto nascuntur.* Quod idem ostenditur in matrimonio, quando impubes doli capax potest copulare, potest etiam contrahere: vt *in cap. iuuenis, de sponsalibus, & in cap. de illis, de desponsatione impuberum.* Cæterùm in testamento malitia nunquam supplet ætatem; adeò quòd quamuis minor impubes sit proximus pubertati, & valde intelligens, adhuc non valet testari; quia non habet tempus perfectum, & completum: ita Paulus de Castro *in l. qua ætate. ff. de testam. in fine.* Ioann. de Imola *in cap.* 1. *extra de testament. col.* 6. Quin etiam neque ad pias causas impubes testari valet: Bart. *in l.* 1. *C. de sacros. Eccles. col.* 3. *&* 4. Alberic. *in l. frater a fratre. ff. de condict. indebiti. col.* 7. addens ex tali testamento nullam omninò obligationem, etiam naturalem oriri.

Quinta dubitatio, an impubes possit testari de licentia Regis? hoc est, an Rex, vel Princeps supplere possit hunc defectum ad testandum? Negatur ex text. *in l. final. C. de testam. milit.* per quem idem Bald. *in l. vnica. C. de Confessis, col.* 2. *num.* 85. *vers. quæro, quæ sunt exempla*, probat; & confirmatur ex text. *in l. enim prætor, ff. de iudic.* vbi habetur non posse impuberem esse iudicem, quia prohibitum est à natura: quæ sententia est satis tuta: non enim Rex potest supplere defectum iudicij, & intellectus, cùm censeatur naturalis. 6

Cæterùm cum apertè non constet quo tempore, & ætate minor habeat illud iudicium integrum; fatendum est, posse Regem tempus aliud statuere, & præfigere; atque ita non solùm Lex communis, & statutum, sed etiam Rex potest concedere, quòd impubes proximus tandem pubertati, siue masculus, siue fœmina, possit facere testamentum: argumento impuberis proximi pubertati, qui potest contrahere de iure, & quasi contrahere, saltem vt obligetur naturaliter: igitur poterit Rex idem concedere, vt faciat testamentum: vt tradit Bart. *in l. si quæramus. ff. de testam. col.* 2. *num.* 6. Paul. de Castro *in l. rescripta. C. de precib. Imperat. offer. col.* 2. & Angelus de Perusio *in l. fin. C. de testam. militis*, & ibi Alex & P. Molin. *de iust. tom.* 1. *disp.* 136. §. *præterea impuberes.* Anton. Gom. *l.* 3. *Tauri num.* 3. *&* 4.

Furioso item, qui perpetuo morbo laborat, aut habet dilucida interualla, interdictum est testari tempore furoris: Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 7. *vers. quæro.* Benedict. Pinel. *select. iuris interpret. lib.* 2. *cap.* 20. Secus si alio tempore, quo est sanæ mentis: vnde Menoch. *cons.* 311. *num.* 7. *& cons.* 374 *num.* 45. *& lib.* 6. *de præsumpt. quæst.* 45. *num.* 66. & Mascard. *de probat. conclus.* 39. *num.* 8. tradunt testamentum furiosi habentis dilucida interualla præsumi factum tempore sanæ mentis, si videatur factum ab homine sani intellectus. 7

Nihilominus quando ambigitur an condiderit testamentum furore durante, aut tempore sani intellectus, & ex cōsequenti in dilucido interuallo, ex verbis testamenti, & ex modo testandi potest argui an habuerit defectum iudicij, & intellectus: præsertim si tempus testamenti erat vicinum, & proximum tempori furoris: tunc enim censebitur factum tempore furoris, & non sustinebitur. Contra verò si tempus testamenti non erat proximum tempori furoris, & verba testamenti, & qualitas dispositionis, & modus dicendi ita conueniant, vt sanam mentem & intellectum videantur ostendere, valebit illud, quasi factum in dilucido interuallo, & tempore habili: argumento text. *in l. patronus*, §. *final. ff. de legat.* 3. & expressè

tenet Bald. *in l. furiosum, C. qui testamenta facere poss.* Bart. *in l. 1. ff. de bonor. possess.* Ioan. de Imola *in l. qui testamentum §. nec furios. de testam.* & Albas *in c. final. de successi. ab intestat.* Nam furor præsumitur durare omni tempore, si constet furiosum fuisse antea furore percitum, aut aliquo modo affectum, quamuis habeat dilucida interualla: Molin. *de primog. lib. 2. cap. 9. n. 30.* & P. Molin. *tract. 2. tom. 1. disp. 136. n. 3. vers. in dubio autem*, Sanch *de matrim. lib. 1. disp. 8. n. 17. vers. Et ratio est.* Valasc. *consult. 145. n. 13. & 14.* & Aloys. Riccius *in praxi rerum fori Eccles. decis. 251. n. 3.*

8 Probatur ex Gloss. *in cap. cùm dilectus, de success. ab intestat.* ibi: *quia constabat illum prius fuisse furiosum.* Ex quo adhuc præsumitur furiosus: secus si antea furore agitatus non fuisset; quia non præsumitur furiosus, sed sanæ mentis. Anton. Gom. *3. variar. cap. 1. num. 71.* Burgus de pace, *cons. 11. num. 13.* Perez *ad tit. 2. lib. 5. Ordinament. pag. 63.* Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 8. num. 17. & in præcepta Decalogi lib. 4. cap. 1. num. 15.*

Furor tamen probatur per testes singulares; Marant. *in repetitione legis, si posest. num. 130. vers. prædictis adde ff. de acquirend. hared.* Herculan. *in tract. de negatiua. num. 157. ad fin.* Mascard. *de probation. conclus. 827. num. 7. & conclus. 1045. num. 33.* & Caldas Pereira, *quæst. forens. 24. num. 7.* Et possunt testes esse domestici Farinac. *in praxi, 2. p. quæst. 55. num. 116.* quem sequitur Barbos. *cap. in literis, de testibus. num. 17*

Hinc sequitur quæstio, an valeat professio facta à furioso? Respondetur negantes, nisi factus sanæ mentis ratum habeat: Boer. *decis. 23. num. 69.* Azor. *Instit. moral. p. 1. lib. 12. cap. 2. q. 5.* Sanch. *in præcepta Decalog. d. lib. 4. cap. 1. num. 5. & tom. 2. lib. 5. cap. 4. n. 53.* & conferunt quæ idem Sanch. tradit, *de matrim. lib. 1. disp. 8. n. 15.*

Dubitatur tamen an professio illa emissa tempore furoris ratificetur, si postea redeat ad sanam mentem, & conscius professionis factæ à se, non contradicat, nec habitum professorum non exuat? Affirmant Hostiensis *in cap. sunt de regularibus, in fine*, & Ioan. Andreas *n. 2.* censent statim ratam professionem. Contrarium tamen sustinent Abbas *in eodem cap. n. 4.* Syluest. *in summa, verbo, Religio, 5. q. 2.* & Azor. *d. q. 5.*

Cæterùm post decretum Concilij Tridentini *sess. 25. de regularibus. cap. 15.* non erit locus huic tacitæ professioni, nisi quando ante furorem integer annus probationis, seu nouiciatus præmissus esset, vel post sanam mentem præmittitur: Sanch. ita *d. lib. 5. cap. 4. num. 53. in fine*, vbi *num. 54.* controuertit an quando aliquis sanæ mentis, & compos sui ingreditur Religionem, & durante anno probationis lapsus est in furorem, sit computandum tempus furoris in anno nouiciatus? Et resoluit *num. 55.* furorem breui durantem per octo scilicet aut quindecim dies non rumpere cursum anni probationis, nec hoc breue tempus transacto anno supplendum fore, sed in anno numerandum. Contra verò, si furor duret per mensem integrum.

Quid de Phrenetico, an possit testari? Responsio est negatiua: ita Bonacos. *tom. 2. commun. opinion. lib. 6. tit. 12. num. 11. pag. 34.* Cald. Pereira *quæst. forens. cons. 24. num. 3.* Negret. *in introductione vltim. volunt. lib. 1. cap. 7. num. 10.* Nec refert si Notarius in testamento asserat fuisse Phreneticum sanæ mentis, & sui compotem, eò quòd per hæc verba non probatur sanitas mentis in testatore; nisi aliter probetur: vt per Hyppolit. *in l. 1. §. si quis dicatur, num. 4. ff. de quæst.*

9 Idem de mente capto, qui etiam testari nequit ex Lusit. Ordin. *lib. 4. tit. 61. in princip.* P. Molin. *de Iust. tom. 1. tract. 2. disp. 136. vers. in primo*, aliàs *num. 3.* Cabed Lusit. *1. p. decis. 97. num. 3. & 4.* habetur enim, tanquam pupillus: Gomes. *in l. 3. Tauri, num. 9.* & Gutier. *cons. 14. num. 5.* Dicitur autem mente captus, qui est mente diminuta, & mente caret.

10 Porro stultus qui est imprudens, improuidus, incautus, & ineptus: & in eo differt à fatuo; quia fatuus, est qui omnino desipit: Stultus verò, qui aliquid sapit: Sicut dicitur de fatuo posse testari, si aliquem intellectum habeat: vt vult Cabed. *d. decis. 97. num. 5.* Multò fortius stultus testari poterit cùm aliquid sapiat: secus de fatuo omninò, quia mente caret: in quo euentu nihil differt à mente capto: quem non posse testari certum est: tamen si fatuus non omninò caret iudicio, testari poterit, secundùm Ioan. Fabrum *in §. præterea. Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* & ibi Angelus de Perus. sequitur Gomes. *in d. l. 3. Tauri, n. 9.*

11 Similiter non erit integrum filio familias testari de bonis aduentitiis, ex nostra Ordinatione *lib. 4. tit. 81. §. 3.* etiam patre permittente. De bonis autem Castrensibus quomodò possit facere testamentum, dictum est *supra*, cùm actum est de filio familias, *lib. 1. disp. 2. §. 8. num. 234. cum seqq. vsque ad num. 140.* & *d. disp. 3. §. 2. num. 20. & seqq. & §. 2. à num. 24.*

12 Sexta dubitatio, an hæreticus, seu apostata possint testari? Quoad hæreticum; Grussât. *cons. 280. num. 1.* Royes *singulari 61. num. 2.* Simanc. *de cathol. institutionib. tit. 9. à num. 3.* & Gregor. *in l. 7. verbo, Catholicos. tit. 7. p. 6. & l. 2. verbo, de sus bisos, tit. 26. part. 7.* docent non posse testari. Attento tamen iure ciuili, potest testari instituendo tamen Catholicos hæredes; *Authent. vt cum de appellatione cognosc. §. Si quis de prædictis parentibus, vers. generalem:* & considerato iure Regio *l. 7. tit. 7. part. 6. & l. 2. tit. 26. part. 7.*

Idem Apostatæ conceditur. Nihilominus de iure Canonico, cui standum est, *in cap. excommunicamus, el primo, §. credentes, de hæret.* id fieri non potest, cùm sit intestabilis; vt volunt vltra præcitatos, Spino *in suo speculo gloss. 12. rubric. num. 42.* Sanch. *lib. 2. Decalog. cap. 24. num. 1. cum seqq.* Farin. *de hæresi, quæst. 9. n. 89.* Santarel. *eodem tract. cap. 15. num. 1.* Quod procedit, etiamsi hæreticus voluerit testari ad pias causas: adhuc enim testamenti dispositio erit nulla: Farinac. & Sanctarel. *vbi proximè*, & Ricciul. *de iure personarum cap. 28. num. 5.* Et Locat. *in iudiciali inquisit. verbo Pœna num. 9. vers. 17.* siue testetur testamento, siue Codicillis, siue quolibet alio genere vltimarum voluntatum Royes *singulari 185. num. 6.* Ricciul. *d. cap. 28. num. 4.*

Ambigitur item, an hoc habeat locum etiam non sequuta sententia criminis declaratoria? Affirmant aliqui *ex d. cap. excommunicamus, §. credentes*, vbi dicitur hæreticum esse intestabilem: quod verbum cùm sit in Coniunctiuo, videlicet, *sit*, importat Canonem latæ sententiæ: sequitur Aragon. *Secunda secundæ, q. 11. art. 3. fol. 348. col. 1. corol. 4.* dicens testamentum hæretici esse nullum, quia est de bonis iam ad fiscum applicatis. Et ostendit *ex l. Castella 5. tit. 25. p. 7* loquendo de Apostata ait non posse illum facere testamentum, *des de el dia, que ha apostatado*. idem tenet Mieres *de Maioratu in prima editione quæst. 5 num. 91.* nec discordat Couar. *in Clement. si furiosus, 1. p. §. 2. n. 2.* vbi loquendo de sodomita nondum condemnato, sentit

non

non posse testari, quia infamis est,& quia à die patrati criminis dominio omnium bonorum est priuatus.

13 Verius tamen est posse testari ante sententiam declaratoriam criminis, & eâ sequutâ testamentum reuocari; eò quia verbum, *sit intestabilis*, est futuri temporis, & importat sententiam ferendam; vt cùm communiori vult Tiraquel. *in l. si vnquam, in verbo Reuertatur, n.* 182. & 183. *in* 1. *Editione C. de reuocand. donat.* Probatur ex lege Regia Castellæ 16. *in fine tit. part.* 6. per hæc verba: *los hereges despues que por sentencia son condenades de heregia, nò pueden fazer testamento.* Ergo testamentum non est irritum ipso iure, sed irritandum. Gregor. Lopez. *ibi*: & multo melius P. Molin. *tom.* 1. *de inst. disp.* 95. *col.* 12. *vers. secundum est*, vbi docet posse hæreticum ante condemnationem bona sua donare, aut transferre in aliquem per vltimam voluntatem.

Quin etiam post sententiam poterit hæreticus de bonis non publicatis testari, quamuis bona sint ipso iure publicata, nondum tamen per sententiam; quia ius Canonicum interdicens hæretico testari, intelligitur de bonis, quæ publicantur: ita Castil. *in l.* 4. *Tauri, verbo, fueren confiscados.* Et *ibi* Auendan. *gloss.* 7. *n.* 11. consonat Vasquez 1. 2. *q.* 96. *art.* 5. *disp.* 171. *c.* 1. *n.* 11. docens posse illum, cuius bona sunt ipso iure publicata relinquere ex testamento filiis suis, illisque posse capere ex testamento, & ab intestato. Quod intelligitur ante sententiam criminis declaratoriam: secùs eâ sequutâ, quoniam reuocatur testamentum, & retrotrahitur ad diem patrati criminis; habeturque perinde ac si fuisset conditum post sententiam; ita Pegna, *in direct. Inquisit. p.* 3. *comment.* 165. *vers. rursus.* Peregr. *de iur. Fisci, lib.* 5. *tit.* 1. *n.* 172. *vers. notandum tamen*, Ricciulus *d. c.* 28 *n* 9.

Quare absolutè potest dici hæreticum, siue post, siue ante sententiam declaratoriam criminis, non posse etiam inter liberos Orthodoxos testari, si res intelligatur modo supradicto: & vult Gloss. *verbo ipso iure, vers. sic puto, in c. cum secundùm leges, de hæreticis lib.* 6. & Simanc. *de cathol. instit. tit.* 9. *n.* 4. & Ordin. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 81. §. 4. dum ait absolutè hæreticum, sicut & Apostatam, non posse facere testamentum.

14 Septima dubitatio an hæreticus sit incapax cuiuscumque successionis? Responsio est affirmatiua, siue successio illi veniat iure communi, siue militari aut fideicommissi, vel per viam contractus inter viuos. Quoad primam partem inclinat omnino Quemada *in quæst. fiscal. quæst.* 18 Royes *singul.* 79. Vasquez 1. 2. *disp.* 169. *c.* 3. *n.* 32. Azor. *instit. moral. p.* 1. *lib.* 5. *c.* 8. *q.* 1. & *lib.* 8. *c.* 12. *q.* 8. sequitur Farin. *de hæres. quæst.* 179. *n.* 94. vnde nullus hæreticus, vel Apostata hæres, aut legatarius esse potest, P Molin. *supra, tom.* 1. *disp.* 154. *vers. de iure communi*, aliàs *n.* 6. Sanch. *lib.* 2. *in præcepta Decalogi c.* 14. *à n.* 31. P. Lessius, *de Iust. lib.* 2. *c.* 19. *dub.* 5. *n.* 50. Quibus accedit Riccius *supra, lib.* 5. *c.* 27. *n.* 3. Vbi vult hoc habere locum, siue successio deferatur iure communi, siue iure fideicommissi, siue iure militari, aut institutionis, vel legati particularis.

15 Quoad secundam partem, quando successio defertur per viam contractus inter viuos, etiam idem volunt Sanch. *d. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 36. Azor. *d. lib* 5. *c.* 8. *quæst.* 1. & *lib.* 8. *cap.* 12. *quæst.* 8. Quod puto verum. Non tamen tenebitur hæreticus ante sententiam restituere, sed eâ sequutâ pertinere accepta ad fiscum; quia nullus textus iure communi hanc incapacitatem probat: ideò acquiruntur hæretico: Sanch. *vbi proximè n.* 32. nec ius Regium, siue Castellanum, siue Lusitanum reddit incapacem hæreticum ad acquirendum, & valent in foro conscientiæ, donec sententia criminis declaratoria accedat: quia hæreticus, & alij quorum bona ipso iure publicantur, sunt veri Domini suorum bonorum, iuxta veriorem sententiam, donec per sententiam declaratoriam illis priuentur: *ex l. quæsitum est*, 15. *ff. qui & à quibus.* Cuius sunt hæc verba, ibi: *Quæsitum est, an is, qui Maiestatis crimine reus factus est, manumittere possit, quoniam ante damnationem Dominus est.* Secundò quia nullibi deciditur reos horum criminum priuari statim dominio bonorum. Quam sententiam sequuntur Victor. *in relect. prior. de Indis Insulanis, n.* 4. Cordub. *in quæst. lib.* 1. *quæst.* 36. *in fin.* Vasquez. *d.* 1. 2. *quæst.* 96. *art.* 5. *disp.* 170. *tota cap.* 3. Molin. *tom.* 1. *de inst. quæst.* 95. *col.* 11. *vers. dubium vero est*, & Henriq. *in summ. libr.* 13. *de excommun. cap.* 56. *num.* 2. *paulo ante finem.*

Nec refert opposita sententia, quæ est valde probabilis ac tenet à die commissi criminis deperdi bonorum suorum dominium ab hæretico, idque in fiscum transire: Quia secundùm hanc partem, conceditur illum retinere legitimam bonorum suorum administrationem, donec damnetur; & ex consequenti contractus gestos ab hæretico valere antequam damnetur: vt latè probat Sanch. *lib.* 2. *in præcept. decalog. c.* 22. *n.* 3. & *n.* 50 *cum seqq.*

Non leuis est difficultas, vndenam proueniat hæretico incapacitas testamenti faciendi; nunquid ex Papali censura excommunicato propter hæresim imposita. Pars affirmans ex eo potest probari: quia quilibet excommunicatus alius habet vtramque testamenti factionem, ex Menchac. *illustrium*, *cap.* 102. *num.* 5. sequitur Iul. Clar. §. *Testamentum. quæst.* 24. *vers. sed hodie*: vbi posse testari excommunicatum secundùm communem vult. Quare excommunicato propter hæresim dumtaxat interdictum est testari: iuxta Bart. sententiam *in Authent. credentes, C. de hæretic.* prout tradit Anton. Gabriel. *lib.* 4. *communium tit. de testam. conclus.* 1. *num.* 7. Ordin. Lusit. *lib.* 4. *tit*.... §. 4. quasi eam sententiam in aliis excommunicatis præter hæreticos, & Apostatas, amplectatur, dum in his specialiter loquitur testari hæreticos non posse declarans. 16

Sed Gloss. *in cap. Decernimus in verbo, & testificando, de sententia excommunicationis in* 6. tenet indistinctè excommunicatos non posse testari; sed reiicitur: Quod adeò verum est, vt possit testari etiam denuntiatus: vt probat Franchus *in d. c. decernimus*, & inter personas prohibitas testari nòn recensetur: Gloss. *in* §. *final. instit. quibus non est permissum fac. testam.* vbi refert personas octodecim, quibus testandi facultas prohibetur, & non enumerat excommunicatum: Ergo licitè potest testari: quam sententiam sequitur Gloss. & Bart. *in d. l. si quæramus, de testam.* Et est communis, vt ait Bald. *in Rub. de testam. ex num.* 3.

Excipitur tamen casus in quo excommunicatus testari nequit vltra casum hæresis, *in cap. felicis, de pœnis, lib.* 6. Cuius meminit P. Molin. *disp.* 137. *vers. de excommunicato*, Quando scilicet pro aliquo delicto vltra excommunicationem statuitur vt delinquens nequeat testari; sicut statuum est hostiliter insequentem Cardinalem sanctæ Ecclesiæ Romanæ, vel eum percutientem, aut capientem, testari non posse: non quia ille est excommunicatus; sed quia vltra excommunicationem, id in pœnam est etiam peculiariter statutum: ita 17

C.de testam. etiamsi fiat à milite, vt est Gloss. quam plerique omnes sequuntur *in l.in fraudem,§.1.verbo nuda,ff.de milit.testam.* Quinimò & à parente inter liberos, vt volunt Bald. Angel. Fulg. Castren. & Recentiores *in d.l. iubemus*: tamen ad causas pias nutu fieri posse post alios tradit Tiraquel. *de privileg.causæ piæ, privileg.* 8. iuxta Gloss. magnam communiter approbatam *in d. cap. cum tibi, de testam.* vbi Abbas *n.*5. & Couar. *n.*6. Clar.*§, Testamentum, quæst.*6.*n.*7. Iason *in Authen. si qua mulier, n.*7. *C.de sacros. Eccles.* & *in l.si cui legetur §.hoc autem, n.*12. *ff. de legat.*1, Ioseph. Ludouic. *in commun. conclus. tit. de testament. conclus.* 11. & Mantic. *d. lib.*6.*tit.*3. *num.*21.

81 Exceptis tamen duobus casibus, primò, nisi testator decesserit in eo statu, qui prima facie appareat, vt non debuisset agere de fauore animæ; quia decessit excommunicatus, vel in bello illicito: ex not. per Gloss. *in c. decernimus, de sent. excommun. lib.*6. ita Bald. *in d.l. iubemus*, cui non acquiescit *ibi* Corneus *col.penult.* eò quod quamuis non sit attendendus fauor animæ testatoris, semper tamen est considerandum priuilegium causæ piæ: Baldo adhæret Cardin. Mantic. *d.tit.*3.*n.*22. Quin etiam Bald. *ibidem, n.*2. *in d.l. iubemus in fine*, videtur dubitare, cum dicat: Aduerte tu quia distinguis, & nescis rationem: quia non potest sciri an Deus misereatur; nisi (inquit) dicas quòd sufficit homini de prima facie iudicare: argument. *l. vltim. de edict. Diui Adriani tollendo*, atqui in præsenti casu sermo est de grauissimo incommodo animæ: ergo piæ iudicia defunctorum debent adiuuari, & sustineri: *cap. vltim. de re iudicat. l. sunt personæ, in fine, ff. de Religios. & sumpt. funer.* Ideò relicta ad pias causas debent adimpleri; quamuis sit incertum an is, qui fecerit testamentum, obierit vt fidelis, vel infidelis: vt Bald. adnotauit *in l. nulli licere, n.*12. *C. de Episcop. & Cleric.* in quam etiam partem magis inclinat Philip. Franc. *in Rubric. de testam. lib.*6.*n.*33.

82 Secundò, quando testamentum cuiuscumque fit ab existente actualiter in peccato mortali, in quo legat aliqua opera pia facienda pro anima sua, quæ nihil prosunt animæ suæ quoad meritum beatitudinis, quantumcumque ille de peccato postea doleat, & confiteatur, & in Dei gratia decedat. Ex eo ostenditur, quia talia opera facta sunt in mortali, & fuerunt mortua, hoc est sine gratia; & ideò quia nunquam vixerunt, nunquam postea accedente gratia reuixerunt: tum quia per pœnitentiam non reuiuiscunt ad beatitudinem, & ad gloriam consequendam, nisi facta, & opera, quæ fuerunt accepta Deo, illa scilicet, quæ fecit gratus Deo, respicit enim Deus primò ad hominè quàm hominis oblationes: iuxta illud *Gen.*4. *Respexit Deus ad Abel, & ad muneraeius*: cùm ergo homo existens in mortali sit Deo ingratus, non possunt opera illius esse Deo grata, & ex consequenti opera pia quæcumq; illa sint relicta in testamento, nihil prosunt animæ testatoris: iuxta illud *Pauli* 1. *ad Corinth.*13. *Si tradidero corpus meum ita vt ardeam, charitatem autem non habuero, nihil mihi prodest.*

Adde non prodesse eadem opera defuncto ad satisfactionem pœnarum, quas in igne purgante est soluturus, quamuis decesserit in gratia, eò quia caruerunt in principio, quando facta sunt, gratia; licèt postea peccatum fuerit remotum per contritionem, vel confessionem, nunquam tamen accepta fuere ad remunerationem beatificam. Quinimò actus ille voluntatis, quo legata illa pia in testamento fuerunt instituta, dum erat in mortali testator, pertransiuit omnino, nec potest idemmet numerus rediuiui, Vnde impossibile est quòd si opera illa pia tanquam præterita, & tanquam in peccato instituta cõsiderentur, aliquid præmij vel satisfactionis apud Deum acquirant; nisi nouus superueniat actus charitate informatus, quo de nouo vel instituantur, vel ratificentur ab eodem testatore, quando probabiliùs existimat se esse in statu gratiæ, nimirum post Confessionem, & Communionem: tunc enim testamentum antea factum cum omnibus in eo contentis ratificet secum, & offerat Deo ad gratiam eius per remissionem peccatorum promerendam: ita Nauar. *in manual. cap.* 26. *num.*36.

Quare nisi nouo charitatis actio ratificetur, & contenta in ipso pia viuificentur, nihil prodesse ad satisfactionem tradunt D. Thom.3. *p. quæst.*86. *art.*6. Richar. Bonauentur. & communis *in* 4. *dist.*15. Quamuis contra teneant Scot. *in d. dist.*15. *quæst.*1. approbatus à Nauar. *in cap.*1. *in princip. num.* 46. *de pœnit. dist.*6. ad effectum magnificandi misericordiam Dei, subdens consulendum esse testatori dum vult condere testamentum, vt priùs confiteatur, & sacram Eucharistiam percipiat, & tunc legata pia instituat, quæ prosint ad satisfactionem pro peccatis commissis, & ad assequutionem maioris gloriæ: vide ea te Medin. 2.*p. Instruct. de confess. cap.*19.§. *Reglas para ordenar el testamente, vers. Tercera regla.* Cened. *ad decretal. collectan.*106.*num.*1.*fol.*265.

Rogabis tamen opera bona, & legata pia facta extra charitatem, quos effectus operentur? Communis sententia tenet, opera de præcepto facienda, si fiant, excusare à nouo peccato, & prodesse ad illustrandam mentem peccatoris, vt suum malum peccatum agnoscat, & eius pæniteat: item ad quærendas virtutes morales, ne de peccato in peccatum Reus trahatur. Reliqua verò opera de se bona ad eadem prosunt, etiam in mortali facta, non tamen ad quærendam, vel augendam gratiam gratum facientem, vel gloriam beatificantem: *cap.nihil, de consecrat. dist.*5. *c.si quilibet,* 22. *quæst.*2. Nauar. *in cap. quærat, §. quod autem, de pœnit. distinct.*3. Barbos. *in cap. quod quidam, de pœnitent. num.*6. 83

Tertio loco excipi potest testamentum Cæci, secundùm Angel. *in d. l. iubemus* in quo requiritur specialis solennitas per *l. hac consultiss. C. qui testam. facere poss.* quod dictum Angeli videtur sequi Corneus *ibi, col.penult.* Sed hanc quoque limitationem, & exceptionem expresse Alex. *ibi col.*1. refellit dicens, non videri verum; quia dispositio *l.hac consultiss.* non habet locum in testamento ad pias causas: ita Tiraquel. *de priuileg. caus. piæ, priuileg.*8. *ad fin. vers. limita secundò*, & Cardin. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.*6.*tit.*3.*n.*23. vbi concludit cæcum posse ad pias causas testari sine solennitate legis ciuilis, & ea consequenti valere nutu factum: Tiraquel *supra, priuileg.*16. Cuius resolutio placet. 84

E P I T O M E.

85 *Legata pia quomodò cognoscantur esse talia.*
86 *Relicta ex qualitate personæ potius quam ex verbis testatoris indicantur relicta ad pias causas.*
87 *Legata relicta hospitali, vel Monasterio censentur pia.*
88 *Legatum relictum Episcopo ab extraneo censetur pium: secus quando relinquitur à consanguineo.*
89 *Legatum relictum seruitio Ecclesiæ censetur pium, non autem relictum personæ Ecclesiasticæ.*

90 Legatum

90 *Legatum relictum vni, vel aliquibus Canonicis, non autem omnibus, non præsumitur pium.*

91 *Legatum dotis, & legatum alimentorum quando censeatur pium?*

92 *Testator committens distributionem suorum bonorum, nihilo amplius addito, distribuise est in piã causam, & censetur hæres cui fit ea commissio.*

93 *Mutus, & surdus simul an possit testari ad pia? & num. 94.*

95 *Temporis inscriptio necessaria non requiritur in testamento ad causas pias, nec inscriptio loci.*

96 *Institutio hæredis non requiritur in testamentis ad causas pias, quia est solennitas iuris ciuilis, & ab illo potest remitti.*

97 *De testamento inter liberos non semper valet argumentatio ad pias causas.*

98 *Quia valet institutio filiæ in re minima, competit tamen illi querela inofficiosi testamenti.*

99 *Legata pia peti possunt in principio temporis, legata autem non pia in fine: item pia peti possunt non adita hæreditate.*

100 *Legatum ad pias causas relictum, non extinguitur per voluntariam alienationem rei legatæ: Et capi potest propria authorit. Secus in prophanis.*

101 *An testamentum ad pias causas, præsumatur posterius, quando in altero instituti sunt venientes ab intestato; & non constat de prioritate.*

102 *In dubio testamentum ad pias causas præsumitur posterius: Et quid si in vtroque causa pia instituta sit.*

Legatum ad pias causas præsumitur annuum, non autem pro vnica vice tantùm. ibid.

85 QVomodò cognoscatur testamentum fieri ad
causas pias, diximus in principio: nunc dicen-
dum de legatis piis; quomodò intelligantur esse ta-
lia, ex coniecturis concipi potest: vt notat Bald. *in l.*
illud n. 1. vers. concludo ergo, C. de sacros. Eccles. vbi tra-
dit quando causa pietatis congruit personæ, lega-
tum intelligitur ad pias causas: Secùs si non cõgruat:
veluti quando persona est coniuncta testatori, & est
pauper, relictum censetur intuitu pietatis, etiamsi
testator nõ exprimat: *l. id quod pauperibus, & l. si quis*
ad declinandum, C. de Episc. & Cleric. quia quãdo est
in necessitate, testator magis præsumitur reliquisse
motus misericordia, quàm ex affectione sanguinis:
vt Bald. in specie expressit, per *l. liber capt. C. de cap. &*
postlim. reuers. quã dicit notabilẽ: sequitur Boet. *in*
decis. 94. Angel. *in l. cum y, §. si in annos, n. 1. ff. de tran-*
sact. Alber. *in l. nulli, n. 24. C. de Episc. & Cleric.* & no-
86 tat Gloss. ex illo textu *in l. ex duobus, §. vlt. ff. de negot.*
gest. dicẽtes quod ex qualitate personæ magis, quàm
ex verbis testatoris iudicandum esse legatum ad
pias causas, eo ipso quòd quis legat pauperi. Andr.
Barbat. *in cap. relatum, n. 14. de testamentis.*
87 Similiter quando relinquitur aliquid Hospitali,
vel Monasterio, censetur ad causas pias; quamuis id
non exprimatur: Butrius *in c. 1. n. 10. de sepul.* Abbas
in cap. reliquisti, n. 4. de testam. Item legatum factum
Episcopo ab extraneo præsumitur factum contem-
platione Ecclesiæ, vt per Menoch. *de præsumpt. lib. 4.*
88 *præsumpt. 112. n. 11.* vbi *n. 12.* si sit legatum Prælato
extraneo, eius proprio nomine expresso.
Secùs quando relinquitur legatum Prælato Ec-
clesiæ, sanguine coniuncto ipsi testatori, tunc enim
præsumitur factum contemplatione ipsius Prælati:
Menoch. *d. præsumpt. 112. n. 3.* Surd. *de aliment. tit. 5.*
q. 6. n. 8. & 9. quamuis in legato tantùm exprimatur
nomẽ dignitatis: Mascard. *concl. 956. n. 8.* nisi quan-
do exprimatur à testatore in legato aliquid in fauo-
rem Ecclesiæ, vel animæ salutem concernens: Mas-
card. *supra: n. 9.* Menoch. *de præsumpt. 112. n. 7.* vbi *n.* 89
8. idem esse iudicium, quando quæ relinquuntur
conueniunt seruitio Ecclesiæ, puta calices, & thuri-
bula, præsumitur enim relinqui Ecclesiæ, non au-
tem personæ: Mascard. *conclus. 965. n. 11. & conclus.*
1248. num. 119.
Quinimo legatum relictum vni, vel aliquibus 90
eiusdem Ecclesiæ Canonicis, non autem omnibus,
non præsumitur pium, sed factum contemplatione
ipsarum personarum; secùs si fiat omnibus: quia præ-
sumitur Ecclesiæ factum. Menoch. *d. præsumpt. 112.*
n. 3. Viuius *tom. 2. cõmun. opinion. lib. 6. tit. 26. n. 131.*
Nam quod relinquitur omnibus Canonicis cense-
tur relictum Ecclesiæ, quamuis aliud sit dicere:
Relinquo hoc Ecclesiæ; & aliud, Relinquo hoc Ca-
nonicis; quia in primo casu relinquitur Ecclesiæ: in
secundo, non: vt vult Gloss. *in cap. requisitis, de te-*
stam. quam communiter approbatam dicunt Men-
dez à Castro *de annon. ciuilib. lib. 1. notab. 1. num. 7.*
Cened. *practicar. lib. 1. q. 1. in princip.* Sed hoc non
tollit, quòd relictum Canonicis indistinctè, seu Ca-
pitulo alicuius Ecclesiæ, siue Cathedrali, siue Col-
legiatæ, non sit legatum pium.
Eodem modo legatum alimentorum, seu dotis, 91
quamuis non intelligatur absolutè relictum ad pias
causas; nihilominus si pauperi relictum sit, pium
censetur: vt notat Bartol. *in l. alio, n. 4. ff. de aliment.*
legat. & *in tract. de aliment. n. 13.* per text. *in §. aliud*
quoque capitulum, ibi: *egenis alimenta impendant, in*
Authent. vt cum de appell. cogn. &, Gloss. *in l. si cui*
annuum, ff. de annuis legat. Bartol. & Angel. rursus
in l. diuus, ff. ad l. falcidiam. Gratus *in cons. 140. n.*
6. vol. 2. Secùs de legato alimentorum diuiti re-
licto, quod non est ad pias causas, tamen est fauo-
rabile, vt vult Alciat. *in l. si certis annis, num. 6. C. de*
pactis.
Legatum autem dotis non intelligitur ad pias
causas nisi pauperi mulieri relictũ sit, quamuis dos
semper intelligatur causa pia, *l. cum is, §. si in ea opi-*
nione sit mulier, ff. de condict. indebit. Non tamen in-
telligitur de illa pietate, ita vt non subiaceat solẽ-
nitati ciuili, debet relinqui pro anima defuncti, vel
in fauorem illius, aliàs non dicitur propriè causa pia,
imò pro anima defuncti relictum non dicitur pium;
nisi pauperi relinquatur: Bart. *in l. 1. n. 33. C. de sacros.*
Eccles. Romanus *in d. Authen. similiter n. 1. C. ad l.*
falcidiam. Barbat. *in d. c. relatum, 1. n. 14. de testam.*
Quare legatum dotis diuiti relictum nunquam
est ad causas pias: vt notatur *in d. l. illud, C. de sacros.*
Nec sufficit quòd testator dicat se legare pauperi;
necesse tamen est probare paupertatem, quando illa
est fundamentum intentionis: iuxta Gloss. *in l. si*
vere, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisd. cogant.
Decius, in specie, *in cons. 120. n. 3.* Cephal. *cons. 216.*
num. 3. & 4.
Quòd si testator committat alicui distributionem 92
suorum bonorum, nullo aliquo addito, intelligitur
distributio in piam causam; & is cui committitur
distributio, intelligitur esse hæres institutus cum
onere distribuendi bona defuncti in pauperes, *c. cum*
tibi, de testam. vers. in alterius dispositionem commistis.
Idem intellige quando nullo hærede instituto de-
putantur executores, quia ipsi præsumuntur hære-
des instituti cum onere distribuendi bona in pias
causas: Tiraquel. *in tract. Le mort p. 7. declar. 5. n. 14.*
Menoch. *cons. 369. n. 10.* Valasc. *cons. 68. n. 4.* Mend.
de Castro *in praxi Lusitan. lib. 1. cap. 3. num. 22.* post
alios *in d. cap. cum tibi*, præsertim Innocent. Ioan.
Andreas, Hostiens. & scribit etiam Bald. dicens *in*
l. executorem n. 8. de execut. rei iudicat. nusquam
alibi reperiri. Quæ sententia quamuis habeat con-
tradictores, frequentiori tamen calculo recepta est:

& eam probat Couar. *in c.cum tibi,n.10.* & Gabriel *in conclus 3.n.2.de pia causa,lib.6.*

93 His positis ambigi potest an mutus,& surdus simul à natura possit testari ad pias causas: Ratio dubitandi est,quia mutus,qui omnino loqui non potest,& literas ignorat,testari nullo modo potest: *l. discretis,C.qui testam.fac. possunt.* Tamen testari ad pias causas illi est integrum,vt videtur sentire Bald. *in d.l.discretis,*& clarius Alex. *ibi:* iuuat, miles mutus simul,& surdus, qui testari potest; vt videtur sentire text. *in l. iure militari,ff.de milit.testam.& in §. quinimmo, Instit. eodem.*

94 Contrarium tamen, non posse scilicet testari ad pia,tradut Roni.& Iason *in d.l.discretis,*& Frãc.Aret. *in l.qui in potestate,§.vlt.vel penult.ff.de testam.*ducũtur,quia hoc impedimentum videtur excludere consensum, *l.cum prætor.§.penult.ff.de iudic.*& mutus,& surdus simul à natura assimilatur pupillo,& æquiparatur infanti, *per l. sermo, iuncto §. cum prætor, ff. ad Trebel.*& vult Bart. *in l.1. in princip.* & *ibi* Scribentes post eum *ff. de verbor. obligat.* pupillus autem etiam doli capax non potest testari ad pias causas: ergo nec mutus, & surdus simul. Quod est verum, quando mutus & surdus simul à natura nihil omnino intelligit;neque intelligitur ex signis, & coniecturis testari velle; is enim æquiparatur pupillo, & infanti, qui nihil prorsus intelligit: vt per Bart. & alios *in l.1.ff.de verbor.obligat.& in l.mutum,in princip.ff.de acquirenda hæreditate.*

Longè aliter de muto,& surdo à natura,quẽ constat intelligere,& velle testari ex signis, & indiciis:is namque testari potest ad pia:secundùm Ioan. Fabrum *in d.§ quinimo,*& Salicet.& Iason *in d.l.discretis:*cuius prohibitio non consideratur in dispositione ad pias causas,quæ nullis legibus, nisi iuris naturalis,seu diuini subiacet.

95 Pro reliquis priuilegiis causæ piæ notandum est, iuris ciuilis solennitates non esse considerandas:vnde tẽporis inscriptio,quæ in quouis testamento necessaria est,per *Auth.quod sine,C. de testam.* in testamẽto ad pias causas non requiritur,& valet sine inscriptione temporis,quia hæc solemnitas non est iuris diuini,vel Canonici:Alex.*cons 4. Attentis narratis,col.penult.vers.secundo respondetur,lib.7.* Corneus *cons.37. Videtur prima facie,col.1.vers secundo videtur.* Sed Bart.videtur contra *cons* 88. vel 58. *Propopositur quod Iacobus:*neque exigitur loci inscriptio, vt latè tradit Menoch.*cons.224.n 68.*Item institutio hæredis,sine qua non valet testamentum,cùm sit caput illius,vt patet *ex toto tit.ff.de hered. instit.* & *ex §.ante hæredis Instit.de legat.*non requiritur in testamento ad causas pias,sed valet sine institutione hæredis. Bart.*in l.1.C. de sacros Eccles.* Barbat. *cons.8. Præscribitur præclarè col.8. lib...* Castrens. *cons. 97. Super primo quæsito,in princip. lib.1.*

Item corruit testamentum patris,vbi filius nõ est hæres institutus:text.*in Auth.vt cum de appellat.cognosc.§.aliud quoque capitulum;*tamen in testamento, in quo pia causa instituitur & aliquid relinquitur filio titulo legati,sustinetur:Bart.*in d.l.1.C. de sacros. Eccles.q.5.n.62.* & alij quos refert Tiraquel. *de priuileg.causæ pia,priuileg.14.in princip.* Iul. Clar. *in §. Testam.q.8.*& esse receptissimam hanc partem dixit Cuph.*in d.Authen.noui iuris,fol.83.n.28.*quẽ refert Iul.Clar.*in §.Testam q.18.n.8.vers.sin verò in suo lib. receptar.*ex eo, quia titulus institutionis, non tam iuris naturæ,quàm iuris ciuilis videtur; & ostenditur,quia constat de lege ciuili posse remitti, sicut iam iure Codicis fuisse remissum tradit Costa,*in c. p.c.si pater,verbo instit.n. 12.* qui tamen in sequentibus contrariam magis probat post alios: qua ratione vult Tiraquel.*de priuileg.in fine,* hanc partem esse tenendam;licèt Bald.& Salicet.*in d.l.1.C.de sacros.Eccles.*oppositam amplectantur. Quibus accedit Barbat.*cons.112.*incipit,*Quæritur vtrum præterita filia,lib.4.*

97 Neque huic communi sententiæ repugnat sententia, quæ tradit patrem testantem inter liberos, nequire quouis titulo alteri ex filiis relinquere legitimam, sed titulum institutionis omnino exigi: Nam quamuis huic sententiæ hoc cõcedamus; non tamen aduersus receptam, idem in casu proposito concedendum est:eò quia de testamento inter liberos ad pias causas non semper valet argumentatio: Clar.*§.testam.q.8.n.8.* vbi id exemplo probat ex ratione differentiæ inter testamentum ad pias causas, & testamentum inter liberos: atque ita secundùm communem non vitiatur testamentum ad pias causas,ex eo quòd filio relinquatur legitima,non institutionis,sed quolibet alio titulo: sicut vitiatur ex defectu præteritionis vnius filij factum inter reliquos filios:vt notat Gloss.*in l.si filius qui in potestate, ff.de liber.& posth.*Bald.Angel.& Iason *in l. hac consultissima,§.ex imperfecto,C.de testam.*

98 Sed quid quãdo filius instituitur etiam in re minima:Barbos.*in l.si constante,ff.solut. matr.* tradit valere testamentum mero iure, in quo instituitur filius per patrem in aliqua re minima,siue filius sit in potestate,siue emancipatus:*l.non putauit,§.fin.ff. de contra tab.l.& si ex modica,§.1.ff. de bonis libert.* Tamen quia in eo euentu filius non obtinet legitimam portionem ex iudicio patris,conceditur filio querela inofficiosi testamenti aduersùs testamentum paternum:*l.Papinianus,§.meminisse,*& ibi Bart.*n.4.ff. de inoffic. testam.*

Eodem modo quando in testamento pio non relinquitur filio integra legitima,competit eidem remedium supplementi contra Ecclesiam:*l.omni modo C.de inoffic.testam.*quia quodcumque grauamen in cuiuluis piæ causæ fauorem appositum, tollitur à legitima.vt vult Costa *in d.c.si pater,2.p.verbo,debito,n.7.*quem sequitur Ægid.Lusit. *l. 1. C. de sacros. Eccles.in princip.3.p.n.22.& n.23.*nisi liberi parenti consentirent,Ecclesiæ relinquere vltra partem sibi lege permissam.

99 Ad hæc;quamuis aliàs relicta legata tali tempore nequeant peti,nisi finito illo tempore; per *l. qui hoc anno,& l.cum qui certarum,ff.de verbor.obligat.* Hoc tamen fallit in relictis ad pias causas, quæ possunt peti in principio illius temporis: vt notatur *in l. si ita fuerit,ff.de manum.testam.*& tradit Roman.*in d. Authen.similiter,in 5.*& rursus *in 31.special.* Quinimò relicta ad pias causas,etiam non adita hæreditate,peti possunt,vt notat Ægid.*l.1.C.de sacros.Eccles. 3.p.§.2.n.13.ad fin.vers. at vero in piis causis,* Tiraquel *priuileg.33.in princip.* vbi tradit id esse verum in piis:in profanis autem peti non posse hæreditate non adita,ex *l.eam quam,C.de fideicommiss.*

Item relicta legata ad pias causas,quamuis caduca sint,non tamen pereunt;ex Bart.*in l.Pater Seuerinam,ff.de condit.& demonst.*& notatur *in c. nos quidem,de testam.vers.seu si ibi non potest.*Conar. *ibi, n.12.*Gonzales *ad regul.8.Cancel.glos.5.§.7.n.85.*Barbos.*ibidem n.6* vbi concludit legatum relictum ad alicuius Ecclesiæ constructionem, non fieri caducum;quamuis locus ædificij non fuerit designatus. At ex *l.quidam referunt,ff.de iur.codicil.*& *l. vnica, §. & cum triplici,& § in primo itaque,ff.de cadut.tollend.* constat, vbi relictum non pium habetur pro non scripto,& caduco, remanere apud hæredes sine aliquo onere.

100 Quid ergo si testator legatum ad pias causas in testamento relinquat morti vicinus, & postea conualescens legatum alienet? Ratio dubitandi, quia

legatum

legatum extinguitur, cùm res legata alienatur, *per l. rem legatam, ff. de adimend. legat.* & *§. si rem, Instit. de leg. 1.* Quod procedit etiã quando res alienata ab alienante redimitur, adhuc enim non reuiuiscit legatum, per *l. cum seruus, ff. de adimend. legat.* nisi affinitas personæ aliud ostendat: per *l. filia, §. Titia, ff. de condition. & demonstrationib.*

Dicendum tamen est, per rei alienationem non expirare legatum relictum piæ causæ; quamuis res alienata non redimatur: vnde si testator fieri Ecclesiam præcipiat in tali domo, & postea illam vendat, nec redimat; non propterea expirat huiuscemodi legatum: ideò venditione non obstante, debet ædificari Ecclesia in ea domo, si fieri potest; aliàs in alio loco: Ita Bart. *cons.* 26. incipit, *Testator in testamento.*

Nec obstat decisio *l. fideicommissa, §. si rem, ff. de legat. 3.* vbi dicitur extingui legatum, quando res legata spontè venditur, seu donatur: Quod procedit in legatis non piis, in quibus si eadem res recuperetur, non propterea reuiuiscit legatum: secùs in legato ad pias causas, quod redemptum multò fortiùs debetur: *l. verum est, ff. de manumiss. testam.* & volunt Bald. & Iason *in l. qui post testamentum, C. de legat.*

Adde legatarium pium posse propria authoritate legatum accipere. Ita Com. *cons.* 140. *col. vltim. lib.* 1. Quo priuilegio priuatur legatarius non pius; qui eo ipso interdum perdit legatum, & tenetur restituere hæredi, si illud accipiat: per *l. vnicam, C. quorum legat.* & notatur *in l. non est dubium, C. de leg.* nisi testator ipse in testamento suo præcipiat vt legatarius capiat legatum propria authoritate impunè: vt tenet Gloss. *in l. Titia cum testamento, §. Lucius, ff. de legat.* 2. Bald. *in l. 1. C. communia de legat.* Menoch. *de adipiscend. possess. remed.* 2. *n.* 31. *& remed.* 5. *n.* 44. aliàs non potest legatarius propria authoritate capere legatum, sed de manu hæredis tenetur capere; quando legatum non est pium: *l. non dubium, C. de legat.* Roder. Xuares *in l. quoniam in prioribus, quæst.* 7. *n.* 9. *C. de inoffic. testam.* Anton. Gomez *l.* 45. *Tauri, n.* 132. Peralta *in l. omnia, §. fundum, n.* 7. *de legat.*

101 Sequitur quæstio: An testamentum ad pias causas præsumatur posterius, quando in altero testamento instituti sunt venientes ab intestato, & non constat de prioritate? Respondent, testamentum ad pias causas in dubio præsumi posterius: Romanus *in d. Authent. similiter, in* 12. *speciali pia causa inter vltimas voluntates, n.* 61. ex regula vulgari, quòd in dubiis pro pia causa est iudicandum: quia potentior est præsumptio pro causa pia, cui præsumptio iuris in dubio suffragatur, cùm sit benignior; atque ita non est tutius admittere succedentes ab intestato: Quin imò testamentum ad pias causas factum, licèt minus solemne, reuocat prius testamentum conditum cum omni solemnitate: vt post alios tradit Tiraquel. *supra, priuileg.* 53. *vers. & fact.* Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 3. *n.* 52. *vers. secundo considero,* quia intelligitur testamentum ad pias causas habere clausulam derogatoriam.

Accedit testamentum ad pias causas factum coram septem testibus, reuocari per posterius conditum similiter ad pias causas coram duobus testibus tantùm: secundùm Paul. de Castro *cons.* 327. *vol.* 1. quem sequitur Alex. *in cons.* 146. *n.* 10. *vers. pro quo, vol. eod.* Sed Ruynus discordat, docétque communem sententiam resistere: *in cons.* 9. *ex n.* 16. *ad n.* 19. *vol.* 2. argumento testamenti inter liberos facti cum duobus testibus, quod tamen non rumpit primum iure communi factum: vt bene etiam sentit Ægid. Lusit. *l.* 1. *C. de sacros. Eccles. p.* 2. *§.* 3. *n.* 6. quibus adhærere magis placet.

Iuuat testamentum liberis institutis factum, reuocari per secundum ad pias causas, aliquo tamen illis relicto: Alex. *cons.* 105. incipit, *Viso, ac diligenter considerato: col.* 5. *vers.* 5. *lib.* 4. & Iaon. Andreas *in cap. vltim. de solut.* & Iason. *in d. Authen. hoc inter liberos, in* 4. *limit.*

102 Supradictis obstat Gloss. & communis opinio, cuius meminit Ægid. *in d. l.* 1. 3. *p. §.* 2. *n.* 7. dicens testamenta, inter quæ de prioritate non constat, se se inuicem confundere; ita vt ex neutro hæreditas deferatur: Quia facilè soluitur; quòd quando de testamentorum posteritate non constat, illud posterius factum præsumitur, in quo pia causa instituitur. Quòd si in vtroque pia causa reperiatur instituta, diuersæ tamen speciei; vtpote, quia in vno seruorum libertates continentur, & in altero Ecclesiæ legata relinquuntur: In hoc dubio, arbitrio prudentis, quid præeligendum sit, committitur: considerato illo, quod in pia causa intento fini melius, & fauorabilius reperitur: & vbi maiorem relicti necessitatem esse cognouerit, Ægid. *vbi proximè, n.* 9. *ad fin.* vbi *n.* 10. subdit, esto generaliter pro libertate sit iudicandum; tamen prudens Iudex debet considerare, vtrùm ea sit alterius piæ causæ necessitas, vt magis illius commodo subuenire expediat, quam seruorum libertati. Denique si vtriusque causæ piæ necessitas pensatis omnibus, æqualis appareat, locus erit gratificationi: sed melius videtur inter vtrumque rem diuidi.

Pro complemento legatum ad pias causas debet intelligi annuum, non autem pro vna vice tantùm: idcircò si testator iubeat fieri sacrum in die obitus sui, intelligitur singulis annis esse celebrandum: ita Imola *in l. cum pater, §. pater, vers. vltimo induxit, ff. de legat.* 2. pro quo allegat *l. cum quidam,* quæ est antepenultima, *ff. de annuis legatis,* vbi deciditur: *Cum quidam Decurionibus diuisiones dari voluisset die natalis sui, non esse verisimile testatorem de vno anno sensisse, sed de perpetuo legato:* & *ibi* Gloss. idem ait de die obitus sui, qui natalis dici potest. quæ sententia fauore animæ est recipienda.

---

§. V.

De testamento Militis.

EPITOME.

112 *Miles potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus: secus de non milite.*

113 *Miles potest prohibere ius accrescendi, instituto uno in re aliqua certa, & alio in alia.*

114 *Fœmina an gaudeant priuilegio testandi iure militari? Et quid de Clericis, aut de euntibus Hierosolymam religionis causa.*

115 *Militis in testamento semper intelligitur clausula Codicillaris: idem in testamento inter liberos, & ad pia.*

116 *Quartum priuilegium militis est posse facere in testamento hæredem ex tempore, & ad tempus.*

117 *Quintum priuilegium, sextum, septimum, octauum, nonum, & decimum militis, qualia sunt?*

118 *Milites in aliquibus regnis habent literas status, ne eorum causæ ciuiles agitentur dum sunt in bello: secus de criminalibus; de causis dotis, & de alimentis.*

119 *De priuilegiis militum testandi iure militari secundum ius Lusitanum, & an extendantur ad milites in bello iniusto?*

120 *Miles condemnatus ad mortem non potest testari, nisi ad pia, de Tertio suo: de iure tamen Lusitano interdum de toto: & quando?*

121 *Miles potest instituere vnum hæredem in castrensibus, & alium in non castrensibus, & an testes debeant esse rogati.*

122 *Milites qui non fuerint, quando possint testari iure militari, & quando non eorum testamenta subsistant?*

123 *Milites non possunt testari etiam in arcibus, & locis Africanis, quamuis ibi moreantur, nisi quando sunt in obsidione, aut conflictu: secus de consuetudine, vt n. 109. tactum fuit.*

103 Dicturus de priuilegiis Testamenti militaris, non abs re erit si dicam vnde miles tot priuilegia sibi acquisiuerit: facilè tamen assequetur qui Vlpian *in l.1. vers. miles autem. ff. de militar. testam.* conuenerit, vbi huius nominis etymologias varias refert: inter quas illa placet, quæ vult Militem vocari à Mille, quasi Miles strenuus Millesimus appelletur: aut quia de mille vnus fortissimus, & strenuissimus eligebatur: vt *ibi* notat Gloss. fin. sequitur Conanus, *lib. 9. Commentar. cap. 5. in princip.* vel si magis placet dicitur Miles, quia pro Reipublicæ defensione vnus miles est instar mille aliorum hominum.

Quando ergo milites sunt tales, quales exigit, & ostendit hoc nomen *Miles*; meritissimo dicuntur Patriæ firmamentum, Reipublicæ propugnaculum, tutissimúmque in omni rerum discrimine perfugium, ac Regum ipsorum, & Imperatorum authoramentum validissimum, in quos quadrat illud Iustinian. Imperatoris *in proœmio Institut.* per hæc verba: *Imperatoriam Maiestatem armis decoratam non solùm, sed etiam legibus oportet esse armatam, vt vtrumque tempus, & bellorum, & pacis, rectè possit gubernari.* Sic ille: idcircò milites magis virtute, quàm multitudine esse conuenit; quia non tam numerus plurium, quàm virtus paucorum prælia expedit: argumento fortissimi Gedeonis, qui oraculo diuino monitus paucos ad victoriam elegit, formidolosos reliquit, qui obesse magis, quàm prodesse in prælijs assuescunt.

Primum ergo priuilegium militis est, valere te-
104 stamentum cum duobus tantùm testibus, dum est in bellica expeditione; siue testes sint mares, siue fœminæ: Clar. *verbo Testamentum. quæst. 55. vers. sed quæro*; & est communis. P. Molin. *eodem verbo disp. 129.* quia omnis solemnitas iure ciuili introducta in hoc casu non requiritur præterquàm quòd testes debent esse rogati; vt ostenditur *in l. Diuus. ff. de militar. testam.* & *in l. 4. tit. 1. part. 6.* idem Clar. *supra quæst. 58. vers. item quæro*, vbi dicit hanc esse communem: sequitur Ægid. Lusit. *in l. 1. C. de sacros. Eccles. 2. p. § 1. n. 2.* ex Natta *in repetitione legis, hac consultissima, §. ex imperfecto. C. de testam. num. 164.* & ex Simone de Prætis *in tract. de interpretatione vltim. volunt. lib. 5. interpret. 2. dub. 1. solut. 8. n. 17.*

Cæterùm hoc non caret contradictione; quia militibus integrum est testari, quomodò possint, & quomodò velint: Phœbus Lusitan. *tom. 2. decis. 189. n. 6. & seq.* illisque datum est non ligari iuris solemnitatibus, prout habetur *in d. l. 1. ff. de testam. milit.* vbi Gloss. *in verbo, Nuda* intelligit dummodo duobus testibus voluntas probetur; & repetit *in l. milites C. eodem titulo.* Atque ita cùm solùm legitimæ probationes requirantur, nec fiat mentio quòd debeant esse rogati testes, sequitur non requiri quòd rogentur pro forma, & solemnitate, sed pro veritate probanda.

Quando verò rogitus omitti non debeat in testa- 105
mento militis, licetur ex Glos. *in l. milites C. de testam. militis*, & *ex iure nostro lib. 4. Ord. tit. 83. § 5. & infra hoc §. n. 121.* Hoc tamen priuilegium circa te- 106
stamenta datur, etiamsi muti sint; vt patet ex *Instit. de milit. testam. §. Quinimo.* testamentúmq; factum in expeditione belli valebit si miles intra annũ postquam à bello rediit, moriatur: secùs autem si post annũ decedat, vt patet *ex eod. tit. Inst. de milit. test. §. seq.*

Eodem priuilegio gaudebunt ad testamenta con-
ficienda omnes, qui in castris reperiuntur, quamuis 107
milites non sint; dummodò in loco hostili existant: longè aliter, si locus non sit hostilis: habetur *in l. 1. ff. de bonor. possess.* Clar. *verbo testamentum. quæst. 15. n. 5.* ex Glos. *in l. scriniarios, in gloss. fin. C. de testam. militis*, quæ circa hoc communiter est approbata; vt testis est Parisius *cons. 32. n. 25. lib. 2.*

Item quæri potest quando censeantur milites 108
existere in castris, & in expeditione, vt iure militari testari possint? Valasc ea de re, *consult. 104. n. 9.* indistinctè vult posse testari quando sunt in castris, & sic in expeditione, hoc est in procinctu belli ad præliandum; nam hoc ostendit verbum *Expeditio* secundùm Viglium *in §. planè, Instit. de militar. testam. n. 5* & *ibi* Glos. *verbo, hominibus.*

Sed clariùs Ægid. Lusitan. *in d. l. 1. C. de sacros. Eccles. 2. p. §. 1. n. 7.* ad effectum testandi milites dici esse in castris, quando fixis in campo tentoriis morantur in aliquo loco: in expeditione dicuntur esse, quando cum exercitu iter faciunt: Phœbus Lusitan. *tom. 2. decis. 189. per totam* præsertim à *n. 4.* atq; ita, quamuis milites olim quocumque loco, & tempore possent testari iure proprio, antequam à bello recederent; postea tamen Imperator Iustinianus decreuit vt tantùm id procederet, & concederetur militibus in expeditione existentibus, & in castris restantibus, *§. illis, & §. sed hactenus* & *ibi* Gloss. 1. *Instit. de militar. test.* Ægid. Lusitan. *supra §. 1. n. 4.*

Quare non gaudent eo priuilegio milites, qui citra expeditionem, vel extra castra in aliis locis hyemant cessante bello, & necessitate illius; & multo minùs milites vulgò, *de Guarniçao, ou soldados, de præsidio*, nec limitanei, vulgò, *frõteiros*, qui in aliquo loco, etiam in pace stipendio fruuntur; non tamen gaudent hoc priuilegio: Viglius *supra num. 3.* contra Petrum Auendan. *in suo dictionario Hispano, verbo, Caualeiros, pag. 176.* asserentem, milites, siue sint pedites, siue equites existẽtes in regno Nauarræ, Granatę, Neapolis, seu in Lusitania in Stationibus gaudere priuilegiis militaribus: Sed fallitur Auendan.

de

de iure communi: quia non sunt in castris, neque in expeditione bellandi; & ex consequenti nequeunt testari: quoniam huiusmodi milites sunt duntaxat ad prouinciarum, seu regnorum tranquillitatem: & priuilegium testandi conceditur solùm militibus in castris, & belli procinctu testantibus. Quare nec milites Melitenses, seu Maltenses extra castra, & expeditionem, gaudent hoc priuilegio testandi: contra Card. Mant. *lib. 6. tit. 1. de coniectur. vltim. volunt.* vbi asserit milites Rhodianos testari posse iure militari extra castra, & expeditionem; quia semper sunt parati mori pro defensione Religionis: sed etiam non placet de iure communi. Cæteris autem priuilegiis vtique gaudent: Valasc. *supra n.* 13. vbi *n.* 29. addit milites huius temporis, qui non vacant rei militari pro Republica; sed viuunt in Regia Curia, aut in otio in palatus, non frui priuilegiis militum in testando: pro quo allegat Alex. *in l. Centurio, col. 4. ff. de vulgari.* Bart. *in l. 1. C. de iuris, & fact. ignor. & in l. miles, ex quibus causis.* ex eadem ratione, quia non sunt in promptu, neque in procinctu bellandi; sicut qui sunt in castris, aut in expeditione.

109 Nihilominus, quidquid sit de iure communi; receptum est milites stipendia recipientes paratos ad præliandũ, si sunt in arcibus in terris hostiũ, quales sunt Lusitani in terris Mauritaniæ, & apud Indos, gaudere etiã priuilegio in testãdo: sunt enim actualiter parati ad præliãdum, & suas vigilias continuas alternis custodiunt, & explorationes habent, & censentur in expeditione bellica detineri: secùs dicendum de militibus præsidiatis, existentibus in terris non hostilibus; sed pro quiete terrarum commorantibus, ac stipendio gaudentibus: ita Valasc. *d. consult.* 504. *n. vlt.* & Ægid. *d. l. 1 C. de sacros. Eccles. §. 1. n. 5.*

110 Contrarium tamen est dicendum de illis, qui Vlyssipone militiæ nomen dederunt; & Regiis expensis ad Orientalem Indiam nauigant, aut classibus vehuntur ob causam militiæ; quandiu nauigant non posse testari iure militari, quamuis animo militandi nauigent: Ægid. *supra, n. 7. & 8.* vbi subdit tãquam indubiale Nauarchos, & Trierarchos nauium Indicarum, & classium iure militari testari posse; nec non omnes remiges in classibus, & triremibus quia censentur milites, per *eandem l. vnicam, ff. de bonor. possess. ex testam. milit.* Eodem modo Lusitani, qui nauibus Indicis præficiuntur duces; item Scribæ nauium, Nautæ gaudent hoc priuilegio; cùm planum sit esse milites, & ex consequenti iure militari possunt testari: *d. l. ex eo tempore, ff. de milit. testam.* censentur namque occupati in expeditione, cùm properent ad bellum ineundum cum hostibus. Idem est iudicium de illis, qui soluunt è portu ad insulas, expectaturi naues ex India redeuntes, vt præsidio suo eas liberent ab hostili classe, & tutas in portum reducant.

Idem dicendum est de testantibus in quibuscumque nauibus bellicis, quoniam testamenta iure militari fruuntur, sicut militum in terra præliantium, & excursiones terrestres exercentium: Valasc. *consult.* 182. *n.* 19. Quare de his intrepidè dici potest posse illos testari militari iure, cùm in expeditione, vt milites, occupentur: quod non est dicendum de nauigantibus ad Indos sumptibus regiis animo exercendi mercaturam, quamuis milites nuncupentur; atque ita eorum testamenta non nisi præmissa solemnitate necessaria subsistent: Ægid. *supra n. 9. & 10.*

111 Secundum priuilegium militum est posse decedere cum duobus, & pluribus testamentis: per *l. quærebatur, ff. de milit. testament.* Hoc posito, ambigitur si fecerit miles secundum testamentum, an videatur recedere à priore? Gloss. *in d. l. quærebatur,* tenet in dubio vtrumque sustineri: textus tamen *ibi* in contrarium ostenditur; vt notat Bart. *in l. militis Codicil. §. vltim. eodem tit.* & pro Gloss. affert eundem textum cum principio legis, *& §. 1.* Posteà vtitur distinctione, vt iura inter se repugnantia ad concordiam reducantur; & hoc modo discordes opiniones temperat: proinde si miles expresse voluerit, vt primum testamentum sit firmum, vtrumque valere certum est: per *d. l. quærebatur.* Si autem miles nihil dicat; meritò dubitatur, qualis fuerit voluntas militis testantis: tum Bart. vtitur distinctione; nimirum si secundum testamentum dispositionem contineat omnium bonorum, tunc censetur reuocari primum testamentum: per notata *in d. l. militis Codicil. §. vltimo.*

Cæterùm, si secundum testamentum loquatur de parte dumtaxat bonorum, in dubio videtur velle vtrumque testamentum suum effectum sortiri; vt *in d. l. militis Codicil. in princip. §. 1.* sequitur Bald. *in d. l. quærebatur, n. 5.* à qua distinctione non recedit Cardin Mantic. *de coniect. vltim. vo unt. lib. 6. n. 1. tit. 21.*

Item miles potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod aliis non conceditur: *ex l. penult. ff. de iniust. rupt. testam.* quamuis possit ad pias causas: ex Bart. *in l. 1. in secunda quæstione,* & latiùs *col. antepenult. vers. quinto quæro, C. de sacros. Eccles.* quod etiam priuilegium habet miles, per *l. si duobus, ff. de milit. testam.* vbi pro parte testatus, & pro parte intestatus emori potest: Anchar. & Imola, *in cap. cum esses, de testam.* Clar. *§. testamentum, n. 1. & 2.* vbi ostendit id fieri posse, si miles instituat hæredem in bonis castrensibus; & in bonis non castrensibus neminem instituit, vel è contra: in quo euentu testatus pro parte, & pro parte intestatus decedit: eò quia institutus in castrensibus non trahit ad se bona non castrensia ipsius testatoris, in quibus nullus reperitur institutus; sed deferuntur illa bona ad hæredes ipsius militis, succedentes eidem ab intestato: per Gloss. *in l. 2. verbo, probetur, C. de testam. milit.* 112

Quod contrà accidit in non milite, qui non potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus; sed causa testati trahit ad se causam intestati. & ex consequenti institutus in re certa tantùm, non existente vniuersali cohærede, totum capit, & nomen vniuersalis hæredis assumit: *l. quoties, Cod. de hæred. instit.* & detracta mentione rei certæ, & particularis, in totum hæres manet: *l. 1. §. si ex fundo, ff. eodem titulo,* & tradit Dyn. *in l. si quis instituatur hæres, ff. de hæred. instit.* & *ibi* Bald. & etiam *in l. dominus §. 1. ff. de vsufruct.* & Menoch. *consil.* 234. *n. 35. & 48. & n. 52.*

Aliud verò in milite instituente vnum in aliqua re certa, & alium in alia, prohibente tamen in suo testamento ius accrescendi: in hoc casu institutus in re certa non habet nisi rem illam certam: in reliquo autem succedunt venientes ab intestato; & miles decedit pro parte testatus, & pro parte intestatus. Longè verò aliter diceretur in non milite, qui non potest prohibere ius accrescendi in successione vniuersali: Putà, quando instituit aliquem in re certa, & prohibet ne quid vltrà petere possit; si contingat hæredem vniuersalem repudiare, non potest prohibere, ne reliqua hæreditas accrescat illi instituto in re certa; quia si cætera hæreditas non accresceret instituto in re peculiari, necessariò deuolueretur ad hæredes ab intestato venientes; quod est absurdum: eò quia daretur casus, in quo aliquis non miles decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, contra communem regulam iuris, de qua *in l. ius nostrum, ff. de reg. iur.* per quam testator 113

miles est, & militiæ vacat, tam in castris, quàm in expeditione pro Republica quisque sua expositus: proinde priuilegiis eisdem datis militi debet gaudere. Item quia legum beneficia generaliter concessa, generaliter sunt intelligenda, neque ad militem spectat scire sintne bella iusta, an iniusta, quæ Principes ineunt: competit enim ignaro militi, & iusso parere potius, quàm oppositum, vt iure ipso cauetur *in l. fin. C. de iure deliber.* Ægid. *vbi supra §.1. num.14.* Cuius sententia aliis non displicet.

120 Porro quamuis statutum sit iure nostro *d.lib.4. tit.81.* condemnatos ad mortem naturalẽ non posse facere testamentum, *ibi § 6. & vltim.* ita vt testamenta anteà facta, damnatione sequuta, sint irrita: dequo idem Ægid.*p.1.§.5.num.3. vers. priorem verò sententiam*, nisi solùm de tertia bonorum parte ad pias causas: P.Molin.*de iust.tract.2. disp.9. vers. Quoad ius*: alias *num.*8.& Barbos. *in remissionib. ad d.tit.81.§.6.& vltim. per totum*: Nihilominus *eadem lib.4.tit.83.§.2.* integrum est militi condemnato pro aliquo crimine ad mortem naturalem, testari libere iure militari de omnibus suis bonis castrensibus, perinde ac si non esset condemnatus: quod intelligitur, quando dux illius, aut Iudex, qui sententiam tulerit, in ea declarauerit quòd posset disponere de suis bonis, & testari: Ægid. *in d.l.1. C.de sacros. Eccles. p.1.§.5. num.2.*

121 Quid ergo dicendum de milite instituente vnum hæredem in bonis castrensibus, & alterum in non castrensibus? Ordin. Lusit. *supra d. tit.83.§.7.* decidit esse duos hæredes: atque ita debita contracta à milite existente in bello esse soluenda a bonis castrensibus, & contracta extra bellum à bonis non castrensibus: Nagrerius Lusitan.*in introduct. ad vltim. voluntates, lib.3.c.5.num.2.* Si tamen in hoc casu bona castrensia non sufficiunt ad soluenda debita in bello facta, aut alia bona non castrentia ad exoluenda alia debita, & alter hæres bonorum noluerit acceptare hæreditatem; alter hæres aliorum bonorum, si acceptet, tenebitur soluere omnia debita contracta, aut relinquere omnia bona creditoribus, vt per ea sibi satisfaciant.

Insuper *ex eadem Ordin. tit.83.§.5.* constat quòd quamuis testes adhibiti in testamento militari debeant esse rogati; per Gloss. & text.*ibi, in l. Diuus, ff.de testamento militis*, & per *d.l.milites*, quam sequitur communis sententia, ex nostra Ordinatione hoc est intelligendum, quando milites sunt in expeditione, *ibidem*: *Os soldados quando vam em suas companhias pera a guerra, ou estao no arrayal podem faser seu testamento com duas testemunhas com tanto que as ditas testemunhas sejao chamadas pera o tal acto*: hoc est; Milites quando sunt in expeditione, & iter faciunt ad bellum, aut quando sunt in castris, possunt condere testamentum cum duobus testibus, dummodò testes sint vocati ad hunc actum. Cæterùm in ipso conflictu prælij, possunt milites, ex eadem Ordinatione, testari, quomodocumque voluerint; siue verbo tenùs, siue scripto; etiam in puluere, siue in terra cum gladio, aut in clypeo cum sanguine, dummodò id probetur duobus testibus, ibi casu, aut obiter existentibus, siue transeuntibus, & nullo modo ad id vocatis: sequitur Valasc. *consult. 104. num. 16. & num.21.* Ægid. Lusit.*in d.l.1.p.1.§.3. n.7. vers.maior verò, ad fin.*

Similiter ex nostra Ordinatione §.6. priuilegium concessum militi ad testandum iure militari in exercitu, aut congressu prælij, resoluitur sortiri effectum, si in castris, aut in bello moriantur, vel ad patrium solum reuersi, domi suæ decedant intra annum: sequitur Ægid. Lusit. *vbi supra 2.p. §.1. num.6. vers. circa quod tamen*, vbi *§ at verò* extendit ad testamenta illorum, qui milites non sunt, & iure militari testari possunt, sicut milites, & subdit ita demum sustineri eorum testamenta, si in hostili loco condita fuerint. Vnde si castra sint in loco amico, eo priuilegio militari testari nequeunt. Insuper anni, priuilegio non fruuntur, nec aliàs testamenta subsistunt, etiam in loco hostili facta, quàm illis illic morientibus: *l. fin. ff. de milit. testam*: *l. vnica, ff. de bonor. possess. ex testamento militis*, Stephanus Gratian. *discep. forens. cap. 340. n. 9. cum seqq.* addit priuilegio testandi militari gaudere Medicos, Chirurgos, Notarios, & familiares militum seruientes in exercitu.

De iure tamen Lusitano hoc non sufficit adhuc, 122
cùm dicatur *d.tit.83.§.8.in fin.* ita demum illorum testamenta, qui militis non sint, valere, quæ iure militari in loco hostili fecerint, si in prælio occumbant, vt constat ex verbis sequentibus: *e do priuilegio de testar concedido aos soldados que arsam outre si quaisquer pessoas, posto que soldados nao sejaon, que no exercito se acharem estando em terra de inimigos: mas os testamentos que fiserem nao sarao validos, senao morrendo elles na batalha.* Id est, priuilegio testandi militibus concesso gaudebunt item quæcumque personæ, quamuis milites non sint, quæ in exercitu interfuerint existentes in terra hostili: attamen testamenta, quæ fecerint, non erunt valida, nisi qui fecerint, obierint in prælio. Qua in re lex nostra à iure communi discrepat, secundùm quod, vt testamenta valeant sufficit, quòd sint facta in loco hostili, quamuis in prælio non occumbant.

Denique *d.tit.83. §.9.* Ordinationis Lusitanæ 123
decernitur, omnia testamenta facta à militibus extra castra, aut expeditionem, & conflictum prælij absque solennitate requisita de iure communi in omnibus testamentis esse nulla: quare iure militari nequibunt testari præsidiarij milites, qui morantur in arcibus, neque milites stationarij, aut limitanei in locis Africanis, nisi quando sunt in obsidione, aut in congressu belli: sequitur Cabed. *1.p.decis.129 num.10.* Valasc. *consult.104.* sed Ægid. Lusit. *d.§.1.* dubitat de hac praxi, cuius meminit Valasc. *ibi; num.33.* Nihilominus de iure nostro *supra, §.vltim.* id affirmat: quod est verum, vt legenti patebit *in d.§.9.* ibi *saluo se os soldados.*

---

§. VI.

De testamento facto tempore pestis, aut Ruri, aut in Eremo, aut coram Principe, seu coram Parocho.

EPITOME.

124 *Qua solennitas requiratur in testamento facto sæuiente peste?*

125 *Testamentum tempore pestis ex Bald. eget quinque testibus. & cur? & n.126.*

127 *Fœmina in tempore pestis an possint esse testes in testamento.*

128 *Ex iure antiquo Lusitano sufficiebant tres testes ad testandũ tam in Eremo, quã in alio loco: & n.129. 130. Idem*

130 *Idem dicendum de Codicillis.*

131 *Testamentum tam de iure communi, quàm de iure Lusitano nouo saltem quinque testes requirit.*

132 *Testamentum sine vlla scriptura tempore tantùm mortis, & cum sex testibus fieri potest.*

133 *Vtrùm valeat testamentum rure factum a rustico, qui postea factus est ciuis alicuius ciuitatis cum solemnitate rurali.*

134 *Quomodo subsistat testamentum conditum à peregrino cum minori numero testium.*

135 *Testamentum factum coram Imperatore, Rege, aut Principe Superiorem non habente absque alia solemnitate valebit.*

136 *Testamentum coram Parocho conditum quot testibus egat.*

137 *Testamentum factum coram Parocho alieno cum duobus testibus an sit validum?*

138 *Defectus personæ Parochi supplebitur si addantur duo testes.*

139 *Vtrùm valeat testamentum factum coram Parocho, & testibus a testatore non infirmo, sed sano; & factum ab infirmo an valeat si conualescat.*

140 *Testamentum in mari factum, quam solemnitatem exigat; & an sufficiant duo testes; & quid si fiat intra limites nauigationis Lusitanæ? & n. 141.*

124 DE testamento facto tempore pestis, quando est magna, ex Bart. & aliis, loquitur Gama *dec.* 81. dicens valere factum cum tribus testibus omni exceptione maioribus: sequitur Cabed. 1. *p. dec.* 170. *n.* 1. & 4. Quod Flores de Mena in additionibus ad Gamam probat magis ex æquitate, quàm de iuris rigore: cùm circa numerum testium nullo iure hoc dispositum inueniatur.

125 Iulius Clar. tamen §. *testamentum, q.* 56. *n.* 3. ex Bald. *in l. fin. in fine C. de testam.* ait requiri quinque testes, dummodò testator eo tempore ægrotet morbo pestilenti, & maior copia testium haberi non possit subdens, sibi placere semper, quòd ad minus interessent quinque testes, quamuis aliqui dixissent eo tempore duos tantùm in testamento sufficere, quorum opinionem nullo modo esse tenendam tradit, sed Baldi, post alios, qui saltem quinque sufficere volunt.

Mihi placet Gamæ, & Cabed. sententia, cui accedit Andreas Gail. *obseruationum lib.* 2. *obseruat.* 118. *n.* 18. quia tempus belli & pestis æquiparantur.

126 Fundamentum est, quia communiter omnes volunt eo tempore minorem numerum sufficere: cùm ergo de iure communi septem testes requirantur, & ex æquitate detracti sunt duo testes à Bald. & aliis: atqui de iure Lusitano sufficiunt quinque testes vltra Tabellionem: ergo detractis duobus sufficiunt tres testes ad minus: masculi tamen; quamuis secundùm multorum opinionē fœminæ admittan-
127 tur in testamento tempore pestis: prout tradit Valasc. *consult.* 117. *n.* 25. sed Gama *dec.* 44. ait debere esse masculos: sequitur P. Molin. *tractat. de iustit. disp.* 127. *vers. de iur. huius Lusitaniæ regni*, existimans quando conficitur testamentū, vbi nequeunt
128 facilè inueniri testes necessarij, verbi gratia in Eremo, vel tempore pestis, quando æger peste laborat, satis esse tres testes; siue testamentum sit clausum siue apertum; & siue fiat scripto, siue morte instante voce tenus; cùm non facilè reperiantur testes alioqui necessarij: nam si possent facili negotio vocari, non valeret testamentum cum solis tribus testibus: vt fuisse iudicatum refert Gama *dec.* 210. contra testamentum pestilenti tempore factum cuiusdam detenti in carcere publico, vbi sufficiens testium numerus erat.

Eodem modo testamentum factum in Eremo 129
apud Lusitanos valebit corā tribus testibus, aut in alio loco, vbi propter penuriā vicinorum non possunt tot testes inueniri, quot alioquin sunt necessarij in quocumque testamento, quomodocumque facto, dummodò sint masculi: P. Molin. *vbi proximè, disp.* 127. *vers. de iure huius.* Idem asserit de Codi- 130
cillis secundùm legem Lusitanam antiquam *lib.* 4. *tit.* 76. §. *fin.* quæ Lex ratione loci testium numerum in testamentis, & Codicillis simul, & æqualiter remittebat, contenta tamen tribus dumtaxat testibus tam in testamento, quam in Codicillo perficiendo.

Nihilominus noua Ordinatio *in noua compilatione* quoad testamentum attinet, nihil innouauit de testamento rure facto; sed de Codicillo: *lib.* 4. *tit.* 86. §. 2. In Codicillis ratione loci factis rure numerum testium diminuit, ad tres redigens testes; atque ita in testamentis in quibus vetus Ordinatio fuit antiquata, hodie apud nos non nisi quinque testibus interuenientibus sustinebitur testamentum, siue in Eremo; siue in loco pestilenti factum: ita Ægid. Lusit. *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* 2. *part.* §. 2. *num.* 1.

Magis tamen placet asserere de iure nouo Regio 131
in Codicillis rure factis coram tribus testibus habere locum, quod ibi disponitur: at vero pro testamentis non sufficere nisi quinque tam de iure communi; vt habetur *in l. fin. C. de testam.* per hæc verba, ibi: *sin autem in illo loco minimè inuenti fuerint septem testes, vsque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus.* Sed etiam de iure nostro nouo *lib.* 4. *tit.* 86. vbi conceditur fieri Codicillos valide cum tribus testibus, quando fiunt in locis in quibus numerus alias requisitus inueniri facilè non posset. Cùm ergo tantùm loquatur ibi de Codicillis, bene sequitur requiri de eodem iure Regio solennitatem necessariam in testamentis, quam petit idem ius Re-
gium *lib.* 4. *tit.* 80. *per totum*, vbi §. *fin.* testamentum 132
sine vlla scriptura tempore mortis dūtaxat permittitur fieri, idque cum sex testibus tā maribus, quàm fœminis: extra illud tamen testamentum nuncupatiuū tempore mortis, aut extra scriptu, si contingat impendente morte fieri testamentum verbo tenus; aut disponi de suis bonis absque vlla scriptura, valebit dispositio cum sex testibus siue masculis siue fœminis: tamen si testator conualescat testamentum omnino corruet.

Ambigi potest an si rusticus rure conficiat testa- 133
mentum, probétque illud rusticana illa solennitate, & postea fiat ciuis alicuius ciuitatis, numquid sustinebitur cum illa agraria firmitate? Affirmat Iason *in d. l. final. C. de testam. n.* 2. *vers. tertio extendo*, & Ripa *in tract. de peste, in priuileg. vltim. volunt. q.* 4. *n.* 26. quibus accedit Menchac. *de success. creation.* §. 22. *n.* 34. *vers. sextò amplia.* Quorum sententia censetur vera, si rusticus moriatur in ciuitate intra annum à die incolatus, argumento testamenti militis testantis in castris, aut in expeditione iure militari, cuius testamentum intra annum dumtaxat valet, post honestam absentiam à militia: elapso autem anno, rusticorum, sicut & militis, testamentum non sustinetur; cùm non gaudeant maiori priuilegio, quæ fiunt rure, quam quæ conficiuntur in castris, & in expeditione: vnde vbi Rusticanus ciuitatis iam incola factus in ea habitat, cessat priuilegij causa; & causa cessante priuilegium ipsum cessat, secundùm *l. Titia* 87. §. *vsuras ff. de legat.* 2.

Secùs dicendū, si rusticus condito testamēto rure, mortuus fuit in ciuitate, non vt ciuis, sed vt aduena:

tunc

tunc enim etiamsi moriatur post annum, testamentum sustinebitur, eo quòd è ture domicilium non transtulit, sicut nulitis iure militari testantis in castris testamentum, etsi domum reuersus non quidem à militia missus, valebit testamentum, quamuis domi moriatur: tunc enim non cessabit dispositio, vt vult Bald. *in d. l. si quis heredem, C. de instit. & substit.* Imola *in Clement. 2. de Rescriptis, num.* 14. & Ripa *in tract. de peste, d. q. 4. n. 27.*

134 Idem esto iudicium de peregrino testante, cuius testamentum conditum in peregrinatione cum minori numero testium valebit, si moriatur in loco vbi hospitatur, & testatur: longè aliter si domum redeat, vel alibi post peractam peregrinationem decedat: sustinebitur tamen si durante peregrinatione moriatur, quamuis alibi, cùm adhuc duret causa priuilegij testandi insolenniter: ita Paul. *in l. nutritoribus, num. 4. in fin. C. communia de success.* per *Authent.* ibi positam, vbi Angel. *n. 2. contra gloss. ibi*; vult peregrinum posse cum duobus testibus testari. Consentit Ripa *de peste, circa speciale 1. vlt. velunt. n. 4. vers. tertiò inducunt.* Quod nullo modo debet admitti, iuxta *supra* tradita: Spino *in speculo 3. p. Rubrica de testam. n. 5.*

135 Pro testamento facto coram Imperatore, Rege, aut Principe Superiorem minimè recognoscente: Dicendum est, validum esse absque alia solemnitate, vt constat *ex l. omnium, C. de testam.* & *ex l. 5. tit. 1. part. 6 legum Castello.* Dicetur autem testari coram Principe, si porrigat preces Principi, in quibus declaret qualiter de rebus suis disponat; etsi Princeps super huiusmodi precibus nihil rescribat. Quinimò si quis nullis oblatis precibus, sed ore tenus coram Principe dicat, se instituere hæredem Paulum; valebit testamentum, modò de hoc per aliquos testes fiat probatio; & sine dubio testes sufficient, vbi non apparet preces fuisse oblatas: ita Bart. *in d. l. omnium n. 2. C. de testam.* Et est communis opinio, teste Socino iun. *cons. 138. num. 10. lib. 5.* quem refert Couar. *In rubric. de testam p. 1. num. 2.*

136 De testamento facto coram Parocho; de iure Canonico deciditur *in cap. cum esses, de testamentis*, sufficere duos, aut tres testes; contra ius ciuile, & receptam consuetudinem; cum Parocho: addita pœna excommunicationis, contra eum, qui ausus fuerit testamentum hoc eneruare in Terris Ecclesiæ subiectis Romano Pontifici, quoad vtramque iurisdictionem, tam temporalem, quàm spiritualem, & quoad vtrumque forum Ecclesiasticum, & seculare: Secùs in terris cuiuscumque Principis secularis, in quibus leges ciuiles quoad testamenta conficienda obseruantur. Disputationis tamen gratià, non sine fundamento defendi potest sententia Pauli Comitoli, *Respons. moral. lib. 7. q. 1. n. 8.* dicentis cum aliis dispositionem capitis. *Cum esses, de testam.* esse generalem, & vbique eandem vim habere; cum scriptum sit: *In ore duorum, vel trium testium stet omne verbum.*

137 Dictum est coram Parocho, seu Presbytero suo, ita vt non satis sit fieri cum alio presbytero non suo: Cened. *ad decretal. collect. 159. n. 1.* alséque sine presbytero suo testamentum nullum tradit Marc. Anton. Genuens. *in pract. Ecclesiast. q. 160.* Accedit Parochus ad testamentum vt Notarius: neque in hoc apparet aliquod inconueniens: Mascard. *de probat. conclus. 1352.* Sequitur Spino *in suo speculo gloss. 31. n. 39.* vbi *n. 48.* in vtramque partem disputat cum communi contra cōmunem, solemnitatem testium, quæ in testamētis, quoad eorum numerum, requiritur, esse substantialem, & non probatoriam: quod etiam docet Couar. *in d. c. cum esses, n. 8.* sed priùs *n. 5.* inclinat solemnitatem circa numerum testium esse probatoriam: prout refert Spino *citatus*, & non substantialem: & tenent plures relati per Menchac. *de success. creatione §. 2. n. 2. cum seqq.*

Proinde si testamentum non conficiatur coram Parocho testatoris cum duobus, vel tribus testibus, vt valeat opus est, vt addatur numerus duorum testium, & ita supplebitur defectus personæ Parochi, testamentúmque sustinebitur cum quatuor testibus, vt constat *ex eodem cap. cum esses*, per text. *ibi*, vel duobus aliis personis: Mascard. *de probationib. concl. 1352. n. 8.* deberéque huiusmodi testes esse rogatos, seu vocatos, tenet Stephanus Gratian. *discept. forens. c. 93. à principio.* 138

Adde *in d. c. cum esses, verbo, in extrema fecerint*, solùm loqui in testamentis confectis dumtaxat ab ægrotis, & personis infirmis, vt per Cened. *ad decretal. collect. 159. n. 7.* subdens per hunc textum eo tantùm casu reprobari, & corrigi consuetudinem, & leges ciuiles exigentes ampliorem numerum testium, eò quòd infirmus non ita facilè semper potest rogare, seu conuocare testes, sed eo modo, quo potest volūtatem suam exponit Parocho, qui eo tempore, vt Medicus spiritualis consulit animæ sui Parochiani. Quare si conficiatur à testatore in sanitate existente, non valebit hoc testamentum, ex traditis à Boër. *decis. 228. ex n. 11. cum seqq.* & ex consequenti, si conualescat ex eo morbo, dubitari potest an sustineatur? sed sustineri colligitur ab eodem Boër. *n. 12.* dicente testamentum à peste percusso factum cum quinque testibus, si superuiuat, non rumpi; quamuis potuerit postea cum numero septem testium illud reficere, si in eadem voluntate perseuerauerit: vt vult Corneus *cons. 53. vol. 4.* & Ripa *in tract. de peste, fol. 25. col. 1. vers. quaro quarto.* Iuuat Guido Pape, *decis. 543. ex n. 3.* 139

Quid de testamento in mari facto? Respondetur, si testetur in mari adhærente regno extraneo, & alieno, cuius leges circa testamenta condenda ignorantur, & consuetudo nescitur, sufficere solemnitatem iuris Gentium, & ita satis esse testes duos ad probationem testamenti: Cæterùm si mare sit, vel portus adiacens, seu adhærens alicui regno, cuius leges circa testamenta conficienda non ignorantur; Aliqui vt Bald. *in cap. licet, de feriis*, vbi declarat Gloss. *in c. vbi periculum, §. porro, de electione*, volunt debere testamentum cōfici in mari, vel in portu maris secundùm Statuta loci, seu regni cui adiacet & adhæret; nec sufficere solennitatem iuris Gentium: sequitur Tellus Fernandez *in l. Tauri 3. p. 2. n. 5.* tamen Cifuentes *in eadem l. n. 17.* vult in eo testamento ibi ita confecto sufficere duos testes, si plures nequeunt haberi: consentit Anton. Gom. *n. 22. in eadē l.* dum opinatur in loco hostium, & infidelium, vbi quis moratur tanquam Mercator, seu Legatus, secundùm veriorem, satis esse testari cum solemnitate iuris diuini, vel Gentium, coram duobus testibus; eò quòd tale ius vbique habet locū veluti bonum, & æquum, & vniuersale: per *l. penult. ff. de iust. & iur.* ita Bald. *in l. 2. C. quemadmodum testamenta aper.* & *ibi* Paulus Fulgos. *in l. hoc iure, ff. de iust. & iur. col. final.* quamuis contrarium credat Spino *in suo speculo 3. p. Rubrica, num. 7. vers. contraria tamen sententia.* 140

Mihi tamen probatur, in testamento mari intra limites nostræ nauigationis Lusitanæ facto, requiri solemnitatem nostrarum legum; aliàs non valere. Eò quia in qualibet naui Lusitana constituitur Notarius cum potestate scribendi testamenta: Sin autem non constituatur, nec numerus testium facilè reperiatur; tunc sustinebitur testamentum instar facti in loco Eremo; vt supradictum est de testamento iure confecto. 141

LIBER

LIBER QVINTVS.

De Teſtamentis.

DISPVTATIO VIII.

De Teſtamentis non priuilegiatis, & de eorum ſolennitatibus vt valeant, tam de iure communi, quàm de iure particulari.

§. I.

Quo iure ſint introducta teſtamenta, & quæ perſonæ prohibeantur teſtari?

E P I T O M E.

1 *Quo iure ſint introducta teſtamenta, reſpectu inuentionis, & reſpectu ſolennitatis.*

2 *Teſtamenta, quatenus ſunt de iure Gentium, non poſſunt tolli per Principem quoad ſolennitates maximè.*

3 *Ius Gentium quid ſit, & cur ita dicatur?*

4 *Et an reducatur ius Gentium ad ius poſitiuum, vel ad ius naturale?*

5 *Quibus perſonis prohibeatur facere teſtamentum?*

6 *Et an impubes poſſit teſtari de licentia Regis?*

7 *Furioſus quando poſſit teſtari validè, & Phreneticus, & n. 8.*

9 *Mente captus, ſtultus, & fatuus an poſſit teſtari? & n. 10. Et quid de filio familias, n. 11.*

12 *Hereticus, & Apoſtata à fide an aliquando poſſint teſtari; ante ſententiam, & poſt ſententiam.*

13 *Reſolutio quæſtionis.*

14 *Hereticus an ſit incapax cuiuſcumque ſucceſſionis?*

15 *Et quid ſi ſucceſſio deferatur per viam contractus, & vnde veniat hæretico hæc incapacitas? & n. 16.*

17 *Excommunicatus in quibus caſibus nequeat teſtari? & n. 18.*

19 *Et quando excuſetur per ignorantiam inuincibilem ab excommunicatione?*

20 *Ignorantes inuincibiliter mandatum Epiſcopi, vel Papæ ſub pœna excommunicationis latæ ſententiæ, quando excuſantur facientes contra, & n. 21. & 22.*

23 *Percuſſor clerici quando excuſetur ab excommunicatione Canonis* Si quis ſuadente.

24 *Et quid de fure, & de homicida, & n. 25.*

26 *Hæreticus reconciliatus poteſt teſtari, & ſuccedere ab inteſtato, & ex teſtamento etiam antequam admittatur ad reconciliationem.*

27 *Seruus, Religioſus, prodigus, ſurdus, & mutus & condemnatus ad mortem an poſſint teſtari, & infra n. 37. & 38.*

28 *Milites Ordinum militarium olim non poterant teſtari: nunc autem etiam non omnes teſtantur.*

29 *Monachi profeſſi etiam de licentia ſummi Pontificis poſſunt teſtari, quamuis ſint Epiſcopi.*

30 *Non poſſunt tamen per eam licentiam Maioratum inſtituere niſi expreſsè concedatur.*

31 *Et quid de Monacho, qui fuit vxoratus, & habuit filios, & poſtea Religionem fuit ingreſſus, & n. 32. 33. & 34.*

35 *Maioratus inſtitutus ex contractu non reuocatur per ingreſſum religionis, & quid in noſtra ſocietate?*

36 *Epiſcopus Monachus de licentia Pontificis ſummi poteſt teſtari ad pia tantùm: & an illa licentia expiret.*

39 *Condemnatus ad mortem vtrùm teſtari poſſit? Remiſſiuè.*

40 *Vſurarius manifeſtus an poſſit teſtari, & n. 41. 42. & 43.*

PRIMA dubitatio, Quo iure ſint introducta teſtamenta? Bart. *in l. interdum, ff. de condictione indebiti,* receptus communiter ſecundùm Peraltam *in Rub. de hered. inſtituend. n. 140.* & Pinell. *in Rub. de reſcind. vendit. 1. p. c. 1. n. 23.* voluit inuentionem, & introductionem teſtamentorum fuiſſe de iure Gentium: approbationem autem, confirmationem, & ſolennitatem eſſe de iure ciuili inductam: vt *in l. 1. per totam,* & maximè *in l. 3. ff. de teſtam.* & *in l. 1. C. eodem, tit.* & rurſus *in l.* etiam *1. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Idem Bart. *in Rub. ff. de acquirenda hereditate, 2. col.* & Bald. *in d. l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ. col. 4. q. 3.* Idem Bald. *in Rub. C. de contrahend. Emptione, col. 1.* concludens: ſicut contractus in inuentione, & origine dicitur de iure Gentium, quo fuit inuentus; & reſpectu ſolẽnitatis, ſeu formæ, eſt de iure ciuili: ita teſtamenta reſpectu inuentionis, & originis, ſunt de iure Gentium: ſecundùm quod Gentes de ſuis bonis diſponebant poſt mortem: reſpectu verò formæ, & ſolemnitatis eſſe de iure ciuili receptum eſt: Couar. *lib. 3. reſolut. c. 6. n. 7* Burgus de Paz, Tellus Fernandez *in d. l. 3. Tauri in princip.* Menchac. *de ſucceſſ. creatione § 1. n. 1. in verſ. quoad quartum.* 1

Hinc fit vt ſubſtantia teſtamentorum, vt eſt de iure Gentium, & ſic de naturali ſecundario, non poſſit tolli per Principem quo ad hoc, vt poſtquã eſt factum, ius auferatur. Cæterùm quia ſolemnitates, & formæ ſunt à iure ciuili inductæ in teſtamentis, poteſt Princeps ex cauſa interdicere aliquibus, ne faciant teſtamenta: Spino *in ſuo ſpeculo, 1. p. gloſſ. rub. n. 22.* Illis autem, quibus nõ interdicitur facere teſtamentum, non poteſt Princeps tollere, nec mutare conditiones, formas, & ſolemnitates poſitas à teſtatore iuxta ſuiſs diſpoſitionem: vt tenet expreſsè 2

expreſsè Archidiacon. *in cap. Epiſcopus*, 88. *diſt.* Mart. Laudenſ. *in tract. de priuileg.* §. 22. Decius *conſ.* 357. *num.* 5. *& conſ.* 403. *num.* 14. quos ſequitur Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 6. *num.* 7. *verſ. ſexto hanc ſententiam.* Burgus de pace *in d. Proœmio legum Tauri*, *num.* 327.

3 Secunda dubitatio petit, quandoquidem teſtamenti factio eſt inducta iure Gentium, quid ſit ius Gentium? Reſpondetur ſic eſſe dictum, quòd eo vtantur omnes homines, quia in aliquam ingentem ſocietatem ſunt congregati. Nam Gens eſt hominum multitudo eiſdem moribus vtentium, dicta quaſi Genus, litera, v, ſublata. Eſt igitur ius Gentium, quo vtuntur homines, non tamquam homines, hoc eſt rationis participes animantes; ſed tanquam Gentes, & in populi formam aliquam ſociati, vt exponit ſatis de iure Gentium Zazius *de iuris ciuilis interpretatione tit.* 3. Azor *lib.* 5. *inſtit. moral. cap.* 1. *verſ. ſecundò diuiditur, tom.* 1. P. Suarius *de legibus lib.* 2. *cap.* 18. & Tyber. Decianus *in tract. criminal. lib.* 2. *cap.* 8.

4 Tertia dubitatio eſt, an hoc ius Gentium reducatur ad ius poſitiuum, an ad ius naturale? Sunt qui putent omne ius Gentium propriè ſumptum, eſſe poſitiuum: Molin. *tom.* 1. *de iuſtitia, tract.* 1. *diſp.* 1. *&* 5. Sequitur Sallas *diſp.* 2. *ſect.* 2. *num.* 18.

Alij tamen opinantur ius Gentium ſub iure naturali latè ſumpto contineri: Azor *d. lib.* 5. *cap.* 1. *ſecundò diuiditur.* Alij denique tradunt ius Gentium partim ſub naturali, partim ſub poſitiuo includi: ita Bart. *in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iur. num.* 9. *cum ſeqq.* cuius opinio eſt receptiſſima, vt ait Menchac. *lib.* 1. *de ſucceſſ. creat.* §. 1. *num.* 2. *&* 3. *& controuerſ. primo, cap.* 10. *num.* 18. Quod valet idem, quod vulgariter dicitur, ius Gentium, aliud eſſe primarium, aliud ſecundarium.

Hæc dubitatio videtur ſolùm de nomine; quia quando conſtat aliquid eſſe de lege naturæ, parum refert, ſi dicatur eſſe quoque de iure Gentium: quoniam Gentes communiter eo iure vtuntur. Quare ſimpliciter dici poteſt, ius Gentium eſſe ius humanum & poſitiuum, vt Sallas *ſuprà ſect.* 3. *num.* 21. §. 4. latè probat, & Suar. *de legibus lib.* 2. *num.* 3. neque diſcrepant iuris Cæſarei prudentes, qui ius Gentium partiuntur in primarium & ſecundarium: & prius dicunt contineri in iure naturali; poſterius autem eſſe poſitiuum humanum: quæ diuiſio tantùm differt in vocis vſu; cùm re vera coincidat cum opinione ſuprà poſita; eò quòd non eſt negandum ius Gentium primarium eſſe naturale, ſolúmque denominari Gentium, quatenus illo communiter Gentes vtuntur: proinde quando loquimur quatenus ius ab origine, & authoritate denominatur, eſt illud ſecundarium, quod iuris Cæſarei periti affirmant eſſe poſitiuum, de quo Suar. *dict. cap.* 19. *num.* 2.

5 Quarta dubitatio, quibus perſonis interdicatur teſtamenta condere? Atque imprimis de iure communi, & de iure particulari interdictum eſt impuberi minori quatuordecim annis, ſi eſt maſculus: & minori duodecim, ſi eſt fœmina, teſtari: quia non præſumitur habere integrum iudicium ad teſtandum: text. *in l. qua ætate, ff. de teſtam. & in l. ſi frater. C. qui teſtam. fac. poſſ.* text. *in l. final. C. de teſt. milit.* vbi deciditur, quòd etiam ex priuilegio militari impubes teſtari nequeat: text. *in l.* 13. *tit.* 1. *part.* 6. conſonat Ordinatio Luſitana *lib.* 4. *tit.* 81. *das peſſoas, quibus non eſt permiſſum facere teſtamenta, in princip. menor de quatorze annos*: & quamuis in aliquibus caſibus, ſeu delictis malitia ſuppleat ætatem, & impubes proximus pubertati teneatur ex delicto, text. *in l. pupillum, ff. de regul. iuris*, & ex §. *in ſumma, Inſtit. de obligationib. quæ ex delicto naſcuntur.* Quod idem oſtenditur in matrimonio, quando impubes doli capax poteſt copulare, poteſt etiam contrahere: vt *in cap. iuuenis, de ſponſalibus, & in cap. de illis, de deſponſatione impuberum.* Cæterùm in teſtamento malitia nunquam ſupplet ætatem; adeò quòd quamuis minor impubes ſit proximus pubertati, & valde intelligens, adhuc non valet teſtari; quia non habet tempus perfectum, & completum: ita Paulus de Caſtro *in l. qua ætate. ff. de teſtam. in fine.* Ioann. de Imola *in cap.* 1. *extra de teſtament. col.* 6. Quin etiam neque ad pias cauſas impubes teſtari valet: Bart. *in l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ. col.* 3. *&* 4. Alberic. *in l. frater à fratre. ff. de condict. indebit. col.* 7. addens ex tali teſtamento nullam omnino obligationem, etiam naturalem oriri.

Quinta dubitatio, an impubes poſſit teſtari de licentia Regis? hoc eſt, an Rex, vel Princeps ſupplere poſſit hunc defectum ad teſtandum? Negatur ex text. *in l. final. C. de teſtam. milit.* per quem idem Bald. *in l. vnica. C. de Confeſſis, col.* 2. *num.* 83. *verſ. quæro, quæ ſunt exempla*, probat; & confirmatur ex text. *in l. cum prætor. ff. de iudic.* vbi habetur non poſſe impuberem eſſe iudicem, quia prohibitum eſt à natura: quæ ſententia eſt ſatis tuta: non enim Rex poteſt ſupplere defectum iudicij, & intellectus, cùm cenſeatur naturalis. 6

Cæterùm cum apertè non conſtet quo tempore, & ætate minor habeat illud iudicium integrum; fatendum eſt, poſſe Regem tempus aliud ſtatuere, & præfigere; atque ita non ſolùm Lex communis, & ſtatutum, ſed etiam Rex poteſt concedere, quòd impubes proximus tandem pubertati, ſiue maſculus, ſiue fœmina, poſſit facere teſtamentum: argumento impuberis proximi pubertati, qui poteſt contrahere de iure, & quaſi contrahere, ſaltem vt obligetur naturaliter: igitur poterit Rex idem concedere, vt faciat teſtamentum: vt tradit Bart. *in l. ſi quæramus. ff. de teſtam. col.* 2. *num.* 6. Paul. de Caſtro *in l. reſcripta. C. de precib. Imperat. offer. col.* 2. & Angelus de Peruſio *in l. fin. C. de teſtam. militis*, & ibi Alex & P. Molin. *de iuſt. tom.* 1. *diſp.* 136. §. *præterea impuberes.* Anton. Gom. *l.* 3. *Tauri num.* 3. *&* 4.

Furioſo item, qui perpetuo morbo laborat, aut habet dilucida interualla, interdictum eſt teſtari tempore furoris: Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 7. *verſ. quæro.* Benedict. Pinel. *ſelect. iuris interpret. lib.* 2. *cap.* 20. Secus ſi alio tempore, quo eſt ſanæ mentis: vnde Menoch. *conſ.* 311. *num.* 7. *& conſ.* 374 *num.* 45. *& lib.* 6. *de præſumpt. quæſt.* 45. *num.* 66. & Maſcard. *de probat. concluſ.* 39. *num.* 8. tradunt teſtamentum furioſi habentis dilucida interualla præſumi factum tempore ſanæ mentis, ſi videatur factum ab homine ſani intellectus. 7

Nihilominus quando ambigitur an condiderit teſtamentum furore durante, aut tempore ſani intellectus, & ex cōſequenti in dilucido interuallo, ex verbis teſtamenti, & ex modo teſtandi poteſt argui an habuerit defectum iudicij, & intellectus: præſertim ſi tempus teſtamenti erat vicinum, & proximum tempori furoris: tunc enim cenſebitur factum tempore furoris, & non ſuſtinebitur. Contra verò ſi tempus teſtamenti non erat proximum tempori furoris, & verba teſtamenti, & qualitas diſpoſitionis, & modus dicendi ita conueniant, vt ſanam mentem & intellectum videantur oſtendere, valebit illud, quaſi factum in dilucido interuallo, & tempore habili: argumento text. *in l. patronus*, §. *final. ff. de legat.* 3. & expreſsè

tenet Bald. *in l. furiosum*, *C. qui testamenta facere poss.* Bart. *in l. 1. ff. de bonor. possess.* Ioan. de Imola *in l. qui testamentum §. nec furios. de testam.* & Albas *in c. final. de success. ab intestat.* Nam furor præsumitur durare omni tempore, si constet furiosum fuisse antea furore percitum, aut aliquo modo affectum, quatenus habeat dilucida interualla: Molin. *de primog. lib. 2. cap. 9. n. 30.* & P. Molin. *tract. 2. tom. 1. disp. 136. n. 3. vers. in dubio autem*, Sanch. *de matrim. lib. 1. disp. 8. n. 17. vers. Et ratio est.* Valasc. *consult. 145. n. 13. & 14.* & Aloys. Riccius *in praxi rerum fori Eccles. decis. 251. n. 3.*

8 Probatur ex Gloss. *in cap. cùm dilectus, de success. ab intestat.* ibi: *quia constabat illum prius fuisse furiosum.* Ex quo adhuc præsumitur furiosus: secus si antea furore agitatus non fuisset; quia non præsumitur furiosus, sed sanæ mentis. Anton. Gom. *3. variar. cap. 1. num. 71.* Burgus de pace, *cons. 11. num. 13.* Perez *ad tit. 2. lib. 5. Ordinament. pag. 63.* Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 8. num. 17.* & *in præcepta Decalogi lib. 4. cap. 1. num. 15.*

Furor tamen probatur per testes singulares: Marant. *in repetitione legis, si procur. num. 130. vers. prædictis adde ff. de acquirend. hæred.* Herculan. *in tract. de negatiua. num. 157. ad fin.* Mascard. *de probation. conclus. 827. num. 7. & conclus. 1045. num. 33.* & Caldas Pereira, *quæst. forens. 24. num. 7.* Et possunt testes esse domestici Farinac. *in praxi, 2. p. quæst. 55. num. 116.* quem sequitur Barbos. *cap. in literis, de testibus. num. 17*

Hinc sequitur quæstio, an valeat professio facta à furioso? Respondetur negantèr, nisi factus sanæ mentis ratum habeat: Boër. *decis. 23. num. 69.* Azor. *Instit. moral. p. 1. lib. 12. cap. 2. q. 5.* Sanch. *in præcepta Decalog. d. lib. 4. cap. 1. num. 5. & tom. 2. lib. 5. cap. 4. n. 55.* & conferunt quæ idem Sanch. tradit, *de matrim. lib. 1. disp. 8. n. 15.*

Dubitatur tamen an professio illa emissa tempore furoris ratihceetur, si postea redeat ad sanam mentem, & conscius professionis factæ à se, non contradicat, aut habitum professorum non exuat? Affirmant Hostiensis *in cap. sicut de regularibus, in fine*, & Ioan. Andreas *n. 2.* censeri statim ratam professionem. Contrarium tamen sustinent Abbas *in eodem cap. n. 4.* Syluest. *in summa, verbo, Religio, 5. q. 2.* & Azor. *d. q. 5.*

Cæterum post decretum Concilij Tridentini *sess. 25. de regularibus. cap. 15.* non erit locus huic tacitæ professioni, nisi quando ante furorem integer annus probationis, seu nouiciatus præmissus esset, vel post sanam mentem præmittitur: Sanch. ita *d. lib. 5. cap. 4. num. 53. in fine*, vbi *num. 54.* controuertit an quando aliquis sanæ mentis, & compos sui ingreditur Religionem, & durante anno probationis lapsus est in furorem, sit computandum tempus furoris in anno nouiciatus? Et resoluit *num. 55.* furorem breui durantem per octo scilicet aut quindecim dies non rumpere cursum anni probationis, nec hoc breue tempus transacto anno supplendum fore, sed in anno numerandum. Contra verò, si furor duret per mensem integrum.

Quid de Phrenetico, an possit testari? Responsio est negatiua: ita Bonacos. *tom. 2. commun. opinion. lib. 6. tit. 12. num. 11. pag. 34.* Cald. Pereira *quæst. forens. cons. 24. num. 3.* Negrer. *in introduction. vltim. volunt. lib. 1. cap. 7. num. 10.* Nec refert si Notarius in testamento asserat fuisse Phreneticum sanæ mentis, & sui compotem, eò quòd per hæc verba non probatur sanitas mentis in testatore; nisi aliter probetur: vt per Hyppolit. *in l. 1. §. si quis dicatur, num. 4. ff. de quæst.*

Idem de mente capto, qui etiam testari nequit 9
ex Lusit. Ordin. *lib. 4. tit. 61. in princip.* P. Molin. *de iust. tom. 1. tract. 2. disp. 136. vers. à primo*, aliàs *num. 3.* Cabed Lusit. *1. p. decis. 97. num. 3. & 4.* habetur enim, tanquam pupillus: Gomes. *in l. 3. Tauri, num. 9.* & Gutier. *cons. 14. num. 5.* Dicitur autem mente captus, qui est mente diminutus, & mente caret.

Porrò stultus qui est imprudens, improuidus, 10
incautus, & ineptus: & in eo differt à fatuo; quia fatuus, est qui omnino desipit: Stultus verò, qui aliquid sapit: Sicut dicitur de fatuo posse testari, si aliquem intellectum habeat: vt vult Cabed. *d. decis. 97. num. 5.* Multò fortius stultus testari poterit cùm aliquid sapiat: secus de fatuo omninò, quia mente caret: In quo euentu nihil differt à mente capto: quem non posse testari certum est: tamen si fatuus non omninò caret iudicio, testari poterit, secundùm Ioan. Faber *in §. præterea. Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* & *ibi* Angelus de Perus. sequitur Gomes. *in d. l. 3. Tauri, n. 9.*

Similiter non erit integrum filio familias testari 11
de bonis aduentitiis, ex nostra Ordinatione *lib. 4. tit. 81. §. 3.* etiam patre permittente. De bonis autem Castrensibus quomodo possit facere testamentum, dictum est *supra*, cùm actum est de filio familias, *lib. 1. disp. 2. §. 8. num. 134. cum seqq. vsque ad num. 140.* & *disp. 3. §. 1. num. 20. & seqq. & §. 2. à num. 24.*

Sexta dubitatio, an hæreticus, seu apostata 12
possint testari? Quoad hæreticum; Grassat. *cons. 280. num. 1.* Royes *singulari 61. num. 2.* Simanc, *de cathol. institutionib. tit. 9. à num. 3.* & Gregor. *in l. 7. verbo, Catholicos. tit. 7. p. 6. & l. 2. verbo. de sus bienes, tit. 26. part. 7.* docent non posse testari. Attento tamen iure ciuili, potest testari instituendo tamen Catholicos hæredes; *Authent. vt cum de appellatione cognosc. §. Si quis de prædictis parentibus, vers. generaliter:* & consideratio iure Regio *l. 7. tit. 7. part. 6. & l. 2. tit. 26. part. 7.*

Idem Apostatæ conceditur. Nihilominus de iure Canonico, cui standum est, *in cap. excommunicamus, el primo, §. credentes, de hæret.* id fieri non potest, cùm sit intestabilis; vt volunt vltra præcitatos, Spino *in suo speculo gloss. 12. rubric. num. 42.* Sanch. *lib. 2. Decalog. cap. 24. num. 1. cum seqq.* Farin. *de hæresi, quæst. 9. n. 89.* Santarel. *eodem tract. cap. 15. num. 1.* Quod procedit, etiamsi hæreticus voluerit testari ad pias causas: adhuc enim testamenti dispositio erit nulla: Farinac. & Sanctarel. *vbi proximè*, & Ricciul. *de iure personarum cap. 28. num. 5.* Et Locat. *in iudiciali inquisit. verbo Pœna num. 9. vers. 17.* siue testetur testamento, siue Codicillis, siue quolibet alio genere vltimarum voluntatum Royes *singulari 185. num. 6.* Ricciul. *d. cap. 18. num. 4.*

Ambigitur item, an hoc habeat locum etiam non sequuta sententia criminis declaratoria? Affirmant aliqui *ex d. cap. excommunicamus, §. credentes*, vbi dicitur hæreticum esse intestabilem: quod verbum cùm sit in Coniunctiuo, videlicer, *sit*, importat Canonem latæ sententiæ: sequitur Aragon. *Secunda secundæ, q. 11. art. 5. fol. 348. col. 1. corol. 4.* dicens testamentum hæretici esse nullum, quia est de bonis iam ad fiscum applicatis. Et ostendit *ex l. Castella 5. tit. 25. p. 7.* loquendo de Apostata ait non posse illum facere testamentum, *des de el dia, que ha apostatado.* idem tenet Mieres *de Maioratu in prima editione quæst. 5. num. 91.* nec discordat Couar. *in Clement. si furiosus, 1. p. §. 2. n. 2.* vbi loquendo de sodomita nondum condemnato, sentit

non

non posse testari, quia infamis est, & quia à die patrati criminis dominio omnium bonorum est priuatus.

13 Verius tamen est posse testari ante sententiam declaratoriam criminis, & eâ sequutâ testamentum reuocari; eò quia verbum, *fit intestabilis*, est futuri temporis, & importat sententiam ferendam; vt cum communiori vult Tiraquel. *in l. si vnquam, in verbo Reuertatur, n.182. & 183. in 1. Editione C. de reuocand. donat.* Probatur ex lege Regia Castellæ 56. *in fine tit. part.6.* per hæc verba: *los hereges despues que por sentencia son condenades de heregia, nò pueden fazer testamento.* Ergo testamentum non est irritum ipso iure, sed irritandum Gregor. Lopez. *ibi*: & multo melius P. Molin. *tom.1. de iust. disp. 95. col. 12. vers. secundum est*, vbi docet posse hæreticum ante condemnationem bona sua donare, aut transferre in aliquem per vltimam voluntatem.

Quin etiam post sententiam poterit hæreticus de bonis non publicatis testari, quamuis bona sint ipso iure publicata, nondum tamen per sententiam; quia ius Canonicum interdicens hæretico testari, intelligitur de bonis, quæ publicantur: ita Castil. *in l.4. Tauri, verbo, fueren confiscados.* Et *ibi* Auendan. *gloss.7 n.11.* consonat Vasquez 1.2. *q.96. art.5. disp.171. c.1. n.11.* docens posse illum, cuius bona sunt ipso iure publicata relinquere ex testamento filiis suis, illosque posse capere ex testamento, & ab intestato. Quod intelligitur ante sententiam criminis declaratoriam: secùs eâ sequutâ, quoniam reuocatur testamentum, & retrotrahitur ad diem patrati criminis; habetúrque perinde ac si fuisset conditum post sententiam: ita Pegna, *in directl. Inquisit. p.3. comment. 165. vers. rursus.* Peregr. *de iur. Fisci, lib.5. tit.1. n.172. vers. notandum tamen,* Ricciulus *d. c. 28 n 9.*

Quare absolutè potest dici hæreticum, siue post, siue ante sententiam declaratoriam criminis, non posse etiam inter liberos Orthodoxos testari, si res intelligatur modo supradicto: & vult Gloss. *verbo ipso iure, vers. sic puto, in c. cum secundùm leges, de hæreticis lib.6.* & Simanc. *de cathol. instit. tit.9. n.4.* & Ordin. Lusit. *lib.4. tit.81. §.4.* dum ait absolutè hæreticum, sicut & Apostatam, non posse facere testamentum.

14 Septima dubitatio an hæreticus sit incapax cuiuscumque successionis? Responsio est affirmatiua, siue successio illi veniat iure communi, siue militari aut fideicommissi, vel per viam contractus inter viuos. Quoad primam partem inclinat omnino Quemada *in quæst. fiscal. quæst.18* Royes *singul. 79.* Vasquez 1.2. *disp.169. c.3. n.32.* Azor. *instit. moral. p.1. lib.5. c.8. q.1. & lib.8. c.12. q. 8.* sequitur Farin. *de hæres. quæst.179. n.94.* vnde nullus hæreticus, vel Apostata hæres, aut legatarius esse potest, P. Molin. *supra, tom.1. disp.154. vers. de iure communi*, aliàs *n.6.* Sanch. *lib.2. in præcepta Decalogi c.14. à n.31.* P. Lessius, *de Iust. lib.2. c.19. dub. 5. n. 50.* Quibus accedit Riccius *supra, lib.5. c.27. n.3.* Vbi vult hoc habere locum, siue successio deferatur iure communi, siue iure fideicommissi, siue iure militari, aut institutionis, vel legati particularis.

15 Quoad secundam partem, quando successio defertur per viam contractus inter viuos, etiam idem volunt Sanch. *d. lib. 2. cap. 14. num. 36.* Azor. *d. lib 5. c.8. quæst.1. & lib.8. cap.12. quæst. 8.* Quod puto verum. Non tamen tenebitur hæreticus ante sententiam restituere, sed eâ sequutâ pertinere accepta ad fiscum; quia nullus textus iure communi hanc incapacitatem probat: ideò acquiruntur hæretico: Sanch. *vbi proximè n. 32.* nec ius Regium, siue Castellanum, siue Lusitanum reddit incapacem hæreticum ad acquirendum, & valent in foro conscientiæ, donec sententia criminis declaratoria accedat: quia hæreticus, & alij quorum bona ipso iure publicantur, sunt veri Domini suorum bonorum, iuxta veriorem sententiam, donec per sententiam declaratoriam illis priuentur: *ex l. quæsitum est, 15. ff. qui & à quibus.* Cuius sunt hæc verba, ibi: *Quæsitum est, an is, qui Maiestatis crimine reus factus est, manumittere possit, quoniam ante damnationem Dominus est.* Secundò quia nullibi deciditur reos horum criminum priuari statim dominio bonorum. Quam sententiam sequuntur Victor. *in relect. prior. de Indis insulanis, n. 4.* Cordub. *in quæst. lib. 1. quæst. 36. in fin.* Vasquez. *d. 1. 2. quæst. 96. art. 5. disp. 170. tote cap. 3.* Molin. *tom. 1. de iust. quæst. 95. col. 11. vers. dubium vero est*, & Henriq. *in summ. libr. 13. de excommun. cap. 56. num. 2. paulo ante finem.*

Nec refert opposita sententia, quæ est valde probabilis ac tenet à die commissi criminis deperdi bonorum suorum dominium ab hæretico, idque in fiscum transire: Quia secundùm hanc partem, conceditur illum retinere legitimam bonorum suorum administrationem, donec damnetur; & ex consequenti contractus gestos ab hæretico valere antequam damnetur: vt latè probat Sanch. *lib. 2. in præcept. decalog. c.22. n. 3. & n. 50 cum seqq.*

Non leuis est difficultas, vndenam proueniat hæretico incapacitas testamenti faciendi; nunquid ex Papali censura excommunicato propter hæresim imposita. Pars affirmans ex eo potest probari: quia quilibet excommunicatus alius habet vtramque testamenti factionem, ex Menchac. *illustrium, cap. 102. num. 5.* sequitur Iul. Clar. *§. Testamentum. quæst. 24. vers. sed hodie*: vbi posse testari excommunicatum secundùm communem vult. Quare excommunicato propter hæresim dumtaxat interdictum est testari: iuxta Bart. sententiam *in Authent. credentes, C. de hæretic.* prout tradit Anton. Gabriel. *lib. 4. communium tit. de testam. conclus. 1. num. 7.* Ordin. Lusit. *lib. 4. tit.. §. 4.* quasi eam sententiam in aliis excommunicatis præter hæreticos, & Apostatas, amplectatur, dum in his specialiter loquitur testari hæreticos non posse declarans. 16

Sed Gloss. *in cap. Decernimus in verbo, & testificando, de sententia excommunicationis in 6.* tenet indistinctè excommunicatos non posse testari; sed reiicitur: Quod adeò verum est, vt possit testari etiam denuntiatus: vt probat Franchus *in d. c. decernimus*, & inter personas prohibitas testari non recensetur: Gloss. *in §. final. instit. quibus non est permissum fac. testam.* vbi refert personas octodecim, quibus testandi facultas prohibetur, & non enumerat excommunicatum: Ergo licitè potest testari: quam sententiam sequitur Gloss. & Bart. *in d l. si quæramus, de testam.* Et est communis, vt ait Bald. *in Rub. de testam. ex num.3.*

Excipitur tamen casus in quo excommunicatus testari nequit vltra casum hæresis, *in cap. felicis, de pœnis, lib.6.* Cuius meminit P. Molin. *disp.137. vers. de excommunicato*, Quando scilicet pro aliquo delicto vltra excommunicationem statuitur vt delinquens nequeat testari; sicut statutum est hostiliter insequentem Cardinalem sanctæ Ecclesiæ Romanæ, vel eum percutientem, aut capientem, testari non posse: non quia ille est excommunicatus; sed quia vltra excommunicationem, id in pœnam est etiam peculiariter statutum: ita 17

Molin. quam sequitur Ægid. Lusit. *l. 1. de sacros. Eccles. p. 1. §. 4. n. 1. vers. poterit sanè*, vbi conclu-
18 dit opinionem asserentem, excommunicatum non posse testari; procedere in excommunicato inhabili de iure propter delictum in pœnam ad testandum, & in excommunicato propter hæresim.

Quo fit, vt neque codicillari possit talis hæreticus: nam cui prohibita est testandi facultas, censetur etiam interdicta potestas facultas codicillandi prout tradit Faber *in princip. quibus non est permissum fac. testam.* Palac. Rub. *in l. 5. in legibus Tauri*, & Spino *in suo speculo p. 12. gloss. Rubric. num.* 44. vbi *num.* 40. enumerat pœnas hæretico impositas, & excommunicationes, in quas ipso iure incidit: vt *in cap. Noueris, de sententia excommunicationis*, & *in cap. excommunicamus, el primo, §. Credentes, de hæreticis.*

19 Sed quid dicendum si quis incidat in delictum habens annexam excommunicationem, quam ignorat inuincibiliter, & delictum sit lege alioquin diuina damnatum, nunquid poterit testari, si pœna sit vt non testetur; aut poterit absolui, etiamsi excommunicatio sit summo Pontifici reseruata? Respondetur primò, quando ignorantia inuincibilis Canonis excommunicationis pœnam inferentis, est pro actu lege diuina non damnato, sed solùm iure positiuo, a culpa & ab excommunicatione delinquentem excusari; siue Canon, siue Statutum sit Episcopi, siue Romani Pontificis: secùs si ignorantia fuerit crassa, siue affectata: Tunc enim nec à culpa, neque à pœna excommunicationis pro culpa indicta delinquentem excusabit. Ex eo fundamento, quia ignorantia inuincibilis, dum excusat à peccato, etiam à pœna excusat, & ab excommunicatione, quæ non contrahitur nisi propter peccatum mortale: *cap. nemo 11. quæst. 3.* Item quia lex non ligat inuincibiliter ignorantes: Gloss. *in cap. à nobis 1. in verbo, non nisi subditi*, & *ibi* Panor. *num.* 9. citantes ad hoc, *cap. quod dicitis. dist.* 16. & *cap. Proposuisti. dist.* 82. & in specie hanc doctrinam tradit Bart. *in l. cunctos populos, num. 21. C. de summa Trinit.* & Glos. *in d. cap. A nobis. 1. in verbo, non nisi subditi*, & Panormit. *d. num. 9. de sententia excommunicationis.* Nauar. *in cap. 27. num. 16. in manual.* Couar. *in cap. Alma, 1. p. §. 10. num. 12. vers. secundo principaliter, de sententia excommunicationis in 6.* & Henriquez *lib. 13. eodem tit. 1. 23. §. x.*

20 Ex quo sequitur ignorantes inuincibiliter mandatum Episcopi, seu summi Pontificis prohibentis sub pœna excommunicationis latæ sententiæ, ne gerant Clerici sericas vestes; contra facientes, si probabiliter huiusmodi mandata ignorauerint, excommunicationis pœnam euadent; quia res de se mala non est: atque ita excusabuntur à peccato, etiam propter ignorantiam probabilem, seu inuincibilem: secùs si fuerit crassa, vel supina, vel affectata; quæ sicut non excusat à peccato, nec etiam à pœna peccati.

21 Respondetur secundò, quando ignorantia est inuincibilis, & Statuta sunt Ordinariorum, seu inferiorum Romano Pontifice, & interdicitur sub pœna excommunicationis ipso facto aliquid iure diuino, naturali, aut humanu communiter damnatum, non innodari excommunicatione violatorem huius præcepti: ita Panor. *vbi supra n. 9.* & *ibi* Felin. *n. 5.* Syluest. *in verbo, ignorantia, n. 15. vers. secundum, & in verbo, excommunicatio 2. n. 6. vers. mihi videtur dicendum.* Sot. *in 4. dist. xx. q. 1. art. x. vers. quartus demum casus, propos. 3.* Nau. *in manual. c. 27. n. 16. & n. 274. vers. 13.* Cou. *in d. c. Alma, 1. p. §. 10. n. 11. vers. hinc denique, de sententia excommunicationis, lib. 6.* Secùs si ignorantia super huiusmodi Ordinariorum Statutis inferentibus pœnam excommunicationis fuerit crassa, & supina: tunc enim incurrent ignorantes pœnam excommunicationis: vt habetur *in c. vt animarum, de constit.* per hæc verba, ibi: *Vt animarum periculis obuietur, sententiis per Statuta quorumcumque Ordinariorum prolatis, ligari nolumus ignorantes; dum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit, aut supina.* Hæc Bonifacius Papa VIII.

Octaua dubitatio est, an si Pontifex pœnam excommunicationis imponat pro peccato iure diuino damnato, an inuincibiliter ignorans incidat in excommunicationem, si delinquat contra actum prohibitum iure diuino, quem esse prohibitum non ignorat; sed pœnam excommunicationis pro tali delicto iure Pontificio additam esse inuincibiliter ignorat? In qua dubitatione partita est quæstio. Prima tenet, delinquentem incurrere in pœnam excommunicationis, quamuis nesciat à iure Canonico esse impositam: ita Sot. *in 4. dist. 6. q. 8.* Argumento percutientis Clericum, cùm agat contra præceptum diuinum de charitate fraterna, etiamsi ignoret excommunicationem latam à Canone super tali facto: tamen incidet in illam: sequitur Sot. Cou. *in d. c. Alma mater. 1. p. §. 10. n. 12. vers. secundo principaliter, de sententia excommunicationis.* Victor. *in Sum. de excommun.* Vgolin. *eodem tit. tabul. 1. c. 9. §. 9. & 10. ad fin.* Et confirmatur *in d. c. vt animarum, de constit. lib. 6.* vbi Pontifex, ait, Statuta Ordinariorum non obligare ignorantes: Ergo longè aliter dicendum est in generalibus statutis Canonum, vel legum à summo Pontifice latis, quæ ab omnibus sciri debent, & custodiri: *d. t. de constit.* Et vult Gloss. *in d. cap. vt animarum, de constit. lib. 6.*

Quare idem dicendum est de hæretico errante cum pertinacia, incurrere scilicet in pœnas impositas hæreticis, quamuis habeat ignorantiam inuincibilem illarum: Quo argumento vtitur Cou. *vbi supra, §. 10. n. 9.* circa furem, aut homicidam, qui pœnam legis præcipientis illos suspendi ignorant: quoniam illam non euadēt, quamuis ignorent, cùm sufficiat, quòd sciant, vel iure debeant scire actum, quem fecerunt, malum, & iure diuino damnatum esse: Igitur etiamsi quis ignoret pœnam excommunicationis à lege impositam pro actu iure diuino damnato, si illū cōmittat, nō excusabitur à pœna excōmunicationis.

Secūda sentētia est probabilior, atque eam ignorantiam excusare ab excommunicatione, siue lata sit 22
per constitutionem Episcopi, siue per Pontificem Romanum; quamuis actus sit de iure diuino, seu naturali vetitus: neque hoc lateat ignorantem prohibitionem iuris positiui: ita Ioan. Andr. *in d. cap. vt animarum, de constit. lib. 6.* Innocent. *in c. Noueris, de sententia excommun.* per hæc verba, ibi: *Statutū contra Ecclesiasticam libertatem faciens, ignorans esse contra illā, non ligatur sententia excommunicationis*: sequitur Angelica summa, in *verbo, excommunicatio 7. casu vltimo, n. 9.* Syluest. *in verbo, ignorantia, n. 16.* & *in verbo, excōmunicatio 2. Notabili 3.* Sot. *in 4. dist. 3. art. 9. ante finem, & dist. 22. q. 1. art. 2. ante finem.* Henriq. *in sum. lib. 13 de excommunic. c. 25. §. 2.* Nec dissentit D. Thō. *in quodlibet. 1. art. 19.* his verbis: *Qui qui ignorat inuincibiliter, & agit contra constitutionem Papæ, non peccat.* Ratio est, quia ad excommunicationem requiritur contumacia, & inobedientia contra Ecclesiæ præceptum; ignorans autem legem Ecclesiæ, nec cōtumax est, nec inobediēs Ecclesiæ dici potest.

Dices hoc solùm procedere, quando delinquens ignorat inuincibiliter actum esse diuina lege prohibitum, & damnatum; nos verò loqui de ignorantia pœnæ impositæ à lege Pontificia: à qua dicimus etiam excusari ab excommunicatione, scilicet præ-

natica

naricator in [illegible] imo dictum esse delinquentem [illegible] non excusari à pœna [illegible] diuinæ, puniri [illegible] debere secundùm qualitatem culpæ. Non ligari ex[com]municatione ratione ignorantiæ [illegible] desideretur eius [illegible] vt in [illegible] colligitur, ex cap. [illegible], de constit. in 6. vbi deciditur ignorantem non ligari sententiis; quod decretum, cùm sit in fauorem animatum, & loquatur generaliter, videtur ampliandum, ita vt intelligatur non solùm de ignorantia iuris, sed etiam de ignorantia ipsius pœnæ, hoc est, de ignorantia excommunicationis, quæ non fertur [illegible] propter contemptum, & contumaciam: quæ duo [illegible] non [illegible], nisi vbi competens est monitio [illegible] ignorantiæ. Vbi ergo [illegible] non præcedit, & ignorantia perseuerat [illegible] incurritur pœna. Ita Angel. *Excommunicatio casu leuiter, num. 5.* Syluester, *Excommunicatio, ultim. quæst. 3. §. 4.* [illegible] *lib. 13. de excommunicat. c. 21. n. 1* [illegible] *. 2* [illegible] *n. 2.* Sayro *de Censuris lib.* [illegible] *c. 18. n. 31.* Suar. *tom. 5. de Censur., sect. 9. n. 18.* & alij, quibus accedit Sanch. [illegible] *b.* [illegible] *de matrim. disp. 32. n. 9. per totum, & n. 13.* quæ sententia cùm sit [illegible], verior [illegible] à fine, præsertim, quia pœnæ potius restringendæ, quàm ampliandæ, argument. regulæ, *Odia,* & regul. [illegible] *de re* [illegible] *iur. in* [illegible]

Nec obest, quod [illegible] in excommunicationibus, quod sufficit [illegible] las ad valuas sancti Petri Romæ, Quoniam id solum [illegible] intelligi quoad præsumptionem fori contentiosi, vt [illegible] monet Angelica Summa, *in verbo Excommunicatio* [illegible] *casu vltimo* Ideò [illegible] vt in excommunicationem incidatur, requiritur scientia: alias non ligantur ignorantes, *cap. 2. de const. in 6.*

23 Ad argumenta contrariæ partis dicendum est, percutientem Clericum ignorantem probabiliter, seu inuincibiliter illum esse clericum, non excommunicari per text. *in cap. si vero, el. 2. de sententia excommunicationis,* ibi: *Dummodo ipsum esse Clericum ignorauerit.* Ita V[illegible] *de excommunicat. n. 8.* Suar. *de censuris tom. 5. disp. 22. sect. 1. n. 4.* P. Ægid. *de Sacrament. & Censur. tom. 2.* [illegible] Bonacin. *eodem tit. disp. 1. quæst. 2. puncto 1. num. 16.* M[illegible] Alter. *in eodem tract. tom.* [illegible] *de excommunicat. lib. 2. c.* [illegible] *quia in re,* & Paul. Comitol. *Respons. moral. lib. 5.* [illegible] Et quamuis frater Emman. *in summ.* [illegible] *conclusione* [illegible] doceat non incurri [illegible] à percutientibus qui ignorant [illegible] e & lata culpa [illegible] ticatum.

Contrarium est [illegible] S[illegible] *de matrim. lib.* [illegible] *32. n. 41.* [illegible] Quia sufficit ad excommunicationem lata culpa & crassa ignorantia, Decius *c. 2. de const. lit.* [illegible] *n. 27.* & *ibi* Berous *n. 32.* Couar. *in d. cap. Alma mater. p. 1. §. 10. n. 16.* [illegible] *de sentent. excommunicationis.* Nec requiritur ad incurrendam excommunicationem Canonis, *si quis suadente* [illegible] *4.* dolus, vt vult frater Emanuel *supra*, sed sufficit lata culpa, cùm fiat suadente Diabolo. vnde si careat lata culpa, qua caret percutiens probabiliter, & iuste ignorans hominem, qui contra solitum Clericorum morem, barbam nutrit, esse Clericum, excusatur; ex quòd ex habitu, & tonsura non, præsumitur Clericus, sed laicus, *l.* [illegible] *apud Labeonem. §. si quis* [illegible] *ff. de iniuriis.* Quia ergo multis in locis his temporibus vestes clericales non sufficiunt ad iudicandum clericatum, cum communes sint etiam laicis; & omnino habitus, non solum vestes, sed tonsura etiam continetur; percutiens hominem coman nutrientem censetur ex ignorantia probabili, seu inuincibili non incurrisse excommunicationem: vt probat Sayro *de*

Fragosi Regim. Christ. Reipub. P. III.

Cens. lib. 3. c. 37. n. 2. & Carolus de G[illegible] *clericalibus effectu 9. n. 92.* quia [illegible]

Ad secundum, vt non excusantur [illegible] 24
micidæ a pœna suspensionis [illegible] dicendum est ex eo euenire, quod punitio [illegible] pœna ordinaria, & delicto proportionata; quia ignorantia [illegible] pœnæ a lege ciuili impositæ pro delicto ex [illegible]: nam delinquentes videntur consentire [illegible] pœnam ordinariam delictorum per *l. Imperator* [illegible] *in verbo, Te huic pœnæ subdidisti.* Bartol. [illegible] *de iust. & iur.* Cardinal. *in Clement. pastoralis, de sentent. & re iudicata,* cum [illegible] debeant omnia mala, & peccata [illegible] habere pœnas [illegible] de pœnis [illegible] & extraordinariis de nouo a lege [illegible] Pontifice seu Principe impositis, & [illegible] in damnatis [illegible] latè probat Crotus [illegible] *animarum, de constit. lib. 6.*

Vnde constat [illegible] in pœna excommunicationis 25
[illegible] non [illegible], in quam incurrit delinquens, [illegible] etiam damnationis, quæ pœna [illegible] ipsis delicta sequuntur. Atque ita, cum [illegible] differentia inter excommunicationem, & alias [illegible] ordinarias debite de[illegible], vt Sot. *in 4. d.* [illegible] Ioan. Crotus *vbi supra in d. cap. vt animarum, num. 5.* [illegible] testantur; & excommunicationem [illegible] & extraordinariam [illegible] delicta medio [illegible] puniri [illegible] *ff. ad leg. Aquiliam,* sequitur [illegible] omni pœna [illegible] ab excommunicatione [illegible] statut [illegible] ta, qui nesciat, nec [illegible] tantam pœnam [illegible] qua nulla maior est in Ecclesia, *cap. Corripiantur, 24. q. 3.* pro illo delicto impositam esse: quod si sciret, non commisisset: ita Nauarr. *in manua.* [illegible] *num. 274. verbo,* [illegible] *tertio, & tom. 2. cons. 47. n. 2.* [illegible] *cons. 48. n. 1. cons. 5* [illegible] *n. 4. & cons. 51 num. 1. de sentent. excommunicat.* & Ioan. Crotus *in d. cap. vt animarum, n. 27. de constit. lib. 6.* & alij quos sequitur Sayro *de Censur. lib. 1. c. vltimo ex num. 37. cum seqq.*

Nona dubitatio circa hæreticum reconciliatum, an gaudeat priuilegio faciendi testamentum? Dicendum est illum esse capacem eorum, quæ per successionem illi obuenerint in posterum, sicut & ante quàm in hæresim, seu apostasiam incidisset. 26
Quod procedit in omnibus successio, aut relictum deferatur [illegible] maioratus, aut primogenituræ: ex per[illegible] *ad. de Maioratu, p. 1. q. 1. n. 55.* & Sanch. *in præcep. Decalo. lib. 2. c. 14. n. 32. circa medium.* Nam per reconciliationem nanciscitur vtramque testamenti factionem quæ [illegible] vt in futurum possit testari, & hæres institui: vt per Riccius *de iur. personarum, c. 27. n. 27.* Sanch. *vbi proximè, n. 40.* vbi addit tanquam probabile, ex Simancha, *de cathol. instit. tit. 9. n. 125.* ex eo die, quo lapsus est hæresim, etiamsi non sit admissus ad reconciliationem per Inquisitores.

[illegible] tamen inclin[illegible], vt sit capax vtriusque factionis, tam passiuæ, quam actiuæ faciendi testamentum ex eo tempore, quo ad reconciliationem admissus est; esto, non sit reconciliatus; quamuis eodem dubius maneat. Certum tamen in foro conscientiæ censebitur capax ab eo die quo resipiscens ad fidem reuersus est. Atque ita relicta ab eo tempore non sunt restituenda, nec publicanda, quia non pertinent ad fiscum. quoniam ex eo puncto non est hæreticus. Nec obstat *l. 5. tit. 25. partit. 7.* decidens Apostatas, etiamsi resipiscant

esse in[illegible] successionis ex testamento. & à intestato, [illegible] orum, donec per Inquisitio readmittantur ad gremium Ecclesiæ. Quia lex illa loquitur de Apostatis, qui grauius [illegible] quàm simplices hæretici. quocirca ad hæret[illegible] est extendenda. Sanch. d. n. 41. vbi [illegible] 42. [illegible] dit hæreticum, vt talis est, esse [illegible] alienatorum, quidquid contrari[illegible] Menoch. *cons.* 185. *n.* 8. etiamsi [illegible] tel[illegible]orum sit incapax: sequitur Surdus *de aliment. tit.* 9. *q.* 33. *n.* 7. *cum duobus sequentibus* Molin. *tract.* 2. *de iust. disp.* 154. *col.* 2. *ver. de iure ciuili*, & Sanctarel. *tract. de hæresi, c.* 15. *n.* 7.

27 Decima dubitatio de seruo, Religioso, & prodigo, nec non de surdo, & muto, & condemnato ad mortem: Reip[illegible]etur seruum de iure non posse testari, adeo vt si post testamentum factum, si[illegible] tate donetur, [illegible] neum antea factum tempore seruitutis, sit [illegible] omnino quod extend[illegible] etiamsi tempore, [illegible] testa[illegible] fie[illegible] sibi esse à domino suo [illegible] de suo statu dubitet; [illegible] enim testamen[illegible] *mini*, & *l. sequenti*, & *l. filius familias*, [illegible] *testam*. 9. *illud*. 13. *q.* 2. [illegible] Item ex O[illegible] Lusit. [illegible] 4. *tit.* [illegible] §. 4. ibi: *nemo E[illegible]* Gom. *in* [illegible] 12. [illegible] quod seruus nihilum [illegible] potest [illegible] etiam quia in actu, vel potentia [illegible] habere potest bona aliqua de qui[illegible].

Quinto testamentum ad pias causas hominis, qui se liberum esse ignorabat, aut eadem re dubitabat, si re vera liber erat, sustinebitur: vt Panor. [illegible] *ad finem* [illegible] *de testam*. Similiter capti in bello, dum detinentur apud hostes, & qui sunt [illegible] apud illos loco captiuorum, quia captiui repu[illegible] dum in eo statu perseuerant, nequeunt testari. Cæterum si ante illum statum fecissent testamentum, & redeant à captiuitate, valebit illud iure post liminij, etsi, in illo statu decederent: vt constat *ex* [illegible] *quib. non est permi. fac. testam. §. vltim. & ex l.* [illegible] *ex Cornelia. ff. de testam*. Quæ procedunt quando capti sunt in bello iusto. Secus si in bello iniusto, vt nostri qui apud Turcas, & Sarracenos capti detinentur iniustè, & ob retentionem [illegible] non desinunt esse liberi: ideo possunt [illegible] testari, etiam dum detinentur in seruitute: Molin. *vbi supra, vers. qui captiuus*, & Anton. Gomez. *d. l.* 3. *Tauri*, *n.* 13. §. *item prohibetur*. tradit adeò esse interdictũ captiuo, & obsidi testari, vt quamuis redeat, non confirmetur testamentum: Nihilominus testamentum antea factum bene valebit, & tenebit, si redierit; quia recuperat omnia sua iure postliminij. Neque in hoc est contradictio, quia primo loco est sermo de capto, & obside, postquam captus, & obses est; & postea loquitur de testamento facto antequam captus sit, & obses. Vide Casdol. *de seruit. personali, num* [illegible] 53.

28 De Monacho seu Religioso extat textus *in Authen. ingressi. C. de sacros. Eccles.* his verbis ibi: *Ingressi Monasterium se, & sua dedicant Deo, neque de his testari possunt, vtpote nec Domini rerum*. Sequitur Menoch. *Illustrium*, *cap.* [illegible] 2. *num.* 1. P. Molin. *supra disp.* 141. & alter Molin. *lib.* 2. *de Primogenia, c.* 9. *a num.* 39. Quod intelligitur post professionem.

Excipiuntur apud nostros Ordinum militarium professi Milites ex Religionibus Sancti Iacobi, & Sancti Benedicti, & similibus; qui quamuis essent patres familias, & non potuissent olim testari, nunc sublata est prohibitio hæc, & indultum a Romano Pontifice, vt possint matrimonium contrahere, & testari; vt videre est *in* [illegible] *Ordinis Sancti Iacobi, cap.* 64. [illegible] 45 [illegible] *Constit. Ordinis* [illegible] *Benedicti fol.* 21. [illegible] o[illegible] aliorum [illegible] non pro la vett[illegible] [illegible] solis, sed absolute perm[illegible] tes professi [illegible] possetesta[illegible], & [illegible] c, & [illegible] nt filij, vel consan[illegible] ab intestato ex Bulla Iulij II. cum tamen persolvant dimidiam [illegible] vitiis annis: vt notat Valasc. *consult.* 108. *n.* [illegible] *verbo, Regulares, n.* 5. vbi addit, hac [illegible] ation non obstante, manere personas Eccle[illegible] gaudereque priuilegio fori, & Canonis: vt voluit N[illegible] *in A[illegible] log. de edit. Eccles. q.* 1 *monitio* 56. *n.* 7. & *in Rub. de statu Monach.* [illegible] ala [illegible] *proxim.* 27. contra Sot. *lib.* 7. *de* [illegible] *q.* 5. & [illegible] Episcopum San[illegible] *reatibus* [illegible] 4. [illegible] Nihilominus si hinc ha[illegible] di[illegible] us de[illegible] ceder Militia, & Ordo, vt continetur *in eadem Bulla Iulij II.*

Qui vero [illegible] pro [illegible] Regulares nequeunt facere test[illegible] in abdicant a [illegible] potest[illegible] bonis: *cap. quia ingre[illegible] multi*, 19. *quæst.* 3. & *cap. n.* [illegible] 2. [illegible] *bus*, vbi C[illegible], & Aobas *ibi, num.* [illegible] & S[illegible].

Hocautem intelligi[illegible] professi [illegible] tacitè, siue ex[illegible] quia [illegible] ab[illegible] seum [illegible] M[illegible] suis omnibus bonis [illegible] de, qui sui iuris [illegible] pia iuris, [illegible] *Quibus non* [illegible] *m.* vt dici[illegible] etiam in Ordinat. Lusit. [illegible] *tit.* 4. [illegible] 4. [illegible] Lusit. *decis.* 39. *n.* 2. V[illegible] *supra n.* [illegible] B[illegible] de Sancto Fausto *in thesauro* [illegible] *lib.* 8 [illegible] 1. Spino *in speculo testament. in Rub.* [illegible] 6. [illegible] 2. [illegible] 41. P. Molin. *tom.* 1. *disp.* 141. S[illegible] *cept. Decalog. tom.* 2. *lib.* 6. *cap.* 8 [illegible] Lusit *vol.* 1. [illegible] *de* [illegible] 1. [illegible] *ed etsi* [illegible].

Extende etiam si ad pias causas testa[illegible] nt, vt per N[illegible] *ment.* 1. *de* [illegible] [illegible] *in* [illegible] [illegible] segu[illegible] *cons* [illegible] *num.* [illegible] 8. *num.* 9. [illegible] mo[illegible] quasi [illegible] nimo, [illegible] *dientibus*, [illegible] Prælatos [illegible] *ment.* 1. *de* [illegible] *num.* 44 [illegible] *num.* 22 [illegible] *rol.* 1 [illegible] *de* [illegible] 1. *c.* 4. *n.* 34. *ver. Tertio requiritur.* [illegible] Molin. [illegible] *disp.* 141. *vers. dubium* [illegible] Lessius *lib.* 2 *de iu.* [illegible] *cap.* 41. *dub.* 8. *num.* [illegible] 3. Azor. *part.* 1. *instit. moral. lib.* 12. 9. *qu*[illegible] *cept. Decalog. lib.* 6. *cap.* 8 [illegible] 5. [illegible] vltus tradit nec Prælatum [illegible] facere facultatem testandi Reli[illegible] [illegible] tur Fulgius S[illegible] anus, [illegible] 3. *tem.* [illegible] nec Capitulum ge[illegible] pro- fessi ex Super[illegible] Sanch. *d. cap.* 8. *num.* [illegible] Bart[illegible] a [illegible] Fausto *in* [illegible] *thesauro*, *lib.* 8. *quæ*[illegible] mortis [illegible] Gaspar *in* [illegible] *part* [illegible] *cap.* 5. *num.* 5 [illegible] Nihil quid [illegible] volunt Barb. *in d. Authent.* [illegible] *num.* 66. & *ibi* [illegible] *cap.* 1. *num.* 4. Sanch. *d. cap.* 8. *num.* 11.

Accedente tamen summi Pontificis licentia possunt 29

sunt Mona hi profes[illegible] Nauarr. comment. 2. de regular. [illegible] in Ap[illegible] a de reditibus q. 3. monit. 11 n. 3. [illegible] b. 2. c. 9. n. 67. Redoan. de [illegible] §. [illegible] prasupposit. n. 10. Le[illegible] d. [illegible] p. 41. dub. 8. n. 73. & id L[illegible] Eccles. p. 1. §. 1. num. 6. [illegible] in d. lib. 6. in Decalogo, cap. [illegible] 45 Barthol. à sancto Fausto, lib. 3. quest. [illegible] d. ndum est de Episcopo, de summi Pontif[illegible] iam licentia. Molin. lib. 1. de primog. cap. [illegible] num. 28. bi loquitur de Monacho Episcopo: sequitur Azor. p. 1. instit. moral. lib. 1. cap. 7. quast. 1 in fine, & [illegible] os refert Sanch. d. cap. 8. num. 45. Qu[illegible] ent ad vsus pios. Quare virtute licentiæ n[illegible] R ligiosi testari ad vsus vanos, & profan[illegible] ad pios duntaxat: per Nauar in Ap[illegible] gia de reditib. q. 3. monit. 6. Molin. de Primog. lib. [illegible] ap. 9. num. 67. [illegible] cap. 10. num. 1. & alter Molin. d. d[illegible] 141. vers. facultas Religiosa. & disp. 664. num. 5. Azor. d. lib. 12. cap. 9. q. vltim.

30 Vndecima dubitatio; an virtute licentiæ concessæ monachis, seu Episcopo monacho ad testandum, possint ipsi Maioratum instituere? Negat Sanch. cum vtroque M[illegible] 6. in Decalog. cap. 8. num. 14. Dic[illegible]ndum tamen est licentiam ad testandum, aut ad P[illegible]entum instituendum, debere esse express[illegible] per Nauar. con. 71. ad fin. de Regularib. in 1. [illegible] & consf. 7. in fine, de donationibus, in [illegible] ditione. Barthol. à sancto Fausto in suo Thesauro lib. 8. quast. 7. Sanch. d. cap. 8. num. 55.

Item quando Primogenitum instituitur à Monacho post factam professionem, si o tempore descendentes, seu ascendentes non habeat, nulliter fit. Ratio, quia nullo modo de suis bonis potest di ponere post professionem, vt di tum est; & ex consequenti Pri[illegible] geniom instituere nequit. Quod si descendentes [illegible] cat, videtur dicendum inter eosdem filius posse disponere de bonis suis, per Authen. siqua mulier. C. de sacros. Eccles. & per caput. siqua mulier. [illegible] q. 3. Imo potest in vno ex filiis Primogeniu[illegible] ex facul ate Regi ante ingressum concessa instituere ex terti[illegible] bonorum portione? & hoc in filio, quem ad hoc eligere maluerit: contra Greg. Lopes in d. l. 17. tit. 1. partit. 6. qui hac in re aperte fallitur: nam de aliis bonis post ingressum monasterij tenetur Pater testari inter liberos vnicuique relicta legitima absque diminutione secundùm dispositionem Authen. siqua mulier. [illegible] l. Legitima nulli minuenda, vbi communiter id obseruatur.

31 Quia autem monachus [illegible] tenetur id, quod superest ex legitima filiorum, relinquere monasterio, in quo est professus, per eandem Authen. si qua mulier. Cuius hæc sunt verba [illegible]: Et quod eis non dederit monasterio competet. & colligitur ex l. 17. tit. 1. partit. 6. ibi Dexandoa cadaum de ellos su legitima parte, y no mas. idque ea ratione, quia hoc esset lædere Monasterium, nisi tantumdem sibi relinquat, quantum filio tenetur, quæ monasterio tribuere Quintum bonorum; neque fili[illegible] circa hoc conq[illegible] poterunt legitimam sibi diminutam esse, cùm T[illegible] stator respectu filiorum legitima non sit, per l. 17 Tauri. Atque ita [illegible] cùm ex quinta bonorum parte nequeat tunc Primogenitum instituere, & omne illud quod non est legitima filiorum ad monasterium spectet, sequitur ex hac quinta parte, quæ debetur Monasterio non posse institui Maioratum in præiudicium Monasterij: P. Molin de maioratu, disp. [illegible] 4. num. 4. & prius tom. 1. de iust. disp. 141. vbi concludit à parte professo, qui non fecit partitionē bonorum inte[illegible] sse fieri melioratione ut de Tertio, aut [illegible] tue [illegible] separatim de illo, in aliquo de cedentium §. [illegible] bis. ex Molin. de Primog. iv. 2. cap. 9. [illegible] n. 55. & sequent.

Secus quando Pr[illegible] mo[illegible] ante professionem fuit institutum dimante a[illegible] professionis, qui tanquam Lai[illegible] ndu[illegible] dicitur adhuc ingressu mon[illegible], [illegible] fecit professionem. Bart[illegible] Au then. si qua mulier. n. 20. C. de sacros. Eccles. alij quos [illegible] sequitur idem Molin. d. cap. [illegible] num. 2. & 53. vbi credit in hoc casu [illegible] dum de Primogenio à Monacho ante professionem creato, quod dicitur de Monacho, qui ante ingr[illegible] alterij Maioratum instituit quan[illegible] ingressu illum [illegible] uit.

Vt tamen procedat [illegible] stinguendum 32
est, si Monachus Primogeni[illegible] uit, antequam monasterium ingred[illegible] mento, sine in contractu [illegible] inter [illegible] intitio. per text. in Authen. de [illegible] §. sique autem, vers. illud quoque [illegible] procedit [illegible] instituente, qui ingredi[illegible] successionis incapax: tunc enim Pri[illegible] præ[illegible] ens non sic irritum, siue ex te[illegible] siue ex contractu factum fuerit, per in[illegible] & [illegible] rofessionem in illo monasterio: quod [illegible] potest succedere; non potest en[illegible] l. fum[illegible] de repudianda hered. & in specie tenent [illegible] in cap. in præsentia q. de probat. num. 54. [illegible] num. 3. [illegible] Clarus §. Testamentum. q. 25. num. 4. vers. sed rescita concius.

Si autem m[illegible] successionis, & testator non co[illegible] monasterij; in 33
hoc [illegible] per professio[illegible] rumpitur dispositio: vt p[illegible] t. in d. Aut en. [illegible] mulier. num. 7. Et est commu[illegible] Quod habet [illegible] quando Primogenitum fuit institutum ex vltima voluntate: sequitur Bald. & Paul. quos refert Iason in d. Authen. si qua mulier. num 21 a qua opinione Bart. non est recedendum in iudicando, & consulendo, vt vult Iason ibi.

Placet tamen vti distinctione, quæ tenet: si monachus, quando professionem fecit, omnia sua bona applicauit monasterio, censeri ex hoc primum testamentum reuocatum, perinde ac si omnia sua bona expresse alteri reliquisset. Longè aliter si [illegible] ofessiom [illegible] biciter fecit. Nam quamuis e[illegible] h[illegible] profes[illegible] ne censeantur ta[illegible] ne bona Religiosi monasterio applicata, cùm sit illorum capax tunc ex [illegible] ta dimissione bonorum in [illegible] itum [illegible] assumitur testamentum reuocatum, vt colligitur ex Authen. nunc autem, C. de Ep[illegible] p. [illegible] cleri. ita Abbas in d. cap. In præsentia, de probat. num. 52 & Ant. ustin. Beroius ibidem. n. 517 A fol. Clar. supra d. num. 4. vers. sed rescita: sequitur Molin. de Primog. d. cap. 9. num. 46. addens num. 47. quando per professionem testamentum non rumpitur, nihil præstandum monasterio, secundùm Beroium in d. cap. in præsentia, num. 519. contra sapientissimum Couar. in cap. 2. de testam. num. 5 ad fin. dicentem in hoc casu præstandam esse monasterio suam [illegible] nimam portionem.

Imo si tempore creationis Maioratus institut ex 34
vltima volun[illegible] nte monachus de ingressu religionis c[illegible] per in[illegible] ellum & subsequentem professionem, siue in testamento aliquid monasterio relinquatur, siue non, sustinem tradit Clar. d. q. 28. vers. aut vero, post plures quos ibi refert in vtramque partem, concludens se non recedere in practica ab hac opinione: sequitur Couar. in d. c. 2. de

 testam.

testam. n. 5. quibus [illegible] Molin. *de primog. l. 1. cap. 9. num. 49.*

35 Porro si Maioratus fuit institutus ex contractu, quæstionis est, an ex ingressu Monasterij reuocetur? Respondetur siue factus sit a cogitante de ingressu in Monasterium, siue à non cogitante, non reuocari per professionem: argumento & virtute l. *cum si unquam, C. de reuocand. donat.* dic [illegible] compe[illegible] tia filiorum donationes non [illegible] in Monasterio non habere locum [illegible] Tira[illegible] *in eadem*, *verbo, susceperit libere, num. 57.* Molin. post alios *in d. cap. 9. num. 51.* [illegible] hanc opinionem quoad alias donationes veram esse, at vero quoad primogenia, indistinctè aliud esse dicendum: quando autoque est irreuocabile, idem quod in donatione, tenendum esse [illegible] reuocabile [illegible] quamuis in [illegible] institutum quod [illegible] viro vltimæ vol[illegible] Mo- lin. *de P[illegible] .12.* [illegible] *num. 23.* Sed de his [illegible] *4 per totam.* [illegible]

Per professionem aut [illegible] in nostra Societate, & per vota [illegible] ad instituend[illegible] quàm ex con[illegible] non sit [illegible] illius Religionem, nun[illegible] inter [illegible] Molin. *de* [illegible] *4. num. 4.*

36 Episcopus [illegible] Pontificis testari potest. Est [illegible] Molin. *de Primog. lib. 2 cap. 1 num.* [illegible] ad [illegible] contraxat, quorum licentia sit a [illegible] ad propria nequit testari: Azor. *tom. 1. lib.* [illegible] *vltima.* Sanch. *lib. 6. in precept. Decalog. cap. 8. num. 51.* nec virtute licentiæ potest Maioratum creare: idem igitur item licentia testandi Monacho [illegible] necessitudo bonis, quæ ipse de facto possidet, non [illegible] præiudicium illius, qui virtute testamenti facti [illegible] ingressum ea bona acquisiuit. Nec similiter in præiudicium Monasterij, quoad bona huius Monachi, quæ per ipsos possessiones acquisierat: Barbos. *in cap. quia ingredientibus, num. 12. de testam. num. 13.* post Gam. Lusit. *decis. 308. num. 2. & 3.* Subdens licentiam testandi non extingui etiam re integra morte concedentis, nisi ab alio Pontifice reuocetur: neque extingui primo actu, sed durare toties quoties libuerit testari vsque ad mortem: Gutier. *pract. quæst. 48. n. 7.* Gonzal. *2. ad regul. 8. Cancell. gloss. 11. num 97.* Frater Emanuel *tom. 3. regul. quæst. 68. art. 5.* sufficitque vt facultas testandi accedat, siue ante, siue post testamentum, quoniam cùm illud sit actus successiuus, & deambulatorius vsque ad mortem, non censetur perfectè absolutus, nisi vsque ad mortem. Anton. Gom. *l. 42. Tauri, num. 2.* P. Molin. *tom. 1. disp. 141.* [illegible] Matienzo *l. 5. num. 4. tit. 4. lib. 5. noua Recopil.* & Sanch. *lib. 6. in Decalog. cap. 8.* contra Flaminium *de resignat. lib. 11. quæst.* [illegible] *n. 90. & 91.* Gonzal. *ad regul.* [illegible] *Cancel.* [illegible] *47. num. 48.* dicentes, facultatem testandi de rebus, de quibus aliàs testari non licet, debere præcedere, nisi [illegible] in ipa exprimatur. Alioqui testamentum priùs factum non tenere. Quod recte [illegible] est, non tamen verius; quia satis est, vt [illegible] testandi adsit tempore mortis, a quo robur accipit: Naua. *comment. 2. de regular. à num. 156.* Tapia *in d. [illegible] eos ingress. C. de sacros. Eccles. verbo, adeoque cap. 1. num. 25.*

37 Duodecima dubitatio, pro reliquis quibus interdicitur potestas testandi; certi iuris est, prodigum testari non posse, ex Ordin. Lusitana *lib. 4. tit. 81. §. 4. ibi: nemo prodigo.* Iul. Clar. *§. testamentum q. 33. num. 1.* vbi ait non posse testari postquam illi est interdicta administratio bonorum per Iudicem: sed antequam sit illi interdicta posse testari, valeréque testamentum: per Gloss. *in l. is cui lege, ff. de testam.* quæ glossa communiter approbatur: & ita loquitur Ordinatio Lusitana [illegible] *Aquem he def[illegible] a, e tolhida a administraçam de* [illegible] *bens*: Cabedo [illegible] *part. decis. 1* [illegible] *num. 1.* [illegible] Ergo non ipso iure prodigus est inhabilis ante Iudicis sententiam [illegible] *l. si curatorem, verbo,* [illegible] *non absim*[illegible] *ac restitut. in integrum.*

Interdictus autem prodigus [illegible] ne, ad pias causas testari potest. P. M[illegible] *tom. 1. disp. 1* [illegible] *num. 1.* Anton. Gom. [illegible] *Tauri num. 14. ad fin.* Æ[illegible] Lusit. *in l. 1. C. de sacros. Eccl.* [illegible] *num. 17.* Quin etiam nec [illegible] qui potest timen, qui [illegible] ne ordinem, neque aqualitatem [illegible] Go[illegible] *num. 14.* [illegible] *c. Ægid. Lusit. §. 2 num. 18.* [illegible] quod prodigo [illegible] interdictum est [illegible] *Iudicium, verbo, teste* [illegible] 38

Idem de [illegible] do, & mito a natiuitate [illegible] est, etiam interdicta iles [illegible] & surdomutus, P. Molin. *supra,* [illegible] *de iure humano,* aliàs *num. 4.* & de [illegible] *in potestate, §. sur* [illegible] *ff. de testam.* Cardut. *in praxi Iudicum, verbo, te* [illegible] *entum, num* [illegible] ex licentia Principis testari [illegible] prius ad [illegible] *impetrando primeiro* [illegible] *ad l. 130. ff. de verbor.* [illegible] per accidens [illegible] & [illegible] bene potest testari, vt dictum est *supra in l.* [illegible] *§.*

De testamento facto à condemnato ad mortem tam de iure communi quàm particulari Lusitano, in fortè va[illegible] Dixi ego ipse, *1. p. de re. omne lib. 5. disp. 12. §. 14. ex num. 57. vsque ad num. 64.* & disputatur in lege Lusit. *lib. 4. tit. S. § 6. & vltimo.* 39

Decima tertia dubitatio est de vsurario, an possit facere testamentum? Resolutio est negatiua in vsurario manifesto, nisi præstet sufficientem cautionem de vsuris restituend[illegible] *in cap. quamquam de vsur.* [illegible] Gl[illegible] verbaliter fa[illegible] [illegible] nem testa[illegible] Felin. *in cap. a[illegible] de accusat* [illegible] *ille casus, num. 8.* [illegible] *stamentum, num. 6.* [illegible] *num. 4.* addit, si vsuras ipse restituisset, & defunctus [illegible] non esse necessariam cautionem; quia iam est facta restitutio: & ideò bene posse testari. Quæ [illegible] intelliguntur de vsurario [illegible] non autem de Iudæo, cuius testamentum valet quamuis [illegible] ras, cùm sit extra gremium, & extra fines Ecclesiæ: ideò non est de eo curandum, Iul. Clar. *lib. 2. §. Iudæus.* 40

Item vsurarius ex communi sententia non potest donare causa mortis, etiam quando donatio est paruæ quantitatis, quia censetur esse facta in fraudem legis: Gloss. *vltim.* [illegible] *in 6* quam sequitur Iul. Clar. *lib. 4 §. donati* [illegible] *7.* Neque testari ad pias causas potest: P. Molin. *tom. 2. disp. 13* [illegible] [illegible] *dubus sequentib.* [illegible] quando vsurarius non potest [illegible] onem perfectè, & decedit cum contritionis signis, æquum est [illegible] vsuris, quas con[illegible] des adimplere dispositionem [illegible] Molin. *de iust. tom. 2. disp. 334. §. cap* [illegible] *quamquam, de vsur. lib. 6. pag. 486.* vbi latè de pœnis contra vsurarios, & [illegible] 41

Requiritur tamen ad hoc testamentum vt sit nullum, & ipse vsurarius incurrat in pœnas impositas 42

sitas *in d. cap. quamquam, de vsur. in 6. & in cap. quia in omnibus, extra. eodem titulo*, quòd ipse sit manifestus, & notorius vsurarius: quod fit per sententiam Iudicis, aut per propriam confessionem in iudicio. Abbas *in d. cap. quia in omnibus.* Angel. *verbo, vsura. 2. n. 19.* Syluester *eodem verbo 9. q. 2.* Nauar. *in manual. cap. 17. num. 280.* P. Azor. *Instit. moral. part. 3. lib. 5. c. 18. vers. quares quid*, subdens ex hoc sequi non satis esse ad has pœnas incurrendas, quòd vsurarius suum crimen fateatur, etiam coram testibus, aut coram sacerdote extra Confessionem Sacramentalem: & multo minùs non sufficiet si vsurarius laboret infamia, aut adsint argumenta, aut indicia contra ipsum.

43 Item manifestus vsurarius modo supradicto non admittitur ad Eucharistiam; donec publicè satisfecerit: Cardinalis Tusch. *tom. 8. conclus. 354.* Bonacina *de contractib. disp. 3. q. 3. puncto vltim. num. 1.* P. Saà *verbo, vsura, n. 7.* & decedens in hoc peccato caret Ecclesiastica sepultura, nec potest sepeliri in Cemeterio Ecclesiastico, nec clerici interesse debent: Gutier. *Canon. quest. lib. 2. c. 19. n. 3. & n. 11.* idem Bonacina *d. n. 1. vers. secunda*: Salas, *tit. de contract. verbo, de vsuris, dub. 47. n. 9.* Quin etiam Clerici non debent admittere vsurarium manifestum ad oblationes faciendas: vt per Azor. *Instit. moral. p. 1. lib. 7. c. 38. q. vltim.* P. Molin. *d. disp. 334. §. cap. quamquam, ex tredio, & §. quintum, & sequenti*, ibi § *an vero.* tradit si quis cùm non esset vsurarius testamentum fecit, sed postea notorius vsurarius factus est, testamentum esse nullum: quia testamentum morte Testatoris confirmatur: Spino *in suo speculo, glossa Rubric. 13. n. 25.* post Franch. *in Rubric. de testam. lib. 6. n. 37.* & Imola *in Clement. 1. de sepulturis.*

---

§. II.

Quid sit testamentum, & quotuplex, & quas solemninates vnumquodque exigat?

E P I T O M E.

44 *Testamenti vera definitio qualis sit, & quomodo intelligatur.*

45 *Contradictores illius.*

46 *Argumenta, & solutiones contraria partis soluuntur, & n. 47. & 48.*

49 *Heredis institutio est de substantia testamenti, & per eam distinguitur testamentum à Codicillo.*

50 *Olim in testamento requirebatur institutio heredis ante omnia, aliàs nihil valebat, hodie tamen secus est.*

51 *Institutio haredis tacita an sufficiat ad validitatem testamenti.*

52 *Substitutio facta filio in potestate, secundùm formam Galli Aquilij, an sufficiat vt testamentum valeat? sententia negans est sequenda. n. 52.*

53 *Opiniones circa dubium pracedens discordes. Prima negat: secunda & tertia concordant, aliter, & aliter intellecta.*

54 *Ratio ob quam testamentum factum secundùm formam Galli Aquilij non valet, ostenditur.*

55 *Haredis institutio habetur pro scripta, qua per errorem scribentis omissa fuit, si constet de voluntate testatoris.*

56 *Verbum,* Relinquo, *& verbum, ego, adiecta vniuersitati rerum, aut non vniuersitati; an inducant haredis institutionem, & num. 57. & 58.*

59 *An necesse sit vt legitima relinquatur descendentibus, & ascendentibus titulo institutionis.*

60 *Pater si relinquat in testamento certam summam filio cum addito quòd nihil vltra petat, an videatur relicta iure institutionis.*

61 *Sola haredis institutione differt testamentum à cateris vltimis voluntatibus, ideò necessaria est: excepto testamento, quod fit ex privilegio.*

62 *In regno Castella sine haredis institutione valet testamentum.*

63 *Pater instituens fratrem, & eius filios: vult illos aqualiter, & eodem tempore succedere.*

64 *Testator instituens fratrem, & eius filios; vult vt pater, & filij succedant ordine successiuo, si eo tempore filiis careat.*

65 *Testator instituens fratrem cum eius filiis, vult vt pater & filij aqualiter succedant.*

66 *Frater instituens haredem vniuersalem fratrem suum, & eius filios; vult vt filij succedant ordine successiuo.*

67 *Secus si dicat: Instituo fratrem meum, & eius filios, haredes.*

68 *Testatore vocante plures collectiuè cum distributiuo dicente: Instituo fratrem meum, & quoslibet eius filios; an hareditas diuidatur in capita.*

69 *Testatore dicente: Instituo fratrem meum, & eius filios haredes, frater dimidium, & filij alterum dimidium habebunt.*

70 *Et an hoc sit indistinctè intelligendum ostenditur.*

TEstamentum quasi mentis testatio, describi potest secundùm *legem 1. ff. de testam.* in hunc modum: Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Hæc est vera definitio, quamuis aliqui nonnulla illi addant: quia pro eius veritate satis est quòd Iurisconsultus illam posuerit *in d. l. 1.* Cui definitioni merito Glossa Accursij *ibid.* addit: cum hæredis institutione directa. 44

Pro genere ibi ponitur. *voluntatis nostræ sententia*, idest decretum exterius prolatum, ac statutum: in quo voluntates vltimæ conueniunt cum donatione inter viuos, & contractibus. Additur *iusta*, hoc est solemnis; ad excludendam voluntatem non solemnem. Item additur, *perfecta*, vt includatur hæredis institutio. P. Molin. *tom. 1. disp. 124. §. Testamentum, ab Vlpiano.* Ægid. Lusit. *in repetione l. 1. C. de sacros. Eccles. in prafat. in princip.* Spino. *1. p. gloss. Rub. n. 1. fol. 7.* post plures. Negrerius *in introduct. vltim. volunt. c. 4. n. 9.* vbi concludit hanc definitionem esse perfectam, cùm per illam demonstretur testamentum esse declarationem à testatore factam eorum, quæ vult post mortem ipsius sibi fieri. In qua definitione ponitur pro genere, *sententia*, & pro differentiis, cætera quæ sequuntur. Concordat Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. tit. 3. n. 8. & tit. 4. n. 10.*

Non desunt, quibus hæc perfectissima definitio non arrideat, & qui eam despiciant dicentes, verbum, *sententia*, significare voluntatem per *l. non dubium, C. de legibus, l. 1. §. conuentiones, ff. de Pactis.* Vt sit sensus: Testamentũ esse voluntatis nostræ voluntatẽ: & sic idem per idẽ definiri, contra regulam 45

definiendi

definiendi. Item tradunt superfluum esse, cum dicitur: *voluntatis nostra*, & rursus, *quod sibi vult fieri*: item quia etiam tedundat, verbum *nostra*, aut verbum, *suam*: Quasi dicatur satis, si dicatur esse declaratio eorum, quæ post mortem nostram volumus fieri. Addunt huiusmodi definitionem competere Codicillis: ergo competit aliis à definito. Denique aiunt non conuerti cum suo definito, cum non comprehendat hæredis institutionem.

Ad primum inconueniens, ad verbum, *sententia*, patet solutio, si dicatur non pro voluntate accipiendum esse, sed pro declaratione voluntatis à testatore facienda; vti accepisse videtur Iure consultus *in l. Cum tale, ff. de condit. & demonstrat.* Quamuis enim verbum illud sumatur in illa acceptione, in præsenti non est admittenda, ne videatur absurdum: iuxta *l. Quoties, ff. de regulis iuris, 67.* Circa quod cauté Oldrad. *consil. 116. num. 1.* est legendus, dum ait, Testamentum esse sententiam non propriè, sed similitudinariè: licèt enim verbum, *Sententia*, vtrobique accipiatur pro declaratione; diuerso tamen modo accipitur: quia in proposito indicat, imò significat voluntatis declarationem: in illa verò, iuris iudicii decisionem.

47 Secundum obiectum de redundantia in definitione, tollitur, si dicatur verbum *voluntatis*, & verbum, *vult* apponi respectu diuersorum: in primo enim, nimirum *voluntatis*, significatur materia: in verbo autem, *vult*, ostenditur forma: atque ita non inconueniens, sed est necessarium quòd exprimatur rursus in alia oratione, & ideò verbum, *voluntatis*, ostendit materiam testamenti, & verbum *vult*, insinuat formam.

48 Tertium obiectum, vbi verbum *nostra*, & verbum, *suam*: non datur redundatio, quia important hæc verba diuersas differentias, quibus testamenta à cæteris actibus longè distant, cùm essentialiter differant. Vltimum soluitur si dicas, de iure Gentium nihil interfuisse inter Testamentū, & Codicillos, qui tunc temporis nulli extabant, vt ex dicendis patebit: Mantic. Cardin. *d. tit. 4. per totum*, præsertim *ex num. 3.* Negret *lib. 1. n. 17.* vbi de hac re laté, *cum seqq.*

49 Accedit dictum esse in definitione Testamenti additum fuisse: *cum institutione heredis*, ad differentiam codicillorum, in quibus dicitur, *sine heredis institutione*: Nec mirum si testes in definitione id esse necessariò explicandum; quod negatur: quia non erat opus aliquid addere pro codicillis, qui nondum extabant; vt colligitur ex tex *in princip. instit. de Codicil.* Quare non sunt audiendi, qui volunt in verbo *iusta*, talem differentiam contineri. Vnde cùm Codicilli nouo iure fuerint introducti, æquum erat, vt Iure consultus præscriberet definitionem codicillorum, quos induxerat, secundùm naturam eorum, & substantiam diuersam, quam Imperator declarauit in text. *in l. hereditatem, & in l. si idem, C. de codicillis, & §. codicillis, Instit. eodem*, per quæ iura communiter dicitur Codicillus, Dispositio vltimæ voluntatis sine hæredis institutione: ita Rolandin. *2. p. Flor. Rub. 65. n. 5.* & Gutier. *de testam. gloss. 3 2. n. 7.*

50 Iuuat ius commune, secundùm quod adeò intrinseca est testamento hæredis directa institutio, vt nisi expresse hæres instituatur, testamentum sit irritum omnino: vt ostenditur ex *§. ante heredis institutionem, Instit. de legat. §. in primis, Instit. de fideicommissis, l. vltim. ff. de hered. instit. l. vltim. ff. de Codicillis*: nam *in d. §. ante heredis institutionem*, sic dicitur: *Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput, & fundamentum intelligitur totius testamenti, heredis institutio.* Proinde olim in principio testamenti; tam ad vnguem seruabatur, vt quidquid legati præcederet in testamento institutionem hæredis, inane esset: Hodie tamen, per *dictum §. ante heredis*, id sublatum est; ac proinde omnia sunt valida, quæ in testamento ponuntur, siue præcedant, siue consequantur hæredis institutionem; dummodò hæres expressè instituatur: Iul. Clar. *§. Testamentum q. 35. num. 2.* P. Molin. *eod. tit. disp. 124. §. per particulam, pag. 692. & seqq.* Spino *in suo speculo, glossa 17. principal. num. 13. & 14.* vbi docet post multos, requiri institutionem hæredis, quibuscumque verbis fieri possit, modò de institutione hæredis & voluntate testatoris constet: *l. quoniam indignum, C. de testam.* Peralta *in Rub. de hered. instit. num. 153. & 169.* vbi refert varias species institutionis proprias, & improprias; tacitas, & expressas: de quibus Iul. Clar. *vbi supra*.

Quæri potest an sufficiat tacita institutio hæredis ab validitatem testamenti: Respondetur, si testator dicat: qui ab intestato successurus est mihi, si noluerit esse hæres, substituo Bertam: valere testamentum; si tacitè institutus erat extraneus, qui de necessitate iuris non debebat institui. Ita Benedict. *in 2. p. cap. Raynuncius, verbo, Adiciens, vt Alteroca. fol. 4. num. 23.* secùs si iste esset filius, vel alius qui necessariò debuisset institui, vel exhæredari, tunc enim non satis est tacita institutio, sed requiritur vt nominatim, & expressè instituatur: quia non sufficit tacitè institui, cum pro forma exigatur à lege filium nominatim esse instituendum, vel exhæredandum: quod non suppletur, neque admittitur per æquipollentem institutionem tacitam: vt est communis, prout tradit idem Benedict. *d. n. 23.* subdens in hoc consentire Scribentes quoad validitatem institutionis; imo totius testamenti; sufficere scilicet tacitam institutionem, quando substitutio fit homini, qui de necessitate iuris non debebat institui, aut exhæredari ab authore testamenti: quales sunt Collaterales consanguinei, fine transuersales, aut extranei, qui de necessitate non sunt instituendi, vt constat: sequitur Clar. *d. §. Testamentum q. 35. n. 2. ad fin.* 51

Difficultas non vulgaris, an si facta fuerit substitutio filio constituto in potestate, secundùm formulam, quam Gallus Aquilius expressit *in l. Gallus, §. 1. ff. de liber. & posth.* aut alteri descendenti primum locum suitatis obtinenti, vel è conuerso filius patri, altetive immediatè ascendenti, qui sunt necessariò instituendi, ipsis expressè non institutis, intelligantur tacitè hæredes instituti; ita vt talis tacita institutio sufficiat ad substitutionis, & testamenti validitatem? nimirum si testator dixerit: si filius meus me viuente decedet, tunc si quis ex eo mihi nepos, vel neptis post mortem meam intra decem menses proximos, quibus filius meus morietur natus, vel nata erit; tales sint hæredes mei. 52

Tres circa hoc dubium extant opiniones. Prima si filius non sit hæres institutus congruis verbis, cùm non sit exhæredatus, testamentum esse nullum. Secunda docet valere testamentum, & filium intelligi tacitè vocatum ad legitimam successionem ab intestato: ita Bart. *in d. l. Gallus, §. 1. ff. de liber. & posth.* vbi ait sufficere patri, si hoc modo testetur. Tertia opinio dicit testamentum valere, & filium subintelligi tacitè hæredem institutum in testamento; quia taciti, & expressi, idem est iudicium: *l. cum quid, ff. si certum petatur*, per argumentum quod valet à contractibus ad vltimas voluntates: *l. vltim. C. de legat.* Colligitur enim hæc tacita institutio ex mente testatoris. 53

Nam

Nam si posthumum nepotem, vel neptem hæredem instituit, ne rumpatur testamentum per natiuitatem nepotis, vel neptis; multò fortius credendum est voluisse filium hæredem instituere: ne alioquin nullius momenti fiat testmentum: creditur enim voluisse quisque eligere viam, per quam iudicium suum non eludatur: *l. 3. ff. de milit. testam.* Quin etiam in dubio testamentum debere sustineri, traditur *in l. si pars, in princip. ff. de inoffic. testam.* & *in cap. vltim. de re iudicata.* sequitur Fortun. *in d. l. Gallus, in princip. sub n. 35. vsque ad n. 39.* post disputationem in vtramque partem agitatam, dicens, filium ex coniecturis tacitè institutum videri, & hanc tacitam institutionem filij pro forma testamenti sufficere.

54 Nihilominus non valere testamentum factum secundùm consilium Galli Aquilij, est sequendum; eò quia necessaria est institutio filij expressa secundùm communem: contra Bart. *in d. l. Gallus, n. 5.* & esse communem vult Alex. *cons. 108. post n. 4. vers. prædictis etiam, lib. 1. & cons. 183. post. n. 17. vers. nec obstat. lib. 2.* Iul. Clar. *d. q. 35. n. vltim.* & Spino *in speculo, gloss. 30. n. 23.* Atque ita non sufficit vt valeat testamentum quod dicitur ex secunda opinione valere; quia filius tacitè intelligitur vocatus ab intestato, eò quòd necessariò debet institui, vel nominatim exhæredari: per *Institut. de exhæred. liber. in princip. & l. inter cætera. ff. de liber. & posth.* quia sine dubio filius dicitur præteritus, qui non est institutus, neque vt oportet exhæredatus: *§. eadem institutio, de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur.* Ex quibus patet quid dicendum ad secundam, & tertiam opinionem: Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 4. tit. 1. per totum,* & Spino *vbi suprà, num. 23. vers. si filius meus me viuo.*

55 Quæri potest an pro scripta habeatur hæredis institutio, quæ per errorem scribentis omissa fuit? Responsio est affirmatiua, si apparet de voluntate testatoris: *l. Errore,* & *ibi* post alios Alex. *n. 9. C. de testam.* Quod intelligitur, si fuit nuncupatus hæres à testatore: secùs si testator volens alium hæredem scribere, scripserit alium errans in corpore hominis: tunc enim hæres non erit, qui est scriptus; quia deficit voluntas: neque is, quem voluit, quoniam scriptus non est: *l. quoties, in princip. ff. de hæred. instit.* vbi Gloss. *in verbo, non est,* ait hoc procedere, quando quis non est hæres scriptus, neque nuncupatus: ergo aliud erit, si fuerit hæres nuncupatus, & si scriptus non fuerit. Imo quamuis nemo existimetur hæres scriptus ex coniecturis, tamen si in testamento piè facto non appareant hæredes; commissarij instituti, aut executores dati intelliguntur loco hæredum; quamuis nihil emolumenti capiant: Bart. *in l. alio, n. 6. de aliment. legat.* Imol. *in l. Centurio, n. 19. vers. sin autem, de vulgar. & pupil. substit.* Anchar. *inter consilia Calderin. sub Rub. de testam. in cons. 19.* Paul. de Castro *in cons. 97. n. 1. vol. 1.* & Iason *in Authent. nouissima, n. 24. vers. per hoc infert. C. de inoffic. testam.* Contra Polyt. *in tract. substit. de compendiosa.*

56 Ad hæc, non est omittendum quibus verbis fiat institutio hæredis directa? Et in primis, si testator dicat: Relinquo tale, vel tale Titio: per hoc verbum, *Relinquo,* adiectum certæ rei, nunquam trahi ad institutionem vult Iul. Clar. *verbo Testamentum, q. 38. n. 12.* Etiam quando in testamento pater dicit: Relinquo filio meo centum, adhuc non censetur relictum iure Institutionis, ita vt testamentum non valeat: sequitur Spino *in suo speculo gloss. 17. principal. de institut. hæred. num. 38.* post alios, quos *ibi* relatos sequitur: sed de hoc *infrà.*

57 Circa verbum, *lego,* adiectum vniuersitati bonorum, an inducat hæredis institutionem, sicut inducit verbum, *Relinquo,* vt secundùm veriorem tradunt Innocent. *in cap. Raynuncius, n. 3. de testam.* Benedict. *ibi, in verbo, in eodem testamento relinquens, num. 57.*

Dicendum est verbum, *lego,* additum vniuersitati bonorum non inducere institutionem hæredis, sed fideicommissum vniuersale: Bart. *in l. centurio, n. 19. ff. de vulgar.* Couar. *in d. cap. Raymucius, §. 1. n. 3.* quia verbum, *lego,* de sua natura, est verbu particulare, & obliquum, importatque legatum, quod est capiendum de manu hæredis: *l. 2. in fine, C. communia de legat.* Benedict. *in d. cap. Raynuncius, in verbo, in eodem testamento relinquens, 1. n. 6.* adiectum autem verbum, *lego,* vniuersitati bonorum, inducet hæredis institutionem, quando testamentum aliter valere non poterit. Puta, quia alius hæres non est institutus: in quo euentu ne corruat testamentum, censetur esse institutio: quoniam non refert quibus verbis vtatur testator, modo de eius voluntate appareat; aut constet: *l. quoniam indignum, C. de testam.* At verò si aliter valere potest testamentum, videlicet, quia alius esset hæres institutus, tunc verbum, *lego,* adiectum vniuersitati bonorum, non institutionem, sed fideicommissum importat, & denotat: vt *in l. mulier, §. final. ad Trebellian.* ita Gloss. *verbo, legauit, in cap. Raynaldus: de testament.* & *ibi* Couar. *§. 1. n. 3.* importat item hæredis institutionem verbum, *lego,* quando additur vniuersitati bonorum, vt probatur ex text. *in d. cap. Raynaldus in verbo, legauit,* vbi testator reliquit patruis suis bona per verbum, *lego,* & *in vers. verum dicit hos patruos esse institutos hæredes:* ita volunt Menoch. *cons. 86. num. 78.* Azeued. *l. 3. n. 167. tit. 4. lib. 5. noua recopil.* Quos referens sequitur August. Barbos. *in d. cap. Raynaldus, n. 3.* & *in suis remissionibus, de dictionibus & clausulis, dictione 163.* quando autem verbum, *lego,* adiungitur certæ quantitati, vel summæ, intelligitur legatum, & non institutio: vt per Menoch. *de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 141. n. 34.* & per Brunor. à Sole, *in locis communibus lit. V. n. 46.*

58 Rursus circa verbum, *Relinquo,* de quo cursim dictum est, si testator moriens dicat: Relinquo tale vel tale Paulo, per verbum *Relinquo,* non instituitur hæres: quando verò verbo, *Relinquo,* accedit vniuersitas bonorum, inducitur hæredis institutio: ita Benedict. *in verbo, in eodem testamento relinquens, 1. n. 57.* vbi Couar. *§. 1. n. 5.* dicens communem: Suar. *in l. quoniam in prioribus, 2. limitat. C. de inoffic. testament.* quibus accedit Spino *d. Gloss. 17. n. 38.* post Cottam. *in cap. si pater, de testam. lib. 6. verbo, bonis suis, n. 14.* vnde sequitur verbum, *Relinquo,* adiectum doti, & sic rei vniuersali, de æquitate Canonica operari institutionem: Bald. *in l. final. C. famil. erciscund.* Et ita sæpè iudicasse supremam Parlamenti Tolosani Curiam refert Benedict. *suprà n. 270.* vbi addit hanc decisionem de æquitate Canonica fortè non seruari nisi in terris Ecclesiæ propriis. Atque ita de iure Canonico non sufficere relinquere rem particularem filio, nisi expressè instituatur in illa: vt est casus *in d. cap. si pater, lib. 6.* & ex consequenti non erit satis relinqui filio simpliciter in terris secularibus aliquid, quantumcumque vniuersum; sed necesse est per patrem institui: ita Benedict. *vbi proximè, numer. 277.* secùs si relinquatur pro dote filiæ: Clar. *d. quæstion. 38. num. 13.*

59 Clarus temen *d. §. Testamentum, q. 38. n. 7.* tradit de necessitate esse relinquendam filiæ legitimam titulo institutionis, quinimò eodem titulo institu-

tionis

tionis relinquenda est legitima ascendentibus: quæ est communis, contra Bart. *in Authent. Nouissima, n.4. C. de inoffic. testam.* ita Anton. de Butrio, *cons. 15. n.2.* Decius *in l.1. n.8. C. de bonor. possess. secun. tabu.* & Iason, *in d. Authen. n.37.* Proinde quamuis non requiratur vt integra legitima relinquatur filio titulo institutionis; tamen satis erit, imò requiretur, quòd in aliqua re, filius honoretur institutionis titulo expressè: & ideò non sufficit dicere, Relinquo filio meo decem, vt censeatur relictum titulo institutionis: ita Alex. *in l. humanitatis, post n.2. vers. & pro ista, C. de impuber.* eò quia verbum *Relinquo* additum rei certæ, non trahitur ad institutionem: Valasc. *tom. 2. consult. 165. num. 4.* post alios.

Cæterùm si pater dicat: Relinquo filio centum pro legitima, esto non dicat iure institutionis; quamuis Ioan. Dilect. *de arte testandi, lib. 3. cautel. 1. n. 1. in fine*, neget sufficere; Bart. tamen *in Authent. vnde si parens, n.2. C. de inoffic. testam.* affirmat: quod est verum, & verius quàm oppositum; satis enim est apparere mentem testatoris, quamuis verba non ita clara esse videantur: ita Alex. *cons. 50. circa finem, lib. 7.*

60 Quid ergo, si pater relinquat in testamento certam summam, addita clausula: Quod nihil vltra petere possit; nunquid videbitur relicta iure institutionis? Responsio est negatiua, contra Bald. *in l. si adulta, n.2. C. de hereditar. actio.* quia verba illa clausulæ cùm sint restrictiua, dispositio est restringenda, & non extendenda ad id, quod à testatore non fuit expressum: Claud. *in l. inter cætera, n.22. in fine, ff. de liber. & posth.* quem sequitur Clar. *supra num. 13.*

61 Ex dictis sequitur, testamentum à cæteris vltimis voluntatibus sola hæredis directa institutione differri, vt exponit Gloss. *in Instit. de Codicil. §. penult.* vbi habetur quod hæreditas Codicillis nec dari, nec adimi directè potest: excepto in milite, qui ex priuilegio etiam in codicillo instituere potest hæredem directè, vt ex *l. Miles Codicillis, ff. de milit. testam* apparet: & ideò quod dicitur absolutè testamentum debere fieri cum hæredis directa institutione, intelligitur, nisi priuilegium interueniat: Molin. *tom. 1. de iust. tract. 2. disp. 124. §. differt ergo.* vbi concludit indirectè posse dari hæreditatem in codicillo, fideicommittendo in codicillo hæredi ab intestato, vel in testamento instituto, vt restituat hæreditatem alicui, & hæredem teneri restituere, retentata sibi quarta parte, quæ Trebellianica vocatur: per *l. statut. de fideicommissar. hered. §. sed quia heres.*

62 Institutio autem hæredis, in regno Castellæ, ad hoc vt valeat testamentum, non requiritur: vt habetur *in l. 1. tit. 4. lib 5. nouæ collectionis.* Molin. *supra disp. 124. vers. de iure autem regni:* ideò hæres, qui ab intestato ex legum præscripto, etiã successerit, tenetur implere legata, & quæcomque alia, quæ testator absque vlla hæredis institutione in suo testamento alioquin valido disposuerit: Spino ita *in speculo, Gloss. 17. n.62.* dicens, attento iure Castellæ Regio valere testamentum, quamuis scriptus hæres in eo non videatur: ibi, *Sea valedero el testamento que en tal manera fuere ordenado en las mandas y en las otras cosas, aunque el testador non aya fecho heredero a Ninguno:* ita d. l. 1. *tit. 2. lib. 5. Ordinamenti:* concordat *l. 1. tit. 4. lib. 1. noua recopil.* Quod intelligitur, nisi alius filius, vel extraneus, sit etiam institutus: tũc enim filius titulo institutionis in sua legitima debet institui hæres: Burg. de pace *in l. 3. Tauri, n.888.* nec sibi contradicit Spino *ibi, n.61.* quia loquitur de iure communi, vt legenti patebit.

Quod si pater instituat fratrem, & eius filios, mortuis propriis, quos frater tunc habebat, nec alios sperabat nascituros; dicendum est velle eos æqualiter, & eodem tempore succedere; exemplo, quo vtuntur Scribentes *in l. 2. ff. de liber. & posth.* Eodem modo quo testator instituens fratrem, & eius filios; si eos nomine appellatiuo strictè, & limitatè vocauit, videlicet quando instituit natos tantùm, cùm alij nascituri sperarentur, forte quia mater grauida erat, censetur velle eos eodem tempore æqualiter succedere: per text. *in l. codicillis, §. instituo, ff. de legat. 2.* secùs si testator instituens fratrem, & eius filios, quos tunc habebat, si alij filij nascituri sperabantur; quia tunc præsumitur ordine successiuo vocasse: ita Bart. *in d. l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liber. & posth.* Baptista à sancto Seuerin. *cons. 14. n.10. vers. quarta conclusio,* & Socin. iun. *in cons. 4. n.2. lib. 4.* 63

Similiter dicendum est quando testator fratrem, & eius filios instituit, & tempore testamenti nullos filios natos, nec conceptos habebat ex muliere: nam tunc etiam in hoc euentu præsumuntur vocari ordine successiuo: Socin. iun. *d. cons. 4. num. 2.* Decius *cons. 205. n.1. & 2.* quia filij fratris nondum erant in humanis: & ideò non prædilecti, sicut eorũ pater: proinde non est credendum voluisse testatorem eos adæquari patri; sed velle ordine successiuo vocari: Bald. *in cons.* quòd incipit, *Charissima,* relatiuo à Socin. iun. *in d. l. Gallus, §. quidam rectè, n.3. de liber. & posth.* 64

Contra verò si testator instituat fratrem cum eius filiis: quia dictio, *cum,* magis quàm copula, *Et,* coniungit: vt *in l. si quis tertio, ff. de vsufruct. accresc.* pater, & filij æqualiter eodem tempore vocari, & instituti præsumuntur: Clar. *§. Testamentum, q.80. conclus. 4.* 65

Secùs quando testator ait: instituo hæredem vniuersalem fratrem meum, & eius filios: cum nomen vniuersale non competat nisi fratri, non extenditur ad filios, nisi ordine successiuo: Decius *cons. 205. n.2. vers. primo respondit.* 66

Longe aliter si testator instituat fratrem suum, & eius filios, hæredes, quia nomen, hæredis, tam patri quàm filiis competit, simul, & æqualiter vocari censentur, & vult illos æqualiter, & simul succedere, non autem ordine successiuo: vt in *l. Codicillis, §. instituo ff. de legat. 2.* & expresse Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 70. n.34* & Moquech. *de diuis. bonor lib. 4. c. 2. n.45.* 67

Porrò quando testator vocauit plures collectiuè cum distributiuo, dicens: Instituo fratrem meum, & quoslibet eius filios. tunc perinde est, ac si singulariter, & nominatim eos vocasset, & ideò hæreditas diuidenda erit in capita: ita Iason *in l. si quis testamento, col. 1 ff. de legat. 1.* Ruynus *cons. 67. n.14. & cons. 163. n.7. verbo, & istud etiam, lib. 2.* Menoch. *supra præsumpt. 18. n.16.* dicens, in hoc casu singulos censeri vocatos æqualiter, ac proinde in capita hæreditas erit diuidenda. 68

Rursus, si testator dicat: Instituo fratrem meum & eius liberos hæredes, in hoc casu frater dimidiam partem, & eius liberi alteram dimidiam simul consequentur; ita vt liberis dimidia pars hæreditatis pro virili tradatur: Decius *in cons. 236. n. 1. col. 3. vers. & secundum illam opinionem,* & Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 4. tit. 9. n.10.* qui tamen dicunt hoc non procedere nisi quando instituti sunt extranei, iuxta Gloss. communiter receptam *in l. Gallus, § quid rectè, ff. de liber. & posth.* 69

Quare si instituti sunt frater, & eius filij, qui ab intestato testatori sunt successuri; frater dimidiam, & filij alteram dimidiam, si instituantur, habebunt 70

hæreditatem

hæreditatem: ita Angel. *in conf. 285. Punctum talis est: Domina, n. 2.* Cæpol. *in conf. 52. col. 2. verbo, circa secundum dubium, in Ciuilibus*, quos referens sequitur Menoch. *d. præsumpt. 18. n. 15.* sed fortè melius & verius videtur, quod dicitur; frater & eius filij æqualiter in stirpes in hoc casu sunt, & ita in virilibus eos succedere: prout tenet Boer. *decis. 185. n. 16. in fine lib. 1.* secundùm quē filij cū patre in virilibus succedere debēt: vt notat *Additio ad Alex. in conf. 24. In l. C. lib. 3.* Sed de hac diuisione bonorum inter hæredes infrà.

Interim succedere in capita secundùm Hostiensem *in summa, de successione ab intestato §. viso, vers. quod si factum est.* dicuntur; quando filij præmortuorum fratrum succedunt in portionibus tot, quot sunt capita: nimirum quando tres sunt filij ex fratre præmortuo: & vnus ex alio fratre: si tantùm accipiat filius ex vno fratre genitus, quantum tres ex alio geniti; succedunt in stirpes suas: quoniam quilibet accipit certam portionem suæ stirpis. Contra verò quando fratres tot portiones capiunt, quot sunt capita, tunc succedunt in capita, non autem in stirpes. Collaterales autem semper viriliter succedunt, sicut qui sunt in eodem gradu succedunt viriliter: id est, pro æquis portionibus: vt *in Authent. de hæredibus ab intest. §. si verò col. 9. fine in capita.*

EPITOME.

71 *Testamentorum species plures sunt tam respectu formæ, quàm priuilegiorum. Prima species est testamenti in scriptis, & nuncupatiui.*

72 *Testamenti in scriptis solemnitas de iure communi continet septem testes omni exceptione maiores.*

73 *Testamentum nuncupatiuum quale sit; & qualis illius solemnitas; & cur ita dicatur.*

74 *Testamenti in scriptis, & nuncupatiui de iure Lusitano qua solemnitas requiratur.*

75 *Testator debet tradere testamentum suum clausum coram testibus, Tabellioni: nec sufficit tradi ab alio etiam de mandato testatoris.*

76 *Testamēti de iure Castella solēnitas, quæ sufficiat, & quot testes requirātur, quando locus est desertus.*

77 *De iure Lusitano, tradito testamento Tabellioni, fit instrumentum approbationis à tergo folij seu pagina, vbi finitum est testamentum: quod requiritur pro forma.*

78 *Tabellio sub pœna amissionis Officij aliter conficiens instrumentum, quàm à lege præcipitur, an ipso iure Officium amittat.*

79 *Pars affirmans est vera, & ita fuisse iudicatum refert Caldas Pereira.*

80 *De iure etiam Lusitano tribus modis potest confici testamentum nuncupatiuum.*

81 *Scripturam testamenti conficere aliud est, & aliud testari in scriptis. Primum valet vt nuncupatiuum: secundùm non item, dummodo de voluntate testatoris non constet.*

82 *Testamentum in scriptis tanquam nuncupatiuum an valeat ex defectu solemnitatis. Item quando ambigitur; quid faciendum.*

83 *Testamentum nuncupatiuum de iure Regio potest fieri voce tenus, modo palam declaret nomen hæredis, & an sufficiat nutu exprimere?*

84 *Testamentum nuncupatiuum in extremis factum non valet post conualescentiam de iure nostro Regio: secùs de iure communi.*

85 *Testamentum, in quo hæredum nomina implicitè continentur, an valeat vt nuncupatiuum?*

86 *Testamentum priuilegiatum sine solemnitatibus iuris ciuilis quando valeat?*

87 *Testamentum Clerici, in quo hæres Clericus instituitur, valet sine solemnitate iuris ciuilis; secùs si hæres laicus sit.*

88 *Clericus coniugatus tenetur conficere testamentum cum solemnitate iuris ciuilis: secùs Clerici in minoribus; qui possunt testari secundum ius Canonicum, si Clericos hæredes faciant.*

89 *Testamenti laici, in quo hæres est Clericus, publicatio, coram quo iudice est facienda; disputatur. Pars affirmans corā iudice Laico, est sequenda.*

90 *Secus de testamento Clerici facto, vel piæ causæ, cuius publicatio corā iudice Ecclesiastico fit.*

91 *Clerico succedente Laico, insinuatio testamenti competit Iudici laico.*

92 *Ius ciuile prohibet generaliter Clericis cognoscere de quacumque insinuatione testamenti.*

93 *Inuentarium conficere decedente Clerico ab intestato pertinet ad iudicem Ecclesiasticum: decedente tamen cum testamento, & hærede Laico, ad Laicū. Idem dico de Clericis, in minoribus.*

94 *Testamenta Clericorū an subiaceant querelæ inofficiosi testamēti? Pars negās præualet, præsertim in Lusitania, disponente Clerico de tertio, & n. 95.*

96 *Querela inofficiosi testamenti quanto tempore duret, & ius agendi?*

97 *Et an transmittatur ad liberos, si non est extincta.*

98 *Querela inofficiosi testamenti competit ascendentibus, & descendentibus, & fratri vtrinque coniuncto, quando frater instituit personam vilem, omisso fratre non vili, & num. 99.*

Testamentorum species plures sunt tam respectu formæ, quàm priuilegiorum. Respectu formæ testamentū aliud est in scriptis, aliud est nuncupatiuū. 71 Dicitur in scriptis, quia cùm Tabellionem, & testes, quid in eo cōtineatur, lateat, fieri aliter quàm in scriptis non potest: ideo testamentū clausū appellatur.

Nuncupatiuum dicitur, quòd voce tenus tantùm coram testibus nuncupatur, & declaratur quid in eo cōtineatur, & quid testator post mortē suā fieri velit de bonis suis: idcirco testamentum apertum vocatur, siue fiat in scriptis à Tabellione, aut à priuato homine, quod fieri potest, siue sola voce, & verbaliter.

Solemnitas testamenti in scriptis de iure communi continet septem testes masculos, liberos, aut 72 qui pro liberis habeantur: item vt sint puberes, hoc est, qui habeant decimumquartum annum integrum: nec non rogati, hoc est, ad id vocati esse debent, coram quibus testator vno & eodem tempore dicat; & manu propria illud tradat Tabellioni, subscriptum manu sua, si scierit, & possit: quòd si nesciat subscribere vel nequeat, necessariò adhibendus est octauus testis, qui loco testatoris illud subscribat; deinde vno, & eodem tempore septem illi testes illud subscribent, siue suo proprio signo, siue alieno; satísque est vt eodem annulo omnes aut signo, seu sigillo illud signent; item in speciē *in l. hac consultissima. C. de test.* vbi subditur deficiente aliquo ex prædictis, testamentum esse nullum. Idem habetur *in Inst. de test. §. sed cùm paulatim, & seqq. & l. ad testium. ff. eodem titulo, l. iubemus. C. de test.* vbi præcipiebatur etiam vt testator manu propria interius scriberet in testamento nominatim hæredes, aut eorum nomina testibus declararet; tamen hoc sublatum est per *Authent. ibidem adiunctam.* Idcirco sufficit hodie per alium, nomen hæredis inscribi.

Testamentum igitur nuncupatiuum illud dicitur, 73 quod fit à testatore coram testibus requisitis, & Tabellione, manifestata coram omnibus voluntate testatoris: & vt dicatur nuncupatiuum debet fieri à principio sui coram testibus, qui debent esse septem etiam de iure communi, illudque per Tabellionem debet legi corā testibus, vt omnes intelligant qualis sit voluntas testantis, & nomina testium per Tabellionē imponantur, & subscriptio testatoris, vel alius

ex testibus pro eo, si nesciat, vel nequeat se subscribere, & signum Tabellionis: Iul. Clar. §. *Testamentum. q. 3. & 4.* P Molin. *eod. tit. disp.* 125. Spino *in suo speculo, gloss. Rubric. 2. p. ex n. 28. cum seqq. vsque ad num. 34.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 1. tit. 6. n. 3.* Valasc. *consult.* 178. Ægid. Lusit. *in l. 1. C. de sacros. Eccles. 4. p. initio n. 7. fol.* 138. vbi de testamento in scriptis *& fol.* 139. *num.* 9. vbi de testamento nuncupatiuo: Negrec. *in introduct. vltim. volunt. lib. 3. c. 1. num. 10. & duobus seqq.* vbi de testamento nuncupatiuo: *& c. 2. num.* 1. *&* 4. vbi testam. in scriptis.

De iure tamen Lusitano *lib. 4. Ordinationis tit.* 80. ibi: *Em que forma se faram os testamentos*, desiderantur quinque testes eiusdem qualitatis, & conditionis, quæ requiritur de iure communi, dummodo hæredis institutio interueniat, & hoc modo testamentum validum erit: *ex l. proxime, ff. de his quæ in testam. delentur. §. ante heredis, Instit. de leg. §. in primis, Instit. de fideicommissis*. dummodò testamentum sit subscriptum à testatore, ibi: *se souber, e puderas sinar:* & qui pro testatore subscripserit, ibi: *dira aope do final, que assina por mandado do testador por elle nao saber, ou nao poder assinar:* quæ solennitas de iure nostro seruatur: *lib. 1. tit. 78. §. 4* ibi: *e se cadahuma das partes*, vbi loquitur de contrahentibus: *oam souber assinar, assinara por ella huma pessoa, ou outra testemunha, que seja alem das duas testemunhas, fazendo mençao como assina pella parte, ou partes, por quanto ellas nao sabem assinar:* hoc est, etsi quilibet contrahentium nesciat subscribere, pro eo signabit alius, vel alius testis, qui sit vltra duos præfatos, facta mentione quòd pro contrahente aut contrahentibus signat, quoniam ipsi nesciunt subscribere: atque ita quòd ibi dicitur de contrahentibus, dicitur etiam *lib. 4. tit. 80. §. 1.* de testibus in testamento; & hoc modo validum erit: ibi, per hæc verba: *E tal testamento sera firme e valioso.* Item coram quinque testibus Tabellio interrogabit testatorem, & ab illo quæret, si est illud suum testamentum; & respondebit testator suum esse: Valasc. *consult. 7. num. 4.* Benedict. Pinel. *Selectar. iur. interpret. lib. 1. c. 10. num.* 23. & Negrec. *in introduct. lib. 3. c. 2. n. 6.* quòd si testes negent postea se vidisse testatorem testamentum tradere Notario; testamentum erit nullum: vt patet ex Ordinatione Lusit. *lib. 4. tit.* 80. §. 1. Gam. *decis. 69. num.* 1. & Iul. Clar. §. *Testamentum. q.* 59.

75 Ex quo sequitur requiri pro forma testamentaria, vt testatur tradat suum testamentum Tabellioni coram testibus, & percontatus ab illo, an sit illud suum testamentum? respondeat suum esse: Quinimo non sufficiet si maritus tradat testamentum vxoris Tabellioni, maximè in absentia, vt refert fuisse iudicatum Vlyssipone Barbos. Guiomatens. Contra Ioao. de Faria, scriba Michaele Roderico *in Remiss. ad d. §. 1. tit. 80. num. 6. vbi num. 7.* adiungit testes debere esse rogatos de iure communi: de iure autem nostro, *ibid. num.* 8. non requiri quòd sint rogandi secundùm probabiliorem; cùm de hoc nihil disponat Ordinatio: Gam. *decis.* 210. *num.* 2. Caldas Pereyra *de empt. cap. 6. num. 23. & q. forens. conf. 24. num. 7.*

76 Cæterum circa testes in huiusmodi testamentis, de iure Castellæ, seruatur solennitas iuris communis, vt ostenditur *in l. 3. Tauri in princip.* & *ibi* Gom. *num 45. vers. sed quia plene*: per text. *in d. l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de Testam.* & *ibi* Gloss. & communiter Scribentes. Idem Gom. *n.* 47. subdit, de iure Castellæ aliqua videri mutata, & correcta in forma testamenti nuncupatiui: videlicet, si fiat sine Notario coram testibus, vel in priuata scriptura, necessarios esse quinque testes vicinos illius loci, seu oppidi vbi testamentum conficitur. Porro si locus sit ita desertus, ita vt non facile in eo reperiantur tot testes, satis esse tres vicinos illius loci, & multo magis sufficiunt tres quando fit in scriptura publica per Tabellionem, vt disponit *l. 1. tit. 2. lib. 5. Ordinationis Castellæ*.

Dictum est in eadem lege Hispana, ibi: *E si fuere tal el logar, que non se pudiere auer Escriuano publico*: Ergo si possit haberi Tabellio, non valebit testamentum sine illo: Quià lex videtur loqui conditionaliter, & ideo non valebit coram testibus tantùm. Cæterum dicendum est valere coram testibus eo quod parem authoritatem habent testes, quod instrumenta, & probationes sunt amplianda: Gom. *vbi proximè, num.* 47.

77 De iure item Lusitano *d. tit.* 80. §. 2. post supradicta tradito testamento ipsi Tabellioni, & patefacta implicitè testibus voluntate testantis, sequitur series instrumenti approbationis à tergo testamenti, quod Tabellio coram ipsis testibus scribere debet eodem die, tempore, & loco; aliàs viciabitur testamentum: *l. Hæredes, in fine, ff. de testam. §. postea Instit. de testam.*

Præterea etiam de iure Lusitano *d. tit.* 80. §. 2. in conficiendo huiusmodi instrumento, debet Tabellio incipere ab eadem Charta: quod requiritur pro forma, vt fiat subsequenter ad testamentum. Quòd si instrumentum factum fuerit etiam à tergo, nullo tertio foliis, testamentum corruet: per text. in *l. Prætor ait, §. Cum hi, ff. de transactionibus*, Anton. Gomez. *in l. 3. Tauri. n.* 59. post Bartol. & Scribentes *in d. l. Cum hi. & text. in l. constitutionibus: ff. ad municipal.* Est enim testamentum iuris publici, & ideo aliter factum, nec cõsuetudine contraria valebit; nec priuatorum pactionibus debet nec potest validari: *l. 2. ff. de testam. l. veritas. C. de fideicommiss.* Cabed. *1. p. decis* 129. *num.* 3. Iuuat expresse lex nostra Lusitana §. 1. vbi per hæc verba: *sem embargo de qualquer custume que em cõtrario aja:* hoc est nihil referente, vel impediente quàcumque consuetudine in contrarium: Valasc. *consult.* 104. *n. 26. & sequenti.*

78 Requiritur etiam, quòd Tabellio sub pœna amissionis Officij faciat instrumentum approbationis scriptum a tergo folij, vbi finitur scriptura testamenti, faciatque per testatorem, & testes subscribere, ex Ordinat. eadem, *lib. 1. tit. 78. §.* 15. Quod etiam constat *ex lib. 4. tit. 80. §. 2.* ibi: *E o Tabelliao que de outra maneira fiser o instrumento de approuaçao perde-a o officio.*

Verum autem pœnæ impositæ Notario solennitatem omittenti, faciant vt instrumentum validum reputetur, quæstionis est? Pars negans actum esse nullum ex eo probatur: quia lex illum non annullat, & multa fieri prohibentur, quæ tamen facta tenent: *l. Patre furioso. ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris.* Barbos. *in Remiss. ad legem Regiam, tit. 80. lib. 4. §. 2. num.* 2. Confert doctrina Bartol. *in l. Prætor ait, in principio, ff. de noui oper. nunciat.* Ideò actus manet firmus: ex Panor. *in cap. 4. de offic. delegat. n.* 20. & Felin. *n. 8. Fallentia* 1.

Accedit quòd est pœna contractuum rescindere, ac nullum reddere: vt *in l. fin. C. d. hæred. instit.* Alex. *in l. Turpia, ff. de legat* 1. ergo pœna innocentes non debet attingere, qui nihil commiserunt.

79 Nihilominus tamen in foro fori, quamuis Legislator Notariis Officia amittendi pœnam indixerit, non tamen nullitatis instrumentorum mulctam neglexit propter solennitatis defectum impositam: *ita* Cald. Pereir. *de empt. c. 5. n. 3. vers. sed nihilominus, pag. 31. col.* 1. Et clariùs *c. 34. num. 15. vers.*

Sed

sed contrarium pag. 452. col. 2. ad fin. vbi teoet non semel ita fuisse in Senatu iudicatum: ex ea ratione; quia cùm ea solennitas propter fraudes vitandas sit inducta, de substantia instrumenti est: quâ sublatâ, corruere instrumentum necesse est.

80 De iure tamen nostro etiam testamentum nuncupatiuum ita vocatum, quod non postulet scripturæ solennitatem, tribus modis fieri potest. Primò habetur *in principio ipsius tituli* 80. *lib.* 4. vbi agitur de testamento aperto scripto à Tabellione, in quo debent esse quinque testes vltra illum; ita vt cum eo sint sex, & insuper testator debet subscribere si sciat; quod si nesciat, aut nequeat, pro illo vnus ex testibus debet signare cum hoc addito, & cum hac declaratione, quòd subscribit de mandato testatoris pro eo, vel quod ipse non potuerit subscribere, seu signare, vel quod nesciuerit: Satisque est si Tabellio dicat testem subscribere de mandato testatoris, quia nesciuerit, aut non potuerit subscribere: & hæc solennitas cum accidentaria sit, suppleri potest per æquipollens: tum vel maximè quia Ordinatio nostra *in principio* non inducit nullitatem, nisi quando loquitur de instrumento approbationis, quod in testamento nuncupatiuo non habet locum: Iubetur tamen publicari, prout in terminis *ex* §. 3. *Ordinationis*, colligitur.

Secondo modo fit testamentum nuncupatiuum prout disponitur *in d.* §. 3. Nimirùm quando testator manu sua aut alicuius tertij testamentum facit, adhibitis sex testibus, inter quos numerabitur ipse testator, qui fecit testamentum manu sua, aut tertius ille, qui de mandato testatoris illud conficit: in quo casu debet legi coram testibus testamētum, & scriptura illius antequam signetur per testes.

Hæc autem solennitas non est necessaria in testamento facto à Tabellione, vt ostenditur *in principio tituli*, vbi Ordinatio Regia communem opinionem videtur non admittere, quæ oppositum obseruauerat teste Couar. *in cap. Relatum*, 1. *à n.* 11. *de testam.*

Prædicti verò testes defuncto testatore coram Iudice debent cognoscere subscriptiones suas, vt scriptura testamenti firma censeatur: vt ostenditur *in prædicto* §. 3. quæ etiam solennitas non est necessaria quando testamentum factum fuit à Notario: ibi: *Em este Caso quando for feito pello testador.* Ergo hæc solennitas non requiritur in testamento facto per Tabellionem.

81 Obseruandum est tamen aliud esse conficere scripturam testamenti, & aliud testari in scriptis. Nam in primo euentu, semper testamentum valet, vt nuncupatiuum. In secundo autem, item; dum de contraria testatoris volūtate non constat; quamuis deficiat aliqua solennitas in testamento in scriptis necessaria: sufficiet tamen ad validitatem testamenti, si testator coram testibus legitimis numero, & conditione, dicat contenta in illa scriptura, esse suum testamentum: ex traditis à Bart. *in l. si ita scripsero, ad finem, ff. de condit. & demonstrat.* Alex. *cons.* 70. *vol.* 5. vbi dicit communem: Iul. Clar. §. *testamentum. vers. sed pone. q.* 36.

82 Quando verò ambigitur an valeat testamentum in scriptis vt nuncupatiuum ex defectu solennitatum, quæ in testamento in scriptis exiguntur, ita inualida sit ea voluntas, vt nec vt nuncupatiua valeat? Affirmat Accurs. *in l.* 1. *verbo scriptis, ff. de hæred. instit.* non valere vt nuncupatiuum simile testamentum: Sequitur Gregor. Lopez *l.* 2. *tit.* 1. *part.* 6. *in gloss.* 1. *ad finem.*

Dicendum tamen est: Si constet testatorem voluisse testari in scriptis, ex eo videri, ita se restrinxisse ad illud testamentum, vt si in aliquo defecerit, valere non possit, vt nuncupatiuum. Sin autem non cōstet verum voluerit testari in scriptis; tunc in dubio eam esse sequendam viam, per quam actus sustineatur, vt valeat tanquam nuncupatiuum: ita Dinus relatus à Bartol. *in l. final. in fine ff. de iure Codicillorum.* Mantic. *de coniectur. vlt. volunt. lib.* 1. *fol.* 1. *n.* 7. *tit.* 1. *& tit.* 7. *n.* 3. *fol.* 11.

Tertiò fit testamentum nuncupatiuum, etiam de iure Lusitano, voce tenus; & tūc requiritur vt declaretur palam ab ipso testatore nomen hæredis: si nutu exprimat solum, non satis: *ex l. iubemus, C. de testam.* Item requiritur quòd ratificent coram Iudice dicta testium, citatis his, quorum interest: vt etiam tradit Rolandin. *de testam. nuncupat. quod fit sine scriptis, Rub.* 62. *n.* 3. Si testes tamen de toto tenore testamenti non deponant; testamentum non tenebit: *l. qui testam.* §. *fin ff. de testam.* Boer. *cons.* 88. *n.* 10. Idem dicas si aliqua ex necessariis solennitatibus defuerit, cùm testamenti factio sit iuris publici; & ideò validari non potest de consensu partium: *l.* 3. *ff. de testam.* 83

Ad hæc, quamuis Ordinatio Lusitana *supra* §. 4. videatur indicare testamentum nuncupatiuum post conualescentiam testatoris non valere, hoc non est intelligendum de iure communi in testamentis factis iuxta illud; cùm illa nullam apponant temporis limitationem: quare in nostro, *in d.* §. 4. Cùm validitas vltra conualescentiā non extendatur, eò quia in extremis agentibus contra ius commune liceat fœminas adhibere testes in his testamentis: Sequitur testatores alio tempore testamenta facientes non posse adducere fœminas vt testes: ita Barbos. *in Remiss. ad d. tit.* 8. §. 4. & Negrer. *supra lib.* 5. *c.* 1. *n.* 10. *ad finem.* 84

Sed quid, quando testator fecit testamentum, in quo hæredum nomina implicitè continētur, verùm debeat sustineri vt nuncupatiuum? Quidam censent vt si testamentum non est perfectum in scriptis, tāquam nuncupatiuum valere posse; si forte implicitè per relationem ad certam scripturam hæredum nomina expressisset: iuxta *l. Asse toto, ff. de hæred. instit.* & secundum doctrinam Bart. *in l. si ita scripsero, de condit. & demonst.* Sequitur Raphaël Cumanus *in l. Heredes palam, in princip ff. de testam.* Alex. *in cons.* 176. *n.* 4 & 5. *lib.* 5. & Afflict. *in decis.* 143. *n.* 6. quibus accedit Clar. *in* §. *Testam. q.* 36. *n.* 2. dicens, dummodò constet scripturam illam, quæ exhibetur, esse eandem ad quam testator se retulit: alias dispositio erit nulla: prout vult Bart. *in d. l. si ita scripsero* & ita omnes vno ore concludunt sufficere nomina hæredum implicitè nuncupare: Card. Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 7. §. *sed aduertendum est.* 85

Respectu priuilegiorum, valent testamenta facta sine omnibus solennitatibus iuris Ciuilis: Putà, in testamento ad pias causas: item in testamento inter liberos, & in reliquis priuilegiatis, de quibus egi: inter quæ potest inseri testamentum cæci conditum inter liberos, in quo sufficiunt duo testes quia cessat suspicio fraudis, & falsitatis: Molfes. *in sum. p.* 2. *tract.* 13. *c.* 2. *n.* 94. quem referēs sequitur Bonac. *de testam. disp.* 3. *q.* 17. *puncto* 2. *n.* 3. § *Idem valet*, quamuis extra hunc casum, ad validitatem testamenti à Cæco facti ad causas profanas, præter præsentiam, septem testes de iure communi requirantur, & insuper Notarius, & in ipsius defectum requiritur alius testis, & consequenter octo testes necessarij sunt ad testamentū Cæci: *d. l. hac consultissima* ad vitandum fraudis periculum, *C. qui testam. facere possunt.* Bonac. *supra*: & est communis. 86

Præterea addi potest testamentis priuilegiatis testamentum Clerici, in quo hæredem Clericum instituit: tunc enim non tenetur obseruare in tali

testamento solennitates iuris ciuilis, nec solennitates necessarias de iure Lusitano; sed sufficit si te-
87 stetur considerato iure Canonico: *in Authen. Cassa. q. 5. C. de sacros. Eccles.* Tellus Fern. *l. 3. Tauri 1. p. n. 51.* Burgus de Pace *ibidem. d. l. 3. n.* 81. & Gutierr. *lib. 2. practicar. q. 49. n. 7.* pro quo conducit doctrina Hostiensis, *in sum. tit. de testam. in §. qualiter constituatur, in vers. verum. fol.* 239. Vbi vult, quando agitur de solennitate testamenti in foro Ecclesiastico, & inter personas Ecclesiasticas, sufficere duos testes, & ad summum tres: quod etiam firmat Abbas *in cap. quod clericus, num. 9. & 10. de foro competenti.* Nihilominus si Clericus laicum hæredem instituat, tenetur seruare formam iuris ciuilis: aliàs non valebit testamentum: secundùm Bart. *in l. cunctos populos. n. 30. & 31. C. de summa Trinit.* & Bald.
88 *in d. Authen. Cassa & irrita d. q. 5.* Gutierr. *lib. 2. practicar. q. 49. n. 7 & 8.* Thomas Vaz Lusitan. *Allegat. 30. num. 1. & 2.* vbi adiungit *num. 3.* idem seruandum in testamento Clerici coniugati; non valere scilicet in vtroque foro, nisi fiat secundùm solennitatem iuris ciuilis: Secùs de Clericis in minoribus, si seruent requisita à Concilio Tridentino *sess. 23. c. 6.* posse nimirum testari seruata solemnitate iuris Canonici, si clericos hæredes faciant: sequitur Burgus de Paz. *in d. l. 3. Tauri, num.* 82. vbi tamen fatetur secundùm hanc opinionem nunquam vidisse iudicatum, & praxim videri in contrarium: Apud tamen Iudices Ecclesiasticos aliud pronunciandum esse, si fiat testamentum seruata solennitate *cap. Cum esses, de testam.*

89 Quæri etiam potest coram quo Iudice debeat fieri publicatio testamenti Laici, vbi Clericus est hæres institutus? *Ex l. publicati. C. de testam.* videtur coram Ecclesiastico Iudice esse faciendam. Consonat *l. 14. & 15. tit. 4. lib. 5. nona collectionis.* Sed verius est fieri debere publicationem testamenti coram Iudice Laico: ex Gloss. *in cap. si hæredes, in verbo, ab Episcopo, de testam.* ibi: *publicatio testamenti ad Episcopum non pertinet*: quam partem esse magis communem tradit Couar. *in pract. quæst. c. 18. n. 5.* Goncallus Soares de Paz *in sua praxi tom. 2. præludio 2. num. 24.*

90 Longè aliter dicendum est de testamento Clerici facto, vel pietatis causa, cuius publicatio facienda est coram Iudice Ecclesiastico; vt per Gutierr. *supra lib. 2. q. 48. n. 2.* & Barbos. *in d. c. si hæredes. n. 8.*

Non sic dicendum, quando Clerico succedit Lai-
91 cus: tunc soli Iudici Laico competit insinuatio testamenti; prout Gloss. *in cap. si hæredes, de testam.* quia ius ciuile generaliter prohibet de quacumque
92 insinuatione testamenti Clericis cognoscere: *l. Consulta Diualia. C. de testam.* consulens integritati, & honestati Clericorum, & respiciens potiorem Iustitiæ administrationem: Quare prædicta cognitio insinuationis non Episcopis, aut eorum Vicariis, sed Iudici seculari competit.

Quod attinet ad confectionem inuentarij dicen-
93 dum est, decedente Clerico ab intestato, pertinere ad Iudices Ecclesiasticos ex decisis *in c. sicubi, 12. q. 5.* decedente cum testamento cum herede Laico, mutatione personæ mutatur qualitas illa clericalis. Idem dico in Clericis minoribus decedentibus sine testamento, neque existentibus hæredibus legitimis: quia cùm bona pertineant in solidum ad Ecclesiam, *c. quicunque, & ibi* Gloss. 12. *q. 5.* non mutetur qualitas, qua fuerant affecta; nequibunt seculares Iudices, tamquam in bonis Ecclesiæ se intromittere: ita Guido Pap. q. 261. dicens, sic fuisse iudicatum: sequitur Negrer. *in introduct. vltim. volunt. lib. 3. c. 5. num. 25.*

94 Difficultas est, an scilicet testamenta Clericorum subiaceant querelæ inofficiosi testamenti? Negat Gloss. Final. & Bald. *in Authen. presbyteros. C. de Episcop. & Cleric.* Menchac. *de success. creat. lib. 1. c. 9. n. 85.* Castil. *in l. 6. Tauri, verbo, succedant,* & Perez *ad l. 1. tit. 3. col. 7. vers. aliud etiā lib. 5. Ordinamenti.* Dubitat tamen Royas *de success. c. 29. n. 49. ad finē.*

Partem tamen affirmatiuam probat Couar. *in cap. Quia nos, n. 6. de testam.* sequitur Menchac *supra lib. 3. §. 22. n. 37.* dicens hanc partem esse veriorem, & magis receptam, eàdémque tenet Azeued. *l. 8. n. 10. tit. 1. lib. 5. nona collectionis.* Ex his duabus, quæ negat subiacere querelæ inofficiosi testamēti, vel nullitati, ex causa præteritionis, est sequenda: vt per Abbatem *in c. quia nos, de testam.* & latè Marcus Anton. Genuēsis *in practicabilibus Ecclesiast. q. 361.* per text. *ibi, in eodem c. quia nos,* libere disponere valeant; ergo & præterire liberos, & parentes possunt.

Hæc tamen ambiguitas in Lusitania cessabit, si filius de sola tertia parte testetur, cum in aliis duabus cōsetur parentem instituere, ex Ordinat. Reg. *lib. 4. tit. 82. in princip.* Ex quo etiam sequitur posse filium facere Maioratum de tertia parte bonorum Castrensium, vel quasi: Non autem de bonis aduentitiis, de quibus non potest testari, siue in illis pater habeat vsumfructum, siue non: ex *l. penult. C. qui testam. fac. poss.* & ex Ordinat. nostra *d. lib. 4. tit. 81. §. 3.* ibi: *Porē dosbens. Castrenses:* & ibi Barb. *in Remiss.* 95

Attenta autem lege Castellæ, vt ait Asseruantes *in l. 5. Tauri,* & Molin. *lib. 2. de Primog. c. 9. n. 21.* & P. Molin. *de Iust. tom. 3. disp. 603.* poterit filius facere Maioratum de tertia bonorum suorum quantitate sine patris consensu; quos referens sequitur Thomas Valasc. *allegat. 29. num. 135.*

Ambigi tamen potest quantum temporis querela inofficiosi testamenti duret? Respondetur quamuis ius agendi ad supplementum duret per triginta annos, querelam tamen durare tantum per quinquennium: per *l. adolescens a,* vbi Scribentes. *C. quibus ex causis restitutio in integrum non est necess.* per *l. contra maiores,* vbi etiā Doctores & *l. si quis pliū,* vbi Bald. & Iason *num. 5. C. de inoffic. testam.* etiam si Bart. *ibi* teneat, quòd etiā actio agendi extinguatur quinquennio: sed eius sententia cōmuniter est reprobata, *ibidē.* 96

Quin etiam querela inofficiosi testamenti, si non fuerit extincta, transmittitur ad liberos: *l. si quis filium, C. de inofficioso testam. & ibi* Bart. Bald. & alij cōmuniter: attendenda tamen est causa querelæ, aut vbi hæres habet domicilium, aut vbi est maior pars hæreditatis, nisi filius per modum contradictionis vtatur querela: *l. Papinianus, §. si plius,* vbi Scribentes, & *l. suspecta. §. final.* vbi Gloss. vltim. *ff. de inoffic. testam.* 97

Habet item locum eadem querela tam inter ascendentes, quàm inter descendentes, & inter fratres: *l. 1.* vbi Bart. & omnes *ff. de inoffic. testam.* Glossa tamen *in l. parentibus, verbo, legitimo, C. de inofficios. donation.* refert causas sex propter quas excludatur quis à querela inofficiosi testamenti. 98

Fratres autem nequeunt querelare de inofficioso testamēto, nisi sint vtrinque coniuncti quando scilicet in testamento fratris fuerit institutus hæres, turpis aliqua persona, aut vilis, videlicèt spurius, aut concubina, aut damnatus de aliquo crimine infamiam inducente: Tamen de falso bene poterit à quocúque querelari: *l. Fratres,* vbi Bartolus, Bald. & est cōmunis, *C. de inoffic. testam.* Gam *decis.* 143. tunc enim in totum fit nullum, nec legata debentur, nec conseruantur fideicōmissa: ita Castrensis, Salicet. & Iason *in d. l. Fratres, C. de inoffic. testam.* Ioan. de Imol. *in l. Filio præterito, ff. de iniust. rupt. & irr. testamento.* Decius *in cons.* 530. *num.* 15.

Cæterùm si frater exhæredatus, aut præteritus, fuerit vilis, aut turpis persona, non poterit que- 99
relare

relare testamentum fratris, eò quòd nemo potest alteri objicere turpitudinem, qua ipse est inustus. *l. in arena.* vbi Bart. Fulgos. & reliqui, *C. de inoffic. testam.*

Testamenta tamen per quetelam ita rumpuntur, vt legata, & cætera quæ sunt in testamento scripta sustineantur: *§. si autem hæc obseruata non fuerint, in Authen. vt cū de appellatione cognosc.* Cardin. Mantic *de coniect. vltim. volūt. lib. 4. tit. 13. n. 39.*

---

§. III.

Solemnitates testamentariæ an ita requirantur pro forma, vt deficiente aliqua ex minimis tam in testamento in scriptis, quàm in nuncupatiuo, vitietur dispositio?

E P I T O M E.

100 *Quæ à lege ad testamenti validitatem sunt necessaria, censentur introducta pro forma.*
101 *Quæ requiruntur pro forma debent obseruari, nec possunt adimpleri per æquipollens.*
102 *Defectus etiam minimus in forma facit actum corruere.*
103 *Interdum apud Tribunalia defectus solemnitatis in minimo non præiudicat testamento; sed minus bene.*
104 *Ex Negrerio, forma substantialis testamenti consistit in declaratione eorum, quæ testator sibi fieri mandat post mortem.*
105 *Testes in testamento nuncupatiuo necessariò debent subscribere, & testamentum legi debet coram iisdem.*
106 *Item post mortem testatoris debet publicari.*
107 *Et hæc omnia debent fieri, aliàs non valet testamentum.*
108 *Testamentum non fuisse lectum non præsumitur, nisi probetur: sufficit Tabellionis affirmatio.*
109 *Ex aliquorum sententia omissio leuis solemnitatis non vitiat actum; sed contrarium est sequendum. & num. 110.*
111 *Virium sit nullum testamentum ex defectu testis dicentis se signare pro testatore.*
112 *Defectus declarādi quòd signauerit pro testatore potest suppleri à Notario in corpore instrumēti.*
113 *Testamentum clausum per defectum alicuius solemnitatis an possit valere vt nuncupatiuum, seu apertum.*
114 *An testamentum possit valere tamquam clausum, & nuncupatiuum, an tamquam neutrum?*
115 *Publicatio est necessaria tam in testamento clauso, quàm in testamento aperto in scriptis facto per manum testatoris, vel priuata persona: secus si fiat per Tabellionem publicè.*
116 *Publicatio testamenti quomodo fiat; & coram quibus; & in quo consistat.*
117 *Et quid de iure Lusitano, in testamento per scripturam priuatam confecto, absque Notarij attestatione.*

100 VNica conclusio: Omnia & singula quæ ab ipsa lege ad testamenti validitatem requiruntur, censentur introducta pro forma; & ideò defectus huius formæ etiam minimus, facit actum corruere; etiam iusta causa omissionis interueniente: Est communis. *l. 1. & 8 tit. 4. lib. 5. Recopil.* Gam. *decis. 45. n. 3.* post Felin. *in cap. Cum dilecta, de rescript.* per text. ibi: *contra formam.* Vbi notatur processum factum contra formā rescripti, etiam ex minimo defectu, irritum esse: Tiraquel. *de retract lig. §. 1. Gloss. 21. n. 11.* Caputaquens. *decis. 143. n. 5. p. 3.* adeò vt ea quæ requiruntur pro forma, ita præcisè debeant obseruari, vt nequeant per æquipollens adimpleri: Rota *decis. 345. n. 1. apud* Farinac. *p. 2. decens. n. 2.* ita vt omnia in contrarium sint nulla ipso iure: Atqui solennitates testamentariæ tam de iure communi, quàm de iure Regio introductæ sunt pro forma: vt
videtur *lib. 4. tit. 80. nostra Ordination.* Ibi: *Emque* 101
forma se faram os testamentos: Ergo testamentū corruet, si quid vel minimum ea requisitis omittatur, cùm sit de forma substantiali: Gama *decis. 45. n. 2. & 3.* & *ibi* eius Additionator *ex n. 3.* Couar. *in cap. Cum esses, de Testam. n. 8.* dicens, testium solemnitatem, & numerum in testamētis esse formam substantialem, non tantùm probatoriam: quam partem *ibi* post plures latè probat, & sequitur Molin. *de Iust. tom. 1. disp. 81. pag. 488. vers. secundum potuit, & infra:* prætetea id consonat Matienz. *lib. 1. gloss. 4. n. 13. & in*
l. 9. tit. 10. gloss. 2. & nu. 11. gloss. 4. n. 11. lib. 5. Recopil. 102
Mench. *de success. crea. §. 11. n. 67.* Probatur etiam ex Ordinatione nostra, §. 1. *supra,* quia *ibi* ponitur decretum annullatiuum, quod est signum formæ omissæ: nam vbicūque ponitur annullatiuum decretum, ibi data forma censetur, secundùm Bald. *in l. 1. ff de liber. & posth.* & Felin. *in d. cap. Cum dilecta, in quinto signo formæ.*

Ex hac conclusione quam etiam tradit Caldas *de* 103
emption. c. 34. n. 19. sequitur semper, per omissionem leuis solennitatis in materia testamentaria, vitiari actum, secundùm cōmunem *in l. si vnus, C. de testam.* & ita fuisse iudicatū refert Gam. *d. decis. 45.* & eius Additionator *ibi:* addens tamen aliquando apud Tribunalia suprema ex æquitate, deficiente solennitate in minimo, contrarium decidi: sed malè iudicio illius, & meo; quia forma dat esse rei: *l. Iulianus, 9. §. si quis rem, ff. ad exhib. l. quia heredi, l. Mæuius, de condit. & demōstrat.* cum aliis citatis per Euerard. *in Topicis legalib. loc. 53.* Quare cum non seruatur forma testamentaria à lege etiam ciuili constituta, corruit actus: Rendm. *in prompt. receptar. sentent. tom. 1. tit. 100. n. 5. & 6.* Azeued. *ad l. 18. n. 4. tit. 21. lib. 4. noua recopil.* Rebuffus *de pacificis possess. n. 155.* Tiraquel. *in tr. de iudicio in rebus exig. vers. hoc tamen intellige, pag. mihi, 51.* Valasc. Lusit. *consult. 103. n. 3. & cōsult. 133. n. 4 & cons. 149. n. 6.* Gam. Lusit. *decis. 45. n. 3.* & Gonzal. *ad leg. 8. Cancellariæ Gloss. 4. n. 157.*

Nec obest Lusitanus Negrerius in *introduction.* 104
vltim. volunt. lib. 1. c. 4. n. 14. dicens formam substantialem versari solùm in declaratione eorum, quæ testator sibi post mortem fieri mandat. Quia hoc non est forma, sed materia testamenti, quæ est voluntas testatoris. Forma autem est, quæ dat esse rei, constituta à lege, quæ seruari debet ad vnguem, vt lex disponit, non autem per æquipollens: vt constat *ex d. c. Cum dilecta, de rescriptis, per totum, & ex d. tit. 80. Emque forma se faram os Testamentos.* Nam illud dicitur esse de forma substantiali alicuius rei, sine quo non existit res ipsa, etiamsi defectus sit in minimo, vt dictum est: Phebus *decis. 75. ex n. 3.* vbi ait solemnitates testamentarias requiri pro forma; & ideò deficiente vna sola ex his solennitatibus testamentum omninò corruere, vt *ex dicta Ordinat. Regiá tit. 80.* subdēs, vbicumque in Rubrica dicitur, & fit mentio formæ, tunc dispositā super tali Rubrica esse de forma: ita Marian *in c. 2. de libelli oblation. col. 6. vers. Et aduerte,* quem sequitur Felin. *in cap. Cum dilecta, de rescriptis, col. 8. vers. Decimum, & vltimū signum,* & ex multis Valasc. *consult. 52. n. 28. & 32. & com. 2. consult. 183. n. 2.* post plures, vbi cōcludit; formam in minimo deficiente corruere totū actum.

105 Vt hæc clariùs percipiantur, ponamus exemplum in testamento nuncupatiuo, seu aperto, facto secundùm Ordinationem Regiam, vbi debent interuenire sex testes insimul cum testatore, quando ipse illud scribit per se, vel personam priuatam. Item requiritur secundò quòd testes subscribant in eodē testamento.
106 Tertiò quòd legatur testamentum coram iisdem. Quartò, quòd testes sint omni exceptione maiores. Quintò requiritur quòd post mortem testatoris hoc testamentum publicetur, citatis illis, quorum interest. His positis si contingat deficere aliqua ex his solennitatibus, quæ pro forma adhibentur, euanescit testamentum; eò quòd a forma non est recedendum: per *l. Certa forma, C. de iur.*
107 *Fisc. lib.* 10. quòd si recedatur; secundùm Bald. *in rub. de iureiurand. col.* 2. *post medium*, nec obligatio naturalis oritur. Sed de hoc vltimo *infra*. Item quia fines mandati sunt diligenter obseruandi. vt per Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo, libertis, n.* 59. *C. de reuocand. donat.* Camillus Borrel. *in summa omnium decis. tit.* 66. *n.* 437. Aloysius Ric. *in praxi rer. for. Eccles. decis.* 309. *n.* 1. *in* 1. *edit. Regia, d. tit.* 8. *§.* 3. ibi: *sendo primeiro lido perante ellas*, testamentum erit nullum: Gam. *decis.* 245. Suar. *Allegation* 1. *in fine*, Anton. Gomez. *l.* 3. *Tauri n.* 107. ex textu singulari, & vnico in iure, *in l. fideicommiss. §. quoties, ff. de legat.* 3 quem adnotat Gloss. Ordinar.
108 Bart. Bald. & communis Doctor. *ibi*. Imò quod magis est, in dubio, non præsumitur testamentum lectum nisi probetur; ita Bart. *in d. l. fideicommissa, §. quoties.* quod intellige, nisi Tabellio, vel Notarius hoc dixisset; aut nisi in fine instrumenti, vel scripturæ reperiantur illa verba, quæ solent apponi à Tabellionibus; videlicet quòd factum fuit, & absolutum; tunc enim præsumitur fuisse lectum coram testatore, & testibus, & ex consequenti valere: vt per Bald. *in Authen. Quod sine C. de testam. col.* 2. Quod procedit in testamento inter extraneos: secùs verò inter liberos, vel ad pias causas: ex Bart. *in l. si is qui testamentum, ff. de testam. col.* 2. *& in d. § quoties.* Iason *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. col.* 2. *n.* 3. & Romanus *in Authen. Similiter, C. ad l. Falcid. special.* 13. quia valet, licet non legatur.

109 Sed contra supradicta, vrget *l.* 1. *§. fin. ff. de ventr. inspic.* & traditur *in Rubric ff. de noui oper. nunciat.* vbi dicitur quòd omissio leuis solennitatis non vitiat actum, vt *ibi* resoluit cum communi Alex. *n.* 8. Iason *in l. Cum ij, §. Prætor, ff. de transact. in princip.* Felin. *in cap. Cum causam, n.* 21. *de re iud.* Allegantes omnes text. *in d. l.* 1. *§. fin. ff. de vent. inspic.* ibi: *si quid ex his, quæ leniter obseruanda Prætor edixit, non sit factum*: sequitur Caldas Pereira *de emption. cap.* 34. *n.* 20.

Nihilominus hoc argumentum eluditur, Primò,
110 quia omnia requisita in Ordinatione Regia ad confectionem testamentorum, *d. lib.* 4. *tit.* 80. *§.* 1. videntur esse de forma, vt patet, & ex clausula etiam annullatiua actus aliter gesti constituta in eadem lege, & in iis, quæ sunt de forma, etiam minimum si omittatur, annullat actum, vt aiunt etiam Brun. *in tract. de form. in rubric. de potest. & effect. formæ, amplia.* 2. Gomez. *in regul. de idiomat. quæst* 8. Tiraquel. *in* 2. *tract. §.* 4. *gloss.* 6. *n.* 31. & in nostro casu in materia testamenti, *l. si vnus, C. de testam.* & Anton. Gomez. *d. l.* 3. *n.* 39. Secundò, quia omissio etiam leuis in materia testamentaria, non est quid minimum; ideò actus vitiatur, si quid minimum de forma omittatur; purà, si testis, qui pro testatore signat, non dicat se signare prædictum testamentum de mandato, seu rogatu ipsius testatoris, non valet ex traditis per Gam. *decis.* 46. Similiter si non apponat illam declarationem, cur ita facit, eò quòd illa duo lex coniunctim exigit, & non vult quòd testis signet testamentum pro testatore, nisi de eius mandato, & rogatu. Item quando testator vel nescit, vel nequit signare, vt ibi: *E o dito testador se poderem scriber assinar, e nao podendo, ou nam sabendo assinara huan testemunha por elle*; cum declaratione supradicta, & propter talem defectum declarationis in teste pro testatore signante testamentum 111
fuisse nullum, iterum, atque iterum iudicatum fuit à supremo Senatu: teste Gam. Lusit. *decis.* 45. *&* 127. Ex eo fundamento, quia quando constat Legislatorem etiam leuia requisiuisse ad formam alicuius actus, eorum omissio reddit actum nullum: vt putat Bald. *in l.* 1. *ff. de liber. & posth.* & *ibi* Imol. *& in l.* 2. *§. prim ff. de vulgar.* Valasc. Lusit. *consult.* 52. *n.* 9. *Et consult.* 149. *n.* 15. vbi *n.* 16. addit ex defectu huius declarationis testamentum non corruere, quando per euidentiam constaret testatorem nescire, vel non potuisse scribere, & id vtraque pars confiteretur. Atque ita se vidisse iudicatum aliquando in Senatu, quasi in eo casu non esset necessaria declaratio eius rei, quam partes fatebantur.

Ambigi tamen potest an declaratio omissa à teste 112
qui signauit pro testatore nesciente signare, vel non valente, possit suppleri per Notarium asserentē in corpore instrumenti Titium videlicet pro testatore subsignasse? Responsio est affirmatiua, quia mens Legislatoris fuit, vt testamentorum fraudibus occurreretur, & magis occurritur si Tabellio declaret pro testatore Titium subsignasse, quàm ipse testis, qui id ex post facto efficere potest, aut addere: idcircò pleniùs intentioni Legislatoris satisfactum est per Tabellionem, quàm per testem; per regulam *l. si de peccatum, §. fin. ff. de pactis*, de qua Decius *cons.* 190. *col.* 4. *in princip.* Iason *in l. Barbarius n.* 3. *ff. de offic. præsid.* vbi volunt pro dispositio, id iudicandum fore, quòd Statuentes disposuissent, si forent interrogati. Atqui verosimile est Legislatorem, si in hoc casu fuisset interrogatus, responsurum sufficere Notarij declarationem, per quam fraudes eliminantur: ergo satis est declaratio Notarij in corpore instrumenti posita: Caldas Pereira *de emption. c.* 34. *num.* 22.

Consequens est dicere de Testamento clauso, in 113
quo deficit aliqua solemnitas, an valeat vt nuncupatiuum? Responsio est affirmatiua, si addatur clausula, quod valeat omni meliori modo, quo valere potest: nam tunc sine controuersia, testamentum valet saltem vt nuncupatiuum seu apertum: vt volunt Bart. *in l. vltim. C de Codicill* Imol. *in l.* 1. *§. sin autem, ff. de hered. instit.* Socin. sen. *in cons.* 142. *n.* 3. *vers. sed tamen ex alio, & n.* 10. *lib.* 1. Quod extenditur etiam quando per errorem Notarij defuit aliqua solemnitas testamenti in scriptis; adhuc enim sustinetur vt testamentum nuncupatiuum: ita Socin. sen. *in d. cons.* 142. *n.* 3. *lib.* 1.

Porrò si testamentum habuit solemnitates ne- 114
cessarias tam testamento nuncupatiuo, quàm testamento in scriptis, sustinebitur secundùm vtramque formam, etiam absque clausula, quod valeat omni meliori modo: quia vna forma alteram non confundit: ita Vasquius *de success. lib.* 2. *§.* 2. *ex n.* 12. *& ex n.* 14. quod ait probari argumento *l. Re coniuncti, vers. præfertur ff. de legat.* 3 *l. Triplici, vers. nec dubium, ff. de verbor. significat.* Contra verò quando Testator non posuit solemnitates, nec formam, quæ requiruntur in testamento in scriptis, neque in nuncupatiuo; non sustinetur aliquo modo: ita Vasquius *supra*. post Afflictum *in decision.* 143. *numero* 6. secùs quando testator adhibuit solemnitates

solennitates sufficientes ad testamentum nuncupatiuum, non tamen ad testamentum in scriptis, vel è contra: tunc enim sustinebitur testamentum secundùm formam sufficientem, quæ fuit observata: Brun. *in tract. de reb. dub. in princ. n.* 57. Beoed. *in cap. Raynutius, in verbo, Testamentum el* 1. *num* 9. *de testament.* & clarius Vasquius *in d.* §. 2. *num.* 11. *vers. aliquando, & tertio,* : eò quia semper sumi solet illa interpretatio, quòd testator voluerit valere omni meliori modo suam ipsam dispositionem: *l.* 3. *ff. de testam. milit.* Menuch. *de Præsump. lib.* 6. *præsumpt.* 4. *ex n.* 12. *& ex n.* 34. Item quia testator eligens testari in scriptis non censetur renunciare formæ testandi nuncupatiuè neque actus præsumitur factus vt pereat, sed vt valeat etiam in his, quæ strictam interpretationem admittunt: ita Bart. & alij *in l. cum stipulamur, ff. de verbor. obligat.* Menoch. *supra d. præsumption.* 4. *à num.* 30.

115 Quæritur ergo an in testamento nuncupatiuo sit necessaria publicatio, & quid ea sit? Quoad primum dicendum est, tam in testamento in scriptis, quàm in nuncupatiuo facto per scripturam priuatam alicuius priuatæ personæ, vel per manum ipsius testatoris vltra solennitates necessarias requiri publicationem authoritate Iudicis: aliàs non facere fidem per se: Molin. *de testam. disp.* 126. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri n.* 35. *&* 36. Quod intelligitur eam de iure Lusitano, quam Castellano: secus quando testamentum nuncupatiuum, seu apertum factum fuit per Tabellionem publicum; tunc enim secundùm probabiliorem, non est necessaria publicatio; quia Ordinatio. Lusitan *lib.* 4. *tit.* 80. §. 3. sequuntur & affirmat Gomes. *d. n.* 35. *vsque ad n.* 39. quidquid alij contradicat. Deniq; quando in testamẽto nuncupatiuo seu aperto, nõ reperitur Tabellio publicus; necesse est vt post defuncti obitum testamentum illud Iudicis authoritate publicetur. Publicatio autem consistit in eo, quòd Iudicis

116 authoritate petentibus id illis, quorum negotium tangit, pronunciet, an tale testamentum sit legitimum: & ad hoc citantur omnes, quorum interest; & vocantur testes qui in testamento interfuerint; deinde per Iudicem iuramento interrogantur an eorum subscriptiones sint, quibus examinatis, pronunciatur testamentum validum esse, & vt mandetur executioni iubet Iudex, vt testamentum factum voce tenus scriptis mandetur, & hoc modo sit publicatio: Molin *supra, ad fin.*

Consonat Anton. Gomez *d. l.* 3. *num.* 36. dicens, posse filium, & quemcumque alium non scriptum hæredem in testamento petere à Iudice, vt aperiatur, & publicetur testamentum, quia sua interest, vbi possit dicere de nullitate, vel agere querelam inofficiosi, vel quouis alio remedio sibi competente. Item vt testes compareant coram Iudice, vt recognoscant subscriptiones, & signa cum iuramento, & deponant de omni coram ipsis dicto, & ad hoc posse cogi à Iudice per text. *in l. cum ab initio, ff. quemadmodum testam. aper.* & *in l.* 2. *eodem tit.* necnon quod postea Iudex pronuntiet attestationes testium in publicam formam redigi ad perpetuam rei memoriam, & quòd eis detur plena fides, quæ est forma publicationis testamenti.

117 Sed quid dicendum de iure nostro etiam quando Ordinario *d. lib.* 4. *tit.* 8. §. 3. disponit posse fieri testamentum per testatorem, aut per aliam personam priuatam sine instrumento publico approbationis à tergo, nec fuerit factum per Tabellionem? Respondetur hoc testamentum post mortem testatoris debere publicari authoritate Iudicis, citatis partibus ad quas pertinet, seruata forma iuris, vt hactenus dictum est; & testamentum esse nullum deficiente vna solùm ex his solennitatibus: adeò vt si testis aliquis ex illis qui aderant tempore confecti testamenti, mortuus fuerit, testamentum corruerit, si moriatur ante publicationem: ita Bart. *in l.* 1. *ff. quemadmodum testam. aper.* per Gloss. *in l.* 2. *C. eodem,* Anton. Gomez. *in d. l.* 3. *n.* 36. *ad fin. vers. periculosum est.* Ægid. Lusitan. *in l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* 4. *p. initio n.* 9. *vers. adeo autem*, concludens, cùm post mortem testatoris coram Iudice testamentum publicari debeat, periculosum esse, ne corruat, si fortè interim testes moriantur: ob quem defectum testatur Phœbus *tom.* 1. *dec.* 75. *n.* 6. fuisse iudicatum in Supremo Senatu, quòd testamentum esset nullum; quia duo testes erant mortui ante publicationem; quoniam publicatio testamenti debet fieri præsentibus testibus in eo contentis: quod non requiritur pro sola probatione in testamento nuncupatiuo, de quo *d.* §. 3. *Ordinationis* agitur: vt per Couar. *in cap. cum esses; de testam. n.* 8. & Padill. *in l. cum quis, n.* 11. *C. de iur. & fact. ignor.* sed quia testes sunt de forma substantiali, vt post Bart. *in l. nemo potest, in* 1. *oppos. ff. de legat.* 1. traditur communis opinio, vt attestatur Ripa *in d. l. nemo potest, post n.* 27. nam si non esset de forma substantiali; posset testator disponere in suo testamento, vt valeret etiam confectum cum minori numero testium: quod facere non potest, vt concludunt Doctores allegati *in d. l. nemo potest*: quod referens sequitur Clar. *lib.* 5. §. *Testamentum, n.* 2.

§. IV.

De Codicillo, & in quo differat à Testamento, & quid operetur clausula Codicillaris?

EPITOME.

ad vtilitatem hæredis scripti quando testator diu superuixit.

134 *Pater sciemter præteriens posthumum in testamento habente clausulam codicillarem per verba de præsenti, & per verba futuri conceptam. & n. 135.*

136 *Testator faciens testamentum sine clausula codicillari, & sine solennitate, an valide testetur.*

137 *In quibus casibus clausula codicillaris censentur apposita ex voluntate testatoris.*

138 *Effectus clausulæ codicillaris quales sint? n. 138. 139. 140. 141. & 142.*

143 *Pater si in testamento relinquens plura legata, & præteriens posthumum an illa seruentur.*

144 *Ex clausula codicillari, si pater testetur inter liberos, & aliquem prætereat, censentur meliorati filij, quibus hæreditas relinquitur, & n. 145.*

118 Codicillus (quæ est secunda species vltimæ voluntatis) est iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit absque hæredis institutione: vt colligitur ex *l. 1.* cum *ibi* notat. *ff. de testam.* & vult Roman. *in Rubrica, ff. eodem tit. de iur. codic.* vbi notat in codicillis hæreditatem directò dari non posse, ne confundatur testamentorum, & codicillorum ius: *l. 2. & l. si idem, C. de codicill.* In quo differt à testamento, quod fieri non potest sine hæredis directa institutione, nisi ex priuilegio, vt miles qui potest instituere hæredem directò in codicillo: reliqui autem nequeunt hæredem directo instituere in codicillo. Quinimò non possunt apponere conditionem in codicillo aliquam, quæ habeat illam vim. Adde neque posse adimi hæreditatem codicillo, & ex consequenti exhæredatio in illo fieri nequit: vt habetur *Instit. de Codicill. § codicillis autem.*

119 De iure communi in codicillo requiruntur quinque testes: per *l. final. C. de codicill.* & *per l. fin. C. de fideicommiss.* text. *in § fin. Instit. de fideicommiss. hæreditat.* de iure nostro Regio etiam quinque requiruntur *lib. 4. tit. 86. § 1.* Molin. *de inst. disp. 131. vers. de iure,* ibi: *Seiam sinco testemunhas homens, ou molheres maiores de quatorze annos.* Quod intelligitur in oppidis seu ciuitatibus populosis: vbi tamen plures testes in locis desertis inueniri nõ possunt, vt dictum est *supra, §. de milite,* remittitur numerus testium, & sufficiunt tres, siue homines, siue fœminæ; siue codicillus sit apertus, siue clausus; siue tempore mortis voce tenus fiat: Molin. *supra, vers. de iure huius Lusitaniæ Regni,* vbi addit in codicillo Cœci, semper addendum esse vnum testem vltra eos, qui alioquin sunt necessarij.

120 Codicillus item siue fiat ante testamentum, siue post, semper valet, modo non constet de contraria testatoris voluntate: & legata in eo relicta à successore in bonis defuncti, sunt adimplenda, etiamsi intestatus decedat; quia valet talis codicillus: prout deducitur *ex § 1. Instit. de Codicill. & ex l. si quis cum testamentum, ff. de iure Codicill.* quinimò potest vnus & idem, bis codicillari, quando alter Codicillus alteri non repugnat: tunc enim posteriori est adhærendum, vt constat *ex §. vltim. instit. de Codicill. & ex §. posteriore, Instit. quibus modis testam. infirm.* secùs quando duo testamenta vnius, & eiusdem testatoris reperiuntur, quia nequeunt esse valida simul, sed semper primum per secundum redditur nullum: vt habetur, *Instit. quibus mod. testament. infirm. d. §. Posteriore, & §. sed & si quis,* excepto militis testamento: de quo diximus *supra,* Molin. *de testamen. disput. 124. pag. 693.*

Inseruiunt etiam codicilli ad legata instituenda, 121
ad fideicommissaria, seu indirectas substitutiones; & ad declarandum, immutandum, aut corrigendum aliqua in testamentis: non tamen continent directam hæredis institutionem, nisi per accidens, & ex priuilegio militis.

De iure Castellæ, in Codicillis requiritur eadem 122
solennitas, quæ requiritur in testamento nuncupatiuo, in eodem regno: ita *l. 3. Tauri,* quæ est *2. tit. 4. lib. 5. noua recopilat.* vt probatur ex ea *l. 3. Tauri:* ibi: *y en los codicillos enteruenga la misma solennidad, que se requiere en el testamento nuncupatiuo, o abierto, conforme, a la dicha ley del ordenamiento.* Quæ lex Ordinamenti disponit tantùm de numero testium; non autem de qualitate eorum: ex quo Hispani Scribentes aliqui arbitrari solent, quòd licet quoad numerum testium hodie æquiparetur solennitas testamenti cum solennitate codicillorum; quoad qualitates tamen eorum, nihil est mutatum, sed remaneant iura communia immutata: tamen & quoad numerum, & quoad qualitatem testium verba sunt referenda. Atque ita testamentum de iure illius regni nuncupatiuum si fiat cum Tabellione publico, adesse debent tres alij testes vicini eius loci, in quo fit testamentum: si vero sine Tabellione, interuenire debent quinque testes, vicini similiter loci, in quo scribitur testamentum; dummodò oppidum tale sit, vt in eo tot testes possint reperiri: secùs si oppidum sit tale, quòd nequeant reperiri tot testes, tunc saltem adesse debent tres, qui eius oppidi sint vicini. Eodem modo idem est obseruandum in Codicillis. Molin. *de inst. disp. 131. vers. de iure regni,* subdens ex altero Molin. *lib. 2. de primog. c. 8. n. 24.* satis esse si testes in codicillo sint fœminæ iuxta dispositionem iuris communis. In quo annuit, quando lex requirit eandem solennitatem in codicillis, quam requirit in testamento nuncupatiuo, debere id intelligi solùm quoad numerum testium, non autem quoad qualitatem; quia non est omninò verum in eo regno nullum esse discrimen inter codicillum, & testamentum, quoad solennitatem: tum quia maior numerus necessarius est in eo regno in testamento in scriptis, quàm in codicillo in scriptis; quia fœmina adesse possunt in codicillo, non vero in testamento etiam nuncupatiuo.

Gomez. tamen *in d. l. 3. Tauri, n. 67. & duobus* 123
sequentibus, etsi concedat sufficere tres testes cum Tabellione, vel quinque sine illo in testamento nuncupatiuo; idem esse intelligendum vult de Codicillis, esto lex de illis nihil disponeret: secundum Bald *in l. fin. C. de testam. col. 2. n. 6.* & *ibi* Salycet. *in fin.* sicut codicillus valebit inter liberos cum duobus testibus, si fiat nuncupatiuè, eò quia testamentum cum duobus testibus inter liberos valet: *l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Codicillus autem in regno Castellæ, si fiat in scriptis, ex eodem Gomesio requirit tres testes cum Tabellione, & quinque sine illo: per text. *in d. l. 3. Tauri,* vbi postquam posuit solennitatem testamenti nuncupatiui, & testamenti in scriptis subdit, in Codicillis debere interuenire solennitatem necessariam in testamento nuncupatiuo. in quo, vt dixit, requiruntur tres testes cum Tabellione; vel quinque sine illo ergo & in Codicillis.

Nihilominus Gomez opinatur contrarium in 124
codicillis, videlicet in scriptis semper requiri quinque testes indistinctè, & eorum subscriptiones, sicut de iure communi requiruntur. Quare secundùm illum, Codicillus in scriptis regulatur secundùm

dùm dispositionem iuris communis; cùm *in d. l. 3. Tauri*, nihil de illo disponatur: idcircò in illo interuenire debent hodie quinque testes; siue Tabellio interueniat, siue non; quam opinionem noster Molin. *disp. 31.* non omnino admittit, *ad fin.*

125 Illud etiam aduerte, Codicillos posse fieri ab Intestato, & eo mortuo habent vicem testamenti: *l. ab intestato, in fin. ff. de iur. codicill.* & quamuis olim Codicilli facti ante testamentum non valerent, nisi in ipso testamento, vel posterioribus codicillis, confirmati essent, aut eorum voluntas quocumque iudicio retineretur: *l. ante tab. ff. de iur. Codicill.* Hisce autem temporibus tacitè confirmati intelliguntur, nisi reuocentur simpliciter: vt tradit Gloss. *in d. l. ante tabulas*, post Bart. *ibi* & Alex. *in l. si quis enim, in princip. n. 4. de vulgar. & pupill. substit.* Censentur item, codicilli facti in ipso testamento, quando testator expressè declarauit, vt si testamentum non sustineatur vt testamentum, iure codicillorum subsistat; ne quisquam dixerit codicillos non existere, si testamentum non sit perfectum: *l. 3. in fin. ff. de milit. testam.* Et licèt testator id expressis verbis non declarauerit, satis est si ex coniecturis colligatur id voluisse testatorem: *l. 1. ff. de iur. codicill.* sequitur Purpurat. *in cons. 407. n. 6. & seqq.*

126 Quid operetur clausula codicillaris? Dico primò appositam in testamento nullo operari vt hæredes ab intestato venientes teneantur adimplere contenta in tali testamento, quamuis nullo: & per eam censentur grauari, quasi per fideicommissum, illa adimplere: vt *l. fin. vers. illud, C. de codicill.* Bart. *in l. 1. ff. eod.* Atque ita testamentum sustinetur in vim codicilli: Iul. Clar. §. *Testamentum, quæst. 46. num. 2.*

127 Dico secundò clausulam codicillarem sustinere voluntatem defuncti, quando deficit simpliciter ex defectu solennitatis, secundùm Bartol. *in l. 1. ff. de iur. codicill. q. 4* Valasc. *consult. 183. n. 12.* ideo hæc clausula apponi solet in testamento vt illud sustineatur in vim codicillorum, quando illud corruit defectu solennitatis. Menoch. *lib. 4 præs. 60. n. 77.*

128 Dico tertiò clausulam codicillarem subintelligi in testamento ad causas pias; Bald. *in l. si iure, C. de test. manu.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 31. n. 18.* vbi *n. 19.* id extendit, quando libertas relicta est illi, quem testator diligebat: idem Bald. *d. l. si iur., C. de testam.* Et inter liberos, Valasc. *allegat. 61. n. 26.*

129 Quæstionis tamen est, an clausula codicillaris præsumatur scripta voluntate & mandato testatoris in testaméto; an verò de stilo Notarij, absque mandato testatoris? Communis sententia præsumit clausulam codicillarem in testamento scriptam voluntate, & mandato testatoris: ita Bart. & alij plures; quos referens sequitur Menoch. *cons. 37. n. 131. & 135. & 137.* Nec obest stilus Notariorum, & vsus qui solent clausulas codicillares inserere: adhuc enim præsumitur clausula scripta volente testatore; cùm ipse non repugnet scripturæ sibi lectæ, & publicatæ: Menoch. *d. cons. 37. n. 154. & sequent.* Atque ita non potest rationabiliter dici fuisse appositam contra mentem testatoris, ideò standum est illi clausulæ, quasi positæ voluntate illius: idē Menoch. *d. cons. 37. n. 127.* Quinimò si testamentum est conscriptum à Notario, præsumitur quòd fuerit rogatus à testatore, vt adhiberet omnes clausulas adhiberi solitas, & scriptas voluntate ipsius: idem Menoch. *d. cons. 37. n. 135. & lib. 2. præsumpt. q. 39. n. 4. & seqq. & lib. 4. præsumpt. 31. n. 4. & seqq.*

130 Porrò etiam quando clausula codicillaris non expressè adhibetur, præsumitur adhibita, si testator voces illos, quos summoperè diligebat: ita Bald. & alij plures relati à Gabriel. *in lib. 4. conclus. in tit. de testam. conclus. 5. n. 2.* Quibus accedit Gani. *in decis. 62. n. 27.* Cœph. *in cons. 194. n. 16. lib. 2.* Qui omnes in hoc casu intelligunt clausulam hanc codicillarem, solùm operari in legatis, vt illa debeantur, non verò quoad hæredis institutionem: ita Menoch. *lib. 4. præsumpt. 31. n. 17.*

131 Dubitatur tamen an clausula codicillaris, quæ in testamento subintelligitur, operetur fideicommissum; videlicet in testamento condito inter liberos: Crauet. negat *in cons. 34. col. 2. vers., sed præmissis.* Affirmat tamen Purpurat. *in cons. 5. n. 13.* dicens, in testamento non habente clausulam codicillarem, illam inesse censendum esse, ex eo quod apponi consuescat; atque præsumi suppleram, & hoc modo operari fideicommissum: sicque respondisse Pancirolum *cons. 95. in 1. dub.* tradit Menoch. *supra præsumpt. 32. n. 19.*

132 Quando verò testator confecto testamento addidit clausulam codicillarem, & obiit; & postea posthumus editus est lucem, qui decessit antequam hæreditas esset edita: ita quòd sit locus secundo gradui venientium ab intestato: In hoc euentu virtute clausulæ codicillaris fideicommissum non sustinetur; quia succedentes ab intestato, non censentur onerari scripto hæredi restituere: ita in specie vult Angel. Aretin. *in Instit. de Codicill. in princip.* per Gloss. singul. *in l. non instam, C. ad Trebell.* sequitur Iason. *in Authen. ex causa, in fin. C. de lib. præter.* contra Cagnolum *in d. Authen. ex causa, in fine*, dicentem, Gloss. illam *in l. non instam*, esse reprobatam: sed non plenè probat, vt vult Socin. sen. *cons. 152. col. 4. lib. 1.*

133 Multo fortiùs non operabitur clausula codicillaris fideicommissum ad vtilitatem hæredis scripti, quando testator post conditum testamētum, & post natiuitatem posthumi diu superuixit, declarauitque posthumum sibi hæredem esse: ita Angel. *cons. 164. col. vltim. vers. 2. casu principali*, Decian. *cons. 37. n. 23. & 24. lib. 1.* & alij quibus accedit Menoch. *cons. 498. tom. 5.*

134 Sed quid dicendum, quando pater scienter, vel ignoranter præterit posthumum in testamento habente clausulam codicillarem conceptam per verba de præsenti tempore, nimirum: Si non valet vt testamentum, volo vt valeat vt codicillus? In hoc euentu post natum posthumum testamentum omninò euanuit, nec vim habet codicilli: ita Bart. *in l. 1. q. 6. n. 10 ff. de iur. Codicill.* Bald. *in l. ex ea, §. 1. ff. de testam.* Castrens. *lib. 1. C. de posthum. hæred. instit.* & *in cons. 200.* Secùs quando clausula codicillaris concipitur per verba futuri temporis, scilicet; si non valebit iure testamenti, &c. Tunc enim consistuabitur fideicommissum per dictam clausulam, quādo est concepta verbo futuri temporis: quia in hoc casu præsumitur voluisse testatorem præstari legata, & restitui fideicommissum vniuersale. Menoch. *d. præsumpt. 32. n. 20. & 21.* valétque testamentum quoad institutionem hæredis non iure directo, sed iure fideicommissi, & veniens ab intestato censetur esse grauatus de restituendo hæreditatem hæredi per fideicommissum: ita Scribentes *in l. Filio præterito, ff. de iniust. & rupt. testam.* Roland. *cons. 7. n. 17. & 18. & infra n. 20. & 29.* vbi videtur contra.

135 Sed hoc videtur habere locum, quando testator præterijt filium, vel ascendentem, qui necessariò erat instituendus hæres, & instituit loco illius extraneum in testamento solenni cum clausula codicillari: tunc enim hæres necessarius, qui fuit omissus iniustè, censetur grauatus restituere hæredi extraneo reliquam hæreditatem, excepta legitima sua portione, in qua debebat institui, nimirum; in nostro Regno tenebitur restituere tertiam partem bonorum

bunorum defuncti: & in Regno Caſtellæ, Quintum, aut Tertium, ſi fuerit aſcendens, deſumptis inde legatis: ita Bart. & communis quam ſequitur Gomez, *in d.l.3. Tauri,n.*78. eò quia, teſtamentum illud poſita codicillari clauſula, habet vim codicilli, ac proinde hæres ab inteſtato per codicillum cenſetur per modum fideicommiſſi grauatus reſtituere hæredi extraneo illam portionem: filius autem, aut aſcendés præteritus, vltra ſuam legitimam portionem poterit detrahere vel legitimam ſuam, vel Trebellianicam, quam maluerit, ſi purè ac ſimpliciter fuerit grauatus, ita vt ſtatim reſtitutio ſit facienda: ſi tamen ſub conditione, putà ſi ſine liberis deceſſerit, aut quauis alia ſit grauatus, vel grauatus ſit reſtituere non illicò, ſed à certo die, ita vt portiones, non ſint ſimul neceſſariò extrahendæ; tunc qui fuit præteritus poterit deducere duas portiones, legitimam ſcilicet ſibi debitam ſtatim à morte teſtatoris, & poſtea Trebellianicam de reliquo hæreditatis, tempore reſtitutionis: Molin. *de iuſt.tom.*1. *diſp.*187.*pag.*1131.*verſ.licèt conueniat.* Ant.Gomez. *d.l.*3. *Tauri,n.*82.*verſ.tertia principalis.*

136 Ex dictis ſequitur, ſi teſtator voluit teſtari non adhibita ſolemnitate neceſſaria teſtamento, & non appoſuerit clauſulam codicillarem, teſtamentum non valere tamquam tale, neque vt codicillum, etiamſi in eo ſit ſolemnitas quam exigit codicillus: per *l.*1.*ff.de iur.codicill.* text. *in l.cohæredi,§. cum filia verſ.quæ ita,ff.de vulgar.& pupillar.* ſecùs de iure Caſtellæ: *l.*3.*Tauri,* quia eadem ſolemnitas requiritur in codicillo, quæ in teſtamento nuncupatiuo: longè aliter procedit in teſtamento in ſcriptis, in quo tam de iure communi, quàm Regio Caſtellæ, exigitur diuerſa ſolemnitas, & numerus teſtium in teſtamento, & codicillis: Quod limitandum eſt, præterquam ſi teſtator apponat clauſulam codicillarem, dicens, quòd valeat iure codicilli, ſi non valeat iure teſtamenti: text. *in l.fin.verſ.illud quoque, C. de codicill. l.illud, §.tractari, ff. de iur.codicill.*

137 Tacitè etiam in aliquibus caſibus cenſetur appoſita ex præſumpta voluntate teſtatoris; eſto, id non exprimatur: Primus eſt quádo teſtator ait, quòd valeat ſua diſpoſitio omni meliori modo, quo poteſt: text. *in l.penult.§.fin.ff.de legat.*2 & *ibi* Bart. & Bald. Secundus caſus, quando in teſtamento apponitur à teſtatore iuramentum, iurante velle omnia ibi contenta ſeruari, vel iubente hæredem iurare, quòd omnia ibi contenta ſoluat, & adimpleat: text. ſingul. *in l.cum pater,§.filius matrem,ff.de legat.*2.& *ibi* Bartol. & Alberic. Tertius caſus, ſubintelligitur clauſula codicillaris in teſtamento militis, vt diximus: Mantic. *de coniectur. vltim.volunt.lib.*1.*tit.*9. *per totum.*

138 Inter effectus clauſulæ codicillaris primo loco fit mentio, quando teſtamentum deficit ratione ſolennitatis, tunc virtute illius clauſulæ, quamuis inſtitutio non valeat, valent cætera in eo relicta, quia valet vt codicillus. Quòd ſi non valet, quia nec formaliter, nec virtualiter clauſula codicillaris interuenit, etiam legata in eo relicta non ſuſtinentur, neque hæres ab inteſtato ſuccedens obligatur ad ſoluendum.

139 Cæterùm ſi teſtamentum ſit nullum ex præteritione hæredis omninò neceſſarij, ſine iuſta cauſa, in hoc caſu eſt inualidum: etiamſi ſit appoſita clauſula codicillaris, quoad hæredis inſtitutioné, non tamen quoad legata; vt habetur *in Auth.ex cauſa,C de liberis præterit.* Non enim in hoc euentu legata vel etiam fideicommiſſa concidunt, teſtamento ex cauſa, vel præteritionis, vel exhæredationis, nullo: Iul.Clar.§. *Teſtamentum*, q.52. Steph.Gratian. *diſcept. forenſ. c.*398.*n.*6.*cum ſequent.* tamen non conſeruantur legata relicta filio præterito; vel exhæredato, qui patris teſtamentum annullauit: Gomez. *l.*24. *Tauri, n.*3. *verſ.ſecundo principalis*, & Ceuall. *commun.contra contra commun. q.*503. *per totam.*

140 Secundò ſi teſtator non habeat hæredes neceſſarios, & inſtituat hæredem extraneum in teſtamento minùs ſolenni, quod habeat ſolennitatem codicilli; tunc ſi ſaltem virtute ſubintelligatur clauſula codicillaris; inſtitutio hæredis directa ſubit vicem fideicommiſſi, vt dictum eſt, & hæredes ab inteſtato ſuccedentes debent reſtituere hæreditatem hæredi extraneo, detracta ſibi quarta Trebellianica: ita deducitur *ex l.poſthumus,§.ſi paganus,ff.de iniuſt.rupt.* Gomez *in d.l.*3. *Tauri,à n.*76.

141 Tertiò ſequitur ex clauſula codicillari per verba temporis futuri, quod ſi poſthumus ſit præteritus à teſtatore ignoranter, difficultas eſt an clauſula codicillaris operetur, vt teſtamétum tranſeat in codicillum? Negat Bart. *in l.*1.*q.*8.*ff de iur.codicill.* ſequitur Bald. *in l. qui filiabus,de legat.*1. *& in l.ſi totas,C. de inoffic donat.* Aretin. *in conſ.*24.*col.*1. *& conſ.fin.* vbi in fine vocat hanc opinionem communem: Gabriel. *de clauſul. lib.*6. *concl.*8. *n.*6. vbi in vtramque partem rem diſputat.

142 Contrariam tamen opinionem aſſerentem clauſulam codicillaré operari fideicommiſſum, conceptam per verba futuri temporis, in hoc caſu, tradit idem Bartol. *in l.qui filiabus, in fine,ff.de legat.*1.& *ibi* Imola, & Alex. *in fine*, & Bald. *in d. l.*1.*ff. de iur. codicill.* ſequitur Bertrand. *in conſ* 290. *col.*7. *vol.*3. & dicit eſſe communem *in conſ.*130. *& conſ.*195. *volum.* 1. & Iaſon *in d. Authent. ex cauſa,col. penult.* dicens eſſe magis communem, etiam quando teſtator poſt natum poſthumum non habuit tempus mutandi teſtamentum. Quinimò Oldrad. *in conſ.*149. *13 dub* indiſtinctè tenet clauſulam codicillarem, etiam ſtante præteritione poſthomi, operari: quorum ſententia multis placet; quam etiam ſequitur Ceuáll. *commun. contr. commun. quæſt.*180. ſubdens, non eſſe recedendum a prima opinione, quæ eſt verior, & in ſcholis magis recepta.

143 Opinio tamen prima Bartoli, procedit, quando legata tot eſſent, vt non eſſet veriſimile patré tot legata fuiſſe relicturum, ſi ſenuiſſet poſthumum ſibi naſciturum; alias ſecùs: vt per Aret. *in l. Titium*,& *ibi* Bald. *in princip. col.penult. & fin.ff. de liber. & poſthum.* & Corneus *in conſ.*158 *n.*25. *vol.*2. Non eſt tamen negandum, opinionem primam Bartoli poſſe procedere, ſi legata eſſent ad pias cauſas, vel pro exoneratione conſcientiæ; quia illa legata conſeruantur etiam poſthumo præterito, ſi interueniat clauſula codicillaris: ita Bart. *in conſ.* 204. Corne. *in conſ.*158.*col.*7. *vol.*2. Paulus de Caſtr. *in conſ.*200.*vol.*1. *col.*2.

144 Quartò ſequitur ex clauſula codicillari, ſi pater teſtetur ſolemniter inter liberos, & aliquem illorum prætereat, aut exhæredet iniuſtè, in hoc euentu, virtute illius clauſulæ filios, quibus hæreditas relinquitur, cenſeri melioratos in bonis, de quibus pater poteſt liberè diſponere, non ſolùm inter liberos, ſed etiam inter extraneos: filius autem præteritus, aut exhæredatus, tenetur ſibi reſeruare ſuam legitimam portionem, & cæteris vltra legitimas relinquere quidquid remanſerit de bonis paternis: Anton. Gomez. *in d.l.*3. *Tauri, num.*86. *verſ. quartus effectus*, & Molin. *de iuſtit., diſputat.* 132. *pag.* 720. ſed de hoc clariùs *ſuprà, num* 135.

145 Quando autem teſtator habens filium iam natum, apponat clauſulam codicillarem in fauorem aliorũ inſtitutorum, ita quòd deficiente teſtamento

voluerit

voluerit filium iam natum in fauorem instituto-rum grauatum esse: tunc apposita clausula codicillari, multo magis præsumitur voluisse onerare posthumum nasciturum: ita Bart. *cons.* 204. *vol.*... Alex. *cons.* 50. *col.* 3. *in* 2. *solut. vol.* 6. *& cons.* 102. *col.* 3. *in* 2. *solut. vol.* 3.

---

§. V.

Vtrùm testamentum ex defectu solennitatum nullum, sustineatur in foro conscientiæ?

EPITOME.

146 *Testamentum nullū ex defectu solennitatis si constet de voluntate testatoris, an valeat in foro conscientia? Vtraque pars disputatur, & concluditur esse validum in foro animæ, & n.* 147.

148 *Vtrum liceat scienti voluntatem defuncti in minus solenni testamento retinere sibi relicta, n.* 149. *&* 150.

151 *Electio quæ iuri naturæ consentit an sit valida ex defectu iuris solennitatis.*

152 *Vtrum relicta in minus solenni testamento possint retineri in foro iudiciali.*

153 *Testamentum minus solenne non esse omnino irritum in vtroque foro ostenditur.*

154 *Qui ex minus solenni testamento bona fide possidet relicta, in dubio æqualè de voluntate testatoris potest retinere sibi relicta.*

155 *In foro conscientiæ opinio negans standum esse voluntati testatoris, non est satis tuta.*

156 *Vtrùm leges habeant vim annullandi testamenta, & auferendi successoribus ab intestato, quæ sibi debentur.*

157 *Heredi scripto in minùs solenni testamento, an debeatur naturaliter hæreditas? Pars affirmans ostenditur, sed oppositum est probabilius.*

158 *Heres si dicat testatorem voluisse vt hæreditas tradatur alteri, potest cogi in foro externo vt restituat hæreditatem; vel si iurare noluerit, parti id petenti.*

159 *Contractus, & donationes ex defectu solennitatis sunt nulla; non propterea sunt irrita in foro conscientiæ.*

160 *Contractus, & actus, quibus deest solennitas non inducunt obligationem naturalem, nisi alibi explicetur in iure.*

146 QVæstio est quando testamentum fuit nullum ex defectu, vel testium, vel alicuius solennitatis, & ita nullum perinde ac si non esset cōfectum; tunc ambigitur, an possit hæres institutus conscius voluntatis testatoris, tenere sibi relicta in eo testamento in foro conscientiæ, & occupare illā, & occultare defectuosum testamentum licitè? Molin. *de restit.* 9. *q.* 23. Syluest. *verbo, hæreditas,* 3. *q.* 7. & Adrian. *quodlibet.* 6. *conclus.* 2. volunt hoc testamentum esse validum in foro conscientiæ, modò constet eam fuisse voluntatem testatoris. Probatur, quia ex sola voluntate testatoris expressa in minùs solenni testamento oritur obligatio naturalis, & stando in solo iure naturali, ea sola voluntas sufficit ad transferendum dominium: ergo quando de veritate constat in foro conscientiæ, locum non habent leges ciuiles, quæ propterea irritant testamenta minùs solemnia ad vitandas fraudes, quæ non procedunt quando constat de mente testatoris.

Secundò fulcitur, quoniam seclusa lege humana exigente eas solemnitates, vt testamentum sit validum; testamentum illud est sufficiens ad trāsferendum dominium: quia nihil tam potens est, ac consonum naturali æquitati, quàm voluntas domini volentis rem suam in alium transferre: igitur non obstante defectu solemnitatis, cùm constet mentem testatoris fuisse hæredi relinquere bona sua, potest illa occupare, & retinere: nam quod naturaliter debetur in iudicio animæ soluendum est necessariò: ita Bart. *in constit. ad reprimend. verbo, denunciationem,* Abbas *in cap. quia plerique, de immunit. Eccles. col. penult.* Anchar. *in regul. possessor, de regul. iur. in* 6. *q.* 1. idem Abbas *in cap.* 1. *de in integr. restit. ad fin.* & *in cap. cùm esses, de testam. n.* 10. *&* 15. idem Bart. *in tract. Minoric. c.* 3. Iason *in l. si non sortem, in princip. ff. de condict. indeb.* & Tiraquel. *post leges connubiales, gloss.* 2. *n.* 21. Ex quibus standum esse semper defuncti voluntati constat; quamuis testamentum, si ius aspicias, irritum sit.

147 Contrariam opinionem, videlicet non esse standum voluntati defuncti in minus solenni testamento, vult Couar. *in cap. cùm esses, de testam. n.* 6. non solùm in foro externo, sed etiam in foro animæ: idem 2. *p. regul. peccatum,* §. 3. *n.* 8. Gom *add.* 3. *Tauri, n.* 122. *&* 123. ex D. Thom. 2. 2. *q.* 96. *art.* 4. dicente leges humanas conditas ab habente potestatem ex iusta, & rationabili causa super rebus temporalibus, & super certo disponendo ligare & obligare subditos etiam in foro conscientiæ. Idem volunt Bald. & Alex. *in l. penult.* §. *illo C. de necess. ser. hæred. instit.* idem Bald. *in l. cùm quis, C. de iur. & fac. ignor.* Anchar. *in regul. possess. de regul. iur. in* 6. *col.* 7. Iuuat Gloss. singularis, & vnica *in cap. quæ in Ecclesiarum, de constitut. in gloss.* 1. Ex eo, quia leges iustè factæ authoritate diuina videntur editæ per suos Ministros, vt *in cap. quo iure,* 8. *dist.* & *in cap. fin.* 16. *q.* 3. secundum quos, scientes voluntatem testatoris liberam fuisse in re sibi relinquenda, nequeunt eam recipere, neque retinere, si testamentum non habuit omnes iuris solennitates necessarias, vt esset firmum; ac proinde posse hæredes ab intestato licitè rem ita relictam alteri in foro iudiciali exigere.

148 Inter vtramque opinionem datur media, quæ tenet licitum esse cuique scienti voluntatem defuncti eam fuisse, quæ in minus solenni testamento declaratur, retinere relicta sibi in eo testamēto: & cōsequenter fas esse huiusmodi defectum testamenti reticere, & dissimulare, poteritque hæreditatem retinere tutus in foro conscientiæ: præsertim si hæredes ab intestato eum non molestauerint. Quæ opinio est communis, teste Ripa *in l. nemo potest, n.* 99. *ff. de legat.* 1. & vult Capic. *in dec.* 89. *n.* 3. Hæc autem resolutio non placet Claro, §. *Testamentum, q.* 90. *n.* 6. credens hæreditatem in minùs solemni testamento non deberi hæredi naturaliter, nec ciuiliter; maximè si esset in mala fide, quia scilicet habuit scientiam nullitatis testamenti: quare ante factum non audet pro hac parte consulere, bene tamen post factum; vt excuset hæredem scriptum à restitutione hæreditatis acceptæ: præsertim si est in bona fide.

149 Tenendo igitur primam opinionem fas est hæredi ab intestato, cum solemnitatis defectum intelligit, rem in iudiciali foro exigere: quam opinionem sequuti sunt Alex. & alij quos referens sequitur Couar. *in d. cap. cùm esses, de testam. n.* 10. *&* 2. *part. regul. peccatum,* §. 3.

150 Tenendo tamen eandem in foro conscientiæ; qui certus est de voluntate testatoris, remoto scandalo, non tenetur ad rem restituendam quando non exigitur: quia in foro conscientiæ standum est

veritati

veritati potiùs quàm præsumptioni. Itē quia leges seculares contra minus solemne testamentum, non sunt latæ, nisi vt non fiant fraudes dumtaxat; ideò intelligendæ sunt de foro externo, vbi possunt esse fraudes; & nequaquam in foro conscientiæ, vbi veritati statur. Quòd si respondeas leges potiùs esse latas, ne testatores negligant solemnitates conuenientes ad fraudes cauendas? Adhuc viget argumentum; quia ad eundem finem satis est testamentum minùs solemne in foro iudiciali esse censendum, atque succedere posse vt suamet vltima voluntas inualida iudicetur, bonaque sua ad eos, quos non nouit, & fortè ad eos, quos minus voluit, deuoluantur.

151 Accedit ad confirmandam primam opinionem authoritas Innocentij III. *in cap. quod sicut, de election.* dicentis electionem, quæ iuri naturæ consentit esse validam, quamuis non fuerint obseruatæ iuris solennitates, quantumcumque in iudiciali foro possit rescindi: ita interpretatur Innoc. IV. non tantùm super *eod. cap. quod sicut*, sed etiam *in cap. quia propter*, & *cap. in Genesim, de election.* & *cap. si celebret, de cleric. excommun.* Alex. VI. huic fauet *in cap. cum esses, de testam.* vbi prohibet Iudicibus saltem Ecclesiasticis, ne minùs solemnia testamenta facta coram Parocho & duobus testibus rescindant: ergo non erant prorsùs irrita.

Confert doctrina deducta ex legibus etiam ciuilibus pro hac parte: nam ex *l. fideicommissum C. de condict. indebit.* & ex *l. cùm quis, de iur. & fact. ignorant.* Ostenditur legatum seu fideicommissum in minùs solenni testamento relictum, si ab hærede ignorante soluatur, non posse ab ipso hærede repeti: ea scilicet conditione, quia naturaliter ex minùs solemni testamento debitum est. Est enim regula iuris, id quod naturaliter est debitum, si per iuris ignorantiam soluatur, repeti non posse in iudiciali foro: per *l. naturaliter, ff. de condict. indebit.*

152 Ex quo fatentur communiter Iurisperiti per minùs solemne testamentum relicta non solùm in foro cōscientiæ retineri à Legatario, sed etiam in foro iudiciali per exceptionem defendi posse: Costa *in cap. si pater, super verba: en suo testamento:* Gam. *decis.* 148. *n.* 1. & 2. & quamuis prædictæ leges solum de legatis, & fideicomuissis expressè loquantur: vnde Iurisperiti communiter negant similem defensionem hæreditatis competere hæredi instituto per minùs solemne testamentum: prout notat Iul. Clar. *d. q.* 90. Nihilominus retentionem talis hæreditatis in foro conscientiæ licitam esse volunt communiter Doctores: teste Couar. *vbi supra*, post alios: idque à fortiori colligi potest ex fundamento ipsarum legum, cùm id tanto magis contrarium sit vltimæ voluntati defuncti, tantùque difficilior possidenti hæredi abdicatio, quanto legatis hæreditas præponderat regulariter, & ea de causa pro foro externo maior solemnitas in hæreditate exigitur.

Ad hæc, quòd non sit prorsus irritum testamen-
153 tum minùs solemne, patet omninò ex *§. vltim. si quis autem, eiusdem l. hac consultissima, C. de testam.* quæ contra superiora allegatur: & patet ex *Instit. de fideicommiss. §. vltim.* vbi Iustinianus, ibi: *Si testator fidei sui hæredis cōmisit, vt vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat, & neque ex scriptura, neq; ex testium numero possit res manifestari; &c.* tunc *si hæres adimplere fidem recusat, negando ita rem esse subsequutam,* cogitur talis hæres *vel iuramentum subire, quod nihil tale à testatore audiuerit,* vel si iurare recuset, *ad fideicomm. solutionē debet coarctari.* Sic ille.

Item quoad solutionem debiti, similis est decisio per Ordinationem Lusitanam *lib.* 3. *tit.* 59. *§. Porem.* Sed obiicitur, quia si minor vel pupillus vendat, aut alienet sine authoritate tutoris, alienatio est omninò irrita, quia contra leges; ergo eodemmodo testamentum minùs solemne. Respondetur diuersam esse rationem: nam illa alienatio ideò est omninò irrita, quoniam talis pupillus inhabilis est, atque in nullo foro potest alienare: è contrario autem venit in testatore.

Sed quid si is, qui ex minùs solemni testamento, 154
aut contractu, rem bona fide incipiat possidere, & postea constituatur in dubio æquali de vera voluntate testatoris; tenebiturne rem restituere ita possessam, antequam iudicialiter exigatur? Syluester *verbo, hæreditas,* 3. *§.* 7. *n.* 9. inclinat in partem affirmantem: quia in dubio, in pari, standum est legibus. Nihilominus plures leges, & expressiores sunt, quæ fauent testamento, vt patet ex *supra dictis.* Et ita pars negatiua est prorsus probabilior. Cui etiam suffragatur *l. Miluis, ff. de testam. milit.* Et ratio euidens est, quia in dubio æquali melior est conditio possidentis.

Tenendo igitur secundam opinionem, quæ ne- 155
gat in foro conscientiæ standum esse voluntati testatoris in minùs solemni testamento; dicendum est, Principem, seu Rempublicam habere potestatem condendi leges, quæ reddant irrita, & nulla testamenta, aut contractus quibus defuerint solemnitates, quas iudicauerint expedire, vt patet *ex l. hac consultissima, C. de testamentis,* vbi sic dicitur: *non subscriptum à testibus & non signatum testamentum pro infecto haberi conuenit:* & *§. sequenti, ex imperfecto testamento voluntatem tenere defuncti non volumus.* Item in *l. ex imperfecto, C. eodem tit.* rursùs dicitur: *Ex imperfecto testamento neque Imperatorem hæreditatem vindicare:* esto, in eo hæres sit institutus. Cum ergo leges humanæ iustæ obligent in foro conscientiæ, nec fundentur in præsumptione; illis standum est: nec enim potest negari per eas fieri testamenta. Nec obest iure naturali, & gentium, satis esse duos, vel tres testes, vt testamenta minus solemnia credamus esse vera: Quoniam est præsumptio in contrarium, quando aliter testator facit testamentum, quam sibi lege est præscriptum.

Ergo si leges habent vim annullandi testamen- 156
ta, & auferendi hæredi scripto sibi relicta, necessariò sequitur teneri hæreditatem possessoribus ab intestato restituere, quæ accepit ex testamento minùs solemni: ita Rayner. *in repet. l. Omnes populi ff. de iust. & iur. col.* 14. *n.* 25. Bald. *in disp. sua, incipiente: Statuto cauetur, quod fænerator.* Iuuat sanctus Thom. 1. 2. *q.* 96. *art.* 4. Nec refert facultas testandi de iure naturali, vel Gentium: Quia est de iure positiuo respectu formæ, & potest lex humana addere, detrahere, distinguere, & adiuuare: ita Abbas *in cap. fin. de consuetud.* & *ibi* communiter DD. & tenet Bartol. *in l. omnes populi, ff. de iust. & iur. col.* 8. proinde hæres institutus coram duobus testibus non est tutus in conscientia retinendo supradicta: quia solemnitas, in qua potest figere pedem, mutata est per legem positiuam: aliter enim teneretur fateri successores ab intestato non posse esse hæredes, & teneri in conscientia restituere hæredi instituto; quia si viget solemnitas iuris Gentium, ergo successores nequeunt habere illa bona in conscientia, Gomez. *in d. l.* 3. *Tauri, ex n.* 122. *post alios*, vbi hac de re latissimè.

Iuuat denique hanc partem, non deberi hæredi 157
scripto in minùs solemni testamento hæreditatem naturaliter, & ideò non posse, neque ad illam consequendam

sequendam

ſequendam intentari aliquam actionem; neque ſi illam poſſideat, retinere ope alicuius exceptionis, ſed teneri illam reſtituere hæredibus ab inteſtato, ſi illam petant: ita Iaſon *in d. l. nemo poteſt, ff. de legat. 1. in 2. lectur. n. 75.* & *ibi* Ripa *n. 202.* & Bertrand. *conſ. 212. n. 21.*

Nihilominus oppoſitum eſt probabilius in foro conſcientiæ, validum ſcilicet eſſe teſtamentum, & licitè retineri, quod ex tali teſtamento poſſidetur, ſiue titulo hæreditatis, ſiue legati: quia, ex communi ſententia, ex minùs ſolemni teſtamento oritur obligatio naturalis: vt tradit Gloſſ. *in l. 1. gloſſ. 1. ff. de condict. indebit.* Bald. *in l. ſi poſt diuiſionem factis, in fin. C. de iur. & fact. ignorant.* & alij quos refert Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. 90. n. 1. lit. A.* & Iaſon *in l. cum quis, C. de iur. & fact. ignorant. n. 13.* nec non Couar. *cap. 10. de teſtam. n. 10.* Atque hoc qui dicit fatetur teſtamentum tale eſſe validum in foro animæ, itaut hæres ab inteſtato debeat ſatisfacere inſtituto, & inſtitutus poſſit petere, & retinere relictum in illo; quamuis ius ciuile non concedat actionem ex eo, ſicut non concedit ex promiſſione ſimplici, quæ tamen in foro conſcientiæ debet impleri.

Nec iuuat contra, quod tradit Couar. Iuriſperitorum opinionem eſſe accipiendam de obligatione naturali remiſſa, obligante tantùm ex honeſtate morali; cùm debeat intelligi de obligatione naturali ſtricta, quæ præciſo omni iure poſitiuo manat ex natura actus, & non reſcinditur à iure poſitiuo ſuperueniente. Ex quo ſequitur, quando dicitur ex eo teſtamento minùs ſolenni oriri obligationem naturalem, idem eſt, ac ſi diceretur oriri ex eo obligationem iuſtitiæ: quod patet ex eo, quod traditur à Iuriſperitis, qui decidunt hæredem ſuccedentem ab inteſtato, teneri in foro conſcientiæ reſtituere hæreditatem inſtituto in eo teſtamento, poſſéque retinere ſibi in eo relicta: Angel. *verbo, hæres, numer. 5.* Adrian. *quodlib. 6. art. 1. illation. 2.* & Sot. *lib. 4. de iuſt. q. 5. art. 3.* dum volunt ex tali teſtamento poſſeſſa non eſſe reſtituenda, priuſquam per ſententiam præcipiatur: vnde colligitur Legiſlatorem noluiſſe in foro conſcientiæ huiuſmodi teſtamenta fuiſſe nulla, ſed tantùm in foro externo, vt non detur actio.

158 Quinimò ſi hæres ſuccedens ab inteſtato fateatur teſtatorem voluiſſe, vt hæreditatem nomine fideicommiſſi traderet alicui, aut legatum aliquod redderet; poteſt cogi in foro externo hæreditatem reſtituere: idem dicendum, ſi iurare noluerit parte petente: poterit tamen in hoc caſu reſeruare ſibi Quartam Trebellianicam: Molin. *de iuſt. diſp. 81. pag. 494.* Leſſ. *lib. 2. cap. 19. dub. 3. ex num. 12. vſque ad num. 20.* Sà *in ſumm. verbo, Teſtamentum, num. 2.* ſufficit enim conſtare de voluntate teſtatoris.

159 Et quamuis quæ dicta ſunt de ſolennitate teſtamentorum, aliqui extendant ad contractus donationis beneficiorum, & officiorum collationes, electiones, & ſimiles actus, qui vt valeant ex iure ciuili, & canonico; quaſdam ſolennitates exigunt, ſi defectu ſolennitatum laborent, & decernantur inanes propter talem defectum; non propterea ſunt irriti in foro conſcientiæ: vt fatetur Couar. *ſupra, numer. 10.* per Adrian. *quodlib. 6. artic. 1. illation. 2.* Tabien. *verbo, hæres, n. 5.* Lopes *1. part. inſtruct. cap. 14.* Eò quia contrahentes ſunt per ſe habiles, & adeſt plenus eorum conſenſus: ergo contractus erit validus in foro conſcientiæ, excepto matrimonij contractu, qui eſt irritus ſine Parocho & teſtibus: ex Concil. Trident. *ſeſſ. 24. cap. 1. de reformat.* reddente contrahentes inhabiles ad ita contrahendum: excepta ite[illegible] ad Prælaturam, etiamſi legitimum [illegible] gium eligentium; quia eſt irrita defec[illegible] nitate requiſita ob momentum rei, ideoque [illegible] la: quia iuriſdictio ſpiritualis per eam tri[illegible] de[illegible] Quæ ſententia eſt valde probabilis, & in praxi [illegible] cepta, neque per illam acquiſita ſolent reſtituere ante ſententiam.

Cæterùm indiſtinctè multis, authoritatis non 160
contemnendæ, magis placet, ſimiles contractus, & actus quibus deeſt ſolennitas, ſine qua lex illos irritat, non inducere obligationem naturalem, niſi alibi explicetur iure, illam ſolùm ſolennitatem eſſe neceſſariam ad probationem in iudicio, quemadmodum in teſtamentis. ita Couar. *in cap. quamuis pactum, p. 2. §. 4. n. 7.* & Sarmient. *de reditib. part. 1. cap. 2. num. 3.* Quoniam non eſt dubium poſſe Poteſtatem ciuilem, & Eccleſiaſticam actus illos reddere nullos, ita vt nullius ſint momenti: ergo actus & contractus tales, etiam ante ſententiam nullam vim habent, neque obligationem etiam naturalem. Item quia quando lex propter defectum ſolennitatis facit eſſe contractum irritum, facit ſolennitatem eſſe de forma ſubſtantiali, & eſſentiali contractus, & abdicat poteſtatem contrahentibus aliter ſe obligandi: Leſſ. *lib. 2. de Iuſtit. cap. 17. numer. 56. & dub. 8. num. 61.* vbi id exemplis probat.

---

§. VI.

De ſubſtitutione pupillari, & de ſucceſſione filiorum ab inteſtato, & de ſubſtitutione exemplari.

EPITOME.

161 *Subſtitutio pupillaris quæ ſit, & quomodo fiat?*

162 *Et quo iure fuerit introducta.*

163 *Subſtitutio pupillaris non valet niſi filius ſit in poteſtate.*

164 *Auus, & mater an poſſint facere pupillarem ſubſtitutionem.*

165 *Mater non poteſt facere pupillarem ſubſtitutionem.*

166 *Subſtitutio pupillaris dicitur teſtamentum pupilli, & cur.*

167 *Subſtitutio pupillaris quibus verbis fiat.*

168 *Subſtitutio pupillaris extinguitur per natiuitatem filij, ſi fortè impubes filium creet?*

169 *Subſtitutio pupillaris per natiuitatem poſthumi expirat: ſed hoc non caret ſua contradictione.*

170 *Filia inſtituta in re certa, ſi teſtator filium pupillum inſtituat in reliquis bonis, & filiæ ſubſtituat, an ſit expreſſa ſubſtitutio pupillaris.*

171 *Teſtator ſi dicat, ſi filius meus in pupillari ætate mortuus fuerit, bona mea reſtituantur Paulo, non eſt expreſſa pupillaris; ſed fideicommiſſaria.*

172 *Pupillaris ſubſtitutio expreſſa eſt: ſi filius meus impubes ſine liberis moriatur, ſubſtituo Caium, & n. 173. & 174.*

175 *An in ſubſtitutione facta filiis, & deſcendentibus intelligatur conditio, ſi ſine filiis deceſſerint.*

176 *Secus quando ſubſtitutio eſt vulgaris.*

177 *Substitutio exemplaris habet tacitam conditionem si sine liberis decesserit: Idem in substitutione fideicommissaria.*
178 *Substitutio facta nedum filio, sed filiis filij an valeat? Ostenditur pro utraque parte.*
179 *Substitutio an fieri possit venienti ex testamento, & venienti ab intestato.*
180 *Pater an possit substituere filio expresse non instituto, & qualis erit hac substitutio.*
181 *Substitutio exemplaris quid sit, & quibus personis fieri possit.*
182 *Substitutio exemplaris differt a pupillari, cum possit fieri post pubertatem tum a patre, quam a matre, altero deficiente.*
183 *Substitutio exemplaris potest fieri filio naturali, & quando, non autem a patre, & cur?*
184 *Substitutio exemplaris in quibus differat a vulgari?*
185 *Substitutio exemplaris in quibus differat a reciproca substitutione, & a compendiosa.*
186 *Nata ex vidua post duos menses iterum nubente, cuinam succedet, priorine marito, an posteriori.*
187 *Filio ita nato an possit substitui pupillariter a patre incerto, & n. 188.*
189 *Utrum legatum per incertitudinem vitientur, quando sunt duo monasteria eiusdem nominis, & nesciatur cui relinquatur.*
190 *Parochiano habente duas Ecclesias relinquente aliquid suæ Ecclesiæ, cuinam debeatur.*
191 *Duobus, facta pace, promittentibus eam servare, si postea se offendant, & ignoretur uter eorum prior pacem fregerit, quis punietur.*

161 Substitutio pupillaris, de qua hoc loco, est qua quis filio, seu nepoti impuberi in sua potestate constituto aliquem substituit, ea de causa, quia ante pubertatem, cùm nemo possit testari, parens directè substituendo ei hæredem, non solum si ante pubertatem decedat, bona illius pupilli, quæ à patre obtinuerit, sed etiam alia ad substitutum pervenient, eo modo, quo ipsemet potuisset, si testamentum fecisset, relinquere: habetur *in §. igitur, Instit. de pupill. substit.* per hæc verba: *In pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamēta, alterum patris alterum filij, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset*: ita Lancelot. Polit. *de substit. pupill. c. 2. n. 1.* Gulielm. *in c. Raynunt. de testam. tit. de pupill.* Molin. *de iust. tract. 2. disp. 184.* Gomez. *tom. 1. variar. c. 4.* Couar. *in d. cap. Raynunt. §. 5.* vbi omnes tradunt, substitutionem pupillarem esse secundam directam institutionem factam à patre in testamento filio impuberi in sua potestate existenti sub eadem conditione, si filius in pupillari ætate decesserit.

162 Quo autem iure pupillaris substitutio fuerit introducta, anceps est quæstio. Aliqui tamen credunt consuetudine, & moribus fuisse inductam; sed melius censent, qui dicunt secundum regulas iuris fuisse introductam; est enim & honor, & vtilitas, decedere cum testamento: *l. si pupillus, de acquirend. hæred. & l. & quia interrogat. action.* Ideò cum filius ob defectum ætatis non gaudeat hoc honore, & vtilitate, integrum est patri testari hoc modo pro filio, qua pater, & filius, dum est in potestate patris, iudicatur vna & eadem persona: *l. fin. C. de impub.* & voluntas vnius, alterius dicitur voluntas: *§. ex qui, Instit. de inutilib.* Bart. *in l. frater à fratre, de condict. indebit.* & hoc modo testamentum confectum à patre, à filio factum dicitur: *l. patris & filij, ff. de vulgari, §. igitur, Instit. de pupill.* fuisse autem inductam substitutionem pupillarem secundùm iuris regulas, est Bart. *in l. humanitatis, C. de impub. & in l. ex facto, n. 11. de vulg.* sequitur Galiaul. *in l. centurio, de vulg. num. 175.*

163 Ex quo sequitur non valere substitutionem pupillarem, nisi filius sit in potestate; ita quod extraneo non potest fieri substitutio pupillaris: *§. extraneo, Instit. de pupill. l. 2. de vulgar.* Si pater tamen bona sua in testamento post mortem filij impuberis diuidat inter institutos per Quotas, intelligitur fecisse pupillarem substitutionem, cùm disposuerit de omnibus bonis: Bartol. *in d. l. Centurio, n. 36.* & Ripa *n. 135.* Iason, *n. 48.* Galiaul. *n. 444.* & Decius *cons. 572. n. 6. vers. tertio.* Quinimo substitutio pupillaris filio exhæredato fieri potest: *l. 1. §. substituere, et l. de vulgar. l. 6. tit. 5. partit. 6.* Gloss. *in §. non solum, verbo, ad substitutum, Instit. de pupill.* Secùs dicendum de filio naturali: *l. 3. de his qui sunt sui,* cùm non sit sub potestate patris; ita Scribentes *in l. 2. de vulgar.* Et est communis, teste Antonio Fumeo *de substit. pupill. n. 37.* Mantic. *de coniectur. lib. 5. tit. 9. n. 4.* Spin. *gloss. 23. n. 8.*

164 Quæstionis est de auo, & de matre, an possint facere pupillarem substitutionem? Quoad auum respectu nepotis, non potest fieri pupillaris substitutio, vbi nepos non fuerit sub potestate aui, vt tradit Gregor. Lop. *l. 5. tit. 5. p. 6.* ibi, & Anton. Gomez. *l. 40. Tauri, in princip. & 1. variar. c. 4. n. 2. versic. ergo nepos,* vbi ait, non esse in potestate aui: ve in *§. 1. & per totum, Instit. quib. mod. ius patria potestat. solvit.* Contra verò si nepos sit natus filio deiponsato, nondum tamen velato, tunc auus potest ei substituere quia de iure communi est in eius potestate: Idem de iure Regio Castellæ, quia lex illa *Tauri* pro forma exigit quod sit natus ex filio coniugato, & velato: vnde aliàs sicut de iure communi, manet in potestate aui; quod tamen intelligitur mortuo filio, dum auus est superstes, quoniam alias nepos recidit in potestatem patris, ac proinde non potest auus illi pupillariter substituere; quia deest qualitas, quæ debet adesse tempore quo fit substitutio: nec sufficit quod postea interueniat: *l. ad essum §. 1. de testam.* præterquam quia lex resistit facienti pupillarem substitutionem ei, qui non est in potestate: Spin. *in suo specul. gloss. 23. princip. ex n. 14. cum sequent.*

165 Quoad matrem certi iuris est, cùm non habeat filios in potestate, non posse facere substitutionem pupillarem, prout tenet Bartol. *in l. 2. de vulgar. numer. 7.* Bald. *consil. 129. vol. 1.* facit text. *in §. cæteri, Instit. de hæred. qualitat. l. itidē, §. ad testam. de contr. tabul.* Vide *supra, lib. 2. disputat. 3. §. 1. numer. 4.* vbi dictum est de iure communi, nec matres, nec auias habere patriam potestatem.

Sed contra obest textus difficilis, in quo intelligendo torquentur Scribentes, scilicet, *in l. Si mater, de vulgar.* vbi mater dicitur posse facere substitutionem pupillarem: Sed dicendum est non pupillarem, sed vulgarem substitutionem, quæ valet, cùm vtile per inutile non vitietur: vnde Bald. & Paul. *in d. l. si mater, de vulgar.* intelligunt, quòd ibi mater fecit vulgarem, & pupillarem simul; & quamuis pupillaris non valeat, valet tamen vulgaris; & vtile per inutile hoc casu non vitiatur. Alij tamen, vt Polit. *tit. de pupill. n. 27.* volunt illum textum esse legendum, *Si pater*, non verò, *Si mater.*

Porrò substitutio pupillaris, dicitur testamentum pupilli; tamen scilicet, vt pater prouideat, & consulat filio, qui testari non potest: *l. 2. ff. de de vulgar. & pupill.* Quæ ratio locum habet vsque ad plenam pubertatem: præsumendum est ergo vsque ad illud tempus voluisse patrem substituere 166

substituere, & ideò nequit testator vltra pubertatem substituere; citra verò, posse: vt patet *ex l. ex facto, §. item quero, ff. de vulgar.* per hæc verba: *Omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis huius pubertas est.* Iason *in l. si ita quis substituerit, ff. eod.*

167 Constabit item substitutio pupillaris, si testator his verbis vtatur: instituo Paulum filium meum impuberẽ, & si ipse hæres fuerit, & mortuus ante pubertatẽ, ei pupillariter substituo Sempronium: in quo casu verbis singularibus facta est substitutio pupillaris. Couar. *in cap. Raynunt. §. 5. n. 4. vers. sit deinde, de testam.* Quòd si testator dicat: si filius meus intra pubertatem decesserit, Paulus ei hæres sit: hæc item pupillaris substitutio facta est verbis expressis. Bald. *in l. precibus, n. 42.* & *ibi* Corneus, *n. 10. C. de impuber. & aliis substit.* Costa *in cap. si pater, in 3. p. in verbo, Pupillares, n. 11. & 18. de testam. in 6.* Eodem modo si testator dicat: Instituo Titium filium meum hæredem, & Paulum substituo: in hoc etiam euentu substitutio est pupillaris expressa verbis generalibus, si Titius erat impubes: ita Bartol. *in l. Centurio, n. 32. in fin. vers. 2. oppo. ff. de vulgar.* & *ibi* Ripa *n. 149.* & Costa *in cap. si pater, in 3. p. in verbo, pupillares, n. 14. de testam. in 6. & in 1. p. in verbo, si decederet, n. 7.* quem sequitur Couar. *in cap. Raynunt. §. 5. numer. 4. de testament.*

168 Extinguitur autem substitutio pupillaris per natiuitatem filij: nam eo ipso quod natus est filius, expirat pupillaris: nec mirum, quia impubes doli capax, potest liberos creare: *cap. a nobis, cap. de illis, de desponsation. impub.* Menoch. *de Arbitr. lib. 2. casu 7. n. 6. & casu 58.* contra Bartol. *l. 2. n. 5. de vulg.* existimantem pupillum generare non posse: cùm oppositum sit verius: ex *l. in pupilla, de vulgar.* nam quamuis masculus, & fœmina ante pubertatem non præsumantur apti generationi, ante dictam pubertatis ætatem completam, tamen potentia generandi ante pubertatem aduenit, vt ostenditur in Salomone, qui in decimo, vel vndecimo anno genuit Robam: Achas eiusdem ætatis Ezechiam genuit, vt refert Diuus Gregor. *lib. 4. dialog.* relatus à Gloss. *in sum. 20. q. 1.* D. Hieronym. *epistol. 32. ad vitalem presbyterum*, & alij quos referens sequitur August. Barbos. *in c. puberes, de desponsat. impuber. n. 5. & in c. à nobis, n. 5. eodem. tit.*

169 Hinc fit vt per natiuitatem posthumi expiret substitutio pupillaris: Nihilominus hoc non caret sua contradictione in impubere relinquente filium genitum si habuerit adhuc parentem, cùm filius adhuc testari nequeat ante pubertatem; nec sufficiat filium attigisse decimum quartum annum; & constet pupillarem substitutionem inuentam fuisse, ex eo quia filius qui non habet decimum quartum annum testari nequit; finito enim decimoquarto anno extinguitur pupillaris substitutio in vltima hora, qua finiuntur viginti quatuor horæ siue diu, siue nocte finiantur: Spin. *in specul. gloss. 23. n. 24. vers. dies autem ciuilis*, ait extingui, vbi filius primùm attigerit decimumquartum annum, & posse testari; sed meliùs vbi attigerit vltimum diem decimi quarti anni: habetur enim dies cæptus pro completo. Molin. *disp. 136. §. vltim.*

170 Quid si testator instituat filia in re certa, & filium pupillum in reliquis bonis, & filio ita substituit: filij mei, filia mea hæres sit, vel filio meo filia mea hæres sit? Gloss. *in §. qua ratione, in gloss. magna, in Instit. de pupill.* tradit esse expressam substitutionem pupillarem: sequitur Bartol. *in l. 1. num. 16. & in l. qui liber. §. hac verba, num. 1. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Alexand. *in l. verbis ciuilibus,* *col. penult. ff. de vulgar.* Costa *in cap. si pater, in 3. part. in verbo, pupillares, n. 15. vers. ego resoluo, de testam. in 6.* quem sequitur Menoch. *cons. 362. n. 22. lib. 4. post plures.*

Contra verò si testator dixerit, si filius meus in pupillari ætate mortuus fuerit, bona mea restituantur Paulo: tunc enim non est expressa pupillaris, verbis generalibus; vt volunt Ripa *in l. 1, num. 40. ff. de vulgar.* & Rubeus *in l. Gallus, §. 1. num. 25. ff. de liber. & posthum.* sed est fideicommissaria: vt tradit Costa *in d. verbo, pupillares, num. 17.* vbi subiungit *n. 18.* opinionem Ripæ, & Rubei, habere locum, quando testator dixisset: si filius meus in pupillari ætate fuerit mortuus restituo Paulo hæreditatem meam. 171

Similiter erit pupillaris expressa quando testator sic ait: si filius meus in pupillari ætate sine liberis mortuus fuerit, substituo Caium: ita Parisius *in consil. 73. num. 24. lib. 2.* & Ripa *in l. 2, n. 39. ff. de vulgar.* quia possibile est impuberem, malitia supplente ætatem, generare posse: *cap. puberes, & cap. de illis, de desponsat. impub.* Idem esto iudicium, si testator ita substituat: Instituo Caium filium meum impuberem, & si ipse moriatur in ætate pupillari, substituo Titium. Ripa *in d. l. 2. in princip. numer. 40. ff. de vulgar.* Couar. *in cap. Raynuntius, §. 9. n. 1. vers. 3. extra, de testament.* Costa *in d. verbo, pupillares, num. 9. vers. sed certè Gloss.* Probatúrque *ex l. qui liberis, in princip. & ex l. cohæredi, §. vltim. ff. de vulgar. & pupill. substit.* 172

Eodem modo dicetur substitutio pupillaris expressa, si testator dicat: filio meo impuberi, quandocumque mortuus fuerit, substituo Sempronium: & si videatur substitutio compendiosa, reipsa non est; vt tradit Bartol. *in d. l. Centurio, num. 31. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 37.* vbi explicat quando compendiosa substitutio pupillo facta à pagano, contineat pupillarem ad matris exclusionem: sed hoc clariùs vult *præsumpt. 51. numer. 14. vers. nonus est casus*, concludens non esse compendiosam, vt vult Bald. *in l. precibus, num. 41. C. de impub. & aliis substit.* sed solùm pupillarem, cum Bartol. *in d. l. 2. n. 27. ff. de vulgar. & pupill.* & Ripa *ibi num. 4.* Decius *in l. precibus, num. 15.* & Couar. *in cap. Raynunt. §. 9. vers. tertio.* 173

Sed quid dicendum si testator dicat: si filius meus mortuus fuerit in pupillari ætate, volo bona mea ab executoribus testamentariis vendi, & inter pauperes distribui? Galiaul. *in d. l. Centurio, numer. 349. & 350.* opinatur hanc substitutionem esse pupillarem: sequitur Mathez. *in notab. 552. in fin.* quos sequitur Menoch. *lib. 4. præsumpt. 34. numer. 44.* & multò clariùs erit pupillaris expressa, si testator ita substituat: si filius meus in pupillari ætate moriatur, Sempronius sit mihi hæres in agro Tulliano: ita nonnulli apud Ripam, *in l. 1. num. 36. & in l. Centurio, num. 73. ff. eod. de vulgar.* Quamuis ipse dubitet. Similiter erit pupillaris expressa, si dicat testator ita: si filius meus decesserit in pupillari ætate substituo in eius bonis Titium: ita Bart. *in d. l. Centurio, ff. de vulgar. & pupill.* & Gratus *in cons. 134. num. 13. libr. 1.* 174

Ambigi tamen potest, an in substitutione qualibet facta filiis, vel descendentibus, subintelligatur semper tacita conditio, *si sine filiis decesserint?* Responsio est affirmatiua in substitutione pupillari: ita Socin. *in l. cum auus, num. 24. vers. tertio vero casu, ff. de condition. & demonstrat.* sequitur Berous *in consil. 128. numer. 7. libr. 2.* 175

Alciat. *in l. Centurio, num. 96. ff. de vulgar. & pupill. substit.* & Decian. *in cons. 60. num. 26. lib. 3.*

176 Secus quando substitutio est vulgaris; videlicet si pater dicat: Instituo filium meum, etsi ipse hæres non erit, substituo Titium: tunc enim non subintelligitur hæc tacita conditio, *si sine liberis decesserit*: ita Gloss. *in l. generaliter, §. cum autem, in verbo, substituit, C. de instit. & substit.* & ibi Albet. sequitur Decius *cons. 416. num. 5.* Curt. iun. *cons. 33. num. 1.* Socin. iun. *in cons. 100. num. 3. & in cons. 128. num. 59. lib. 1.* & Padill. *in l. cum acutissimi, num. 7. in fin. C. de fideicommiss.*

177 Longe aliter quando substitutio est exemplaris: quia in hoc casu subintelligitur tacita conditio *si sine liberis decesserit*, prout vult Socin. *in d. l. cum auus, num. 24. vers. secundo casu, ff. de cond. & demonstrat.* Similiter subintelligitur prædicta conditio in substitutione fideicommissaria vniuersali, quando scilicet pater instituit filium in omni hæreditate sua cum onere, vt post mortem suam restituat Titio: vt habetur *in d. l. cum auus, de cond. & demonstrat.* & *in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.* quod etiam procedit quando substitutio est fideicommissaria rei particularis, quæ relinquitur filio, vel nepoti, cum eodem onere vt post eius mortem restituat Titio: adhuc enim subintelligitur conditio, *si filius moriatur sine liberis*: ita Iustinian. *in d. l. generaliter, §. cum autem, in fin. C. de instit.* Idem dicendum est, quando substitutio est directa militaris: ita Galiaul. *in l. Centurio, num. 176. ff. de vulgar. & pupill. substit.* & Costa *in cap. si pater, in p. 1. in verbo, si absque liber. num. 12. vers. vnde collige, de testam. in 6.* vbi *num. 13.* addit hoc habere locum quando facta est directa militaris sub conditione mortis, videlicet, quando miles sic dixerit: Instituo filium meum, dum vita superstes; & post eius obitum, Titium facio hæredem: censetur enim in hoc euentu Titius vocatus, si filius militis decedat sine sobole; Secus si institutio fiat à milite sub alia conditione, dicatque: Instituo filium meum, donec Titius fiat consul, tunc Titio facto consule instituo Sempronium: hoc namque casu non intelligitur conditio, *si sine liberis decesserit*; sed omninò locus est ipsi directæ militari: quia filius institutus quodammodo grauatur in vita, vt desinat esse hæres: & ideo quemadmodum in onerato per fideicommissum in vita, conditio *si sine liberis decesserit* non subintelligitur, sic etiam nec in hac directa militari.

178 Dubitari etiam solet, an valeat substitutio facta non solum filio, sed filiis filij; hoc modo: si filius meus hæres decesserit sine filiis, vel eius filij decesserint sine liberis, bona mea deueniant ad talem? Videtur non valere: quia cum testator nihil relinquat filiis filij sui, videtur eos grauare non posse, cùm eos non honoret: *l. Lucius 2. ff. de hæred. instit.* Bartol. tamen *in d. l. Centurio*, concludit dictum fideicommissum valere, etiam in liberis filij: quia ex quo testator obligauit liberos filij hæreditatem suam restituere, consequenter videtur reliquisse eisdem hæreditatem: ita vt non videantur in eo euentu filij solùm venisse in substitutionis conditione, sed etiam in dispositione, perinde ac si filij expresse filio fuissent substituti: Bald. *in l. ab eo, C. de fideicommiss.* Idem Iacob de Aret. *ibi*, & Aretin. *in d. §. extraneo, Instit. de pupill. substitut.* Benedict. *in cap. Raynut. verbo, si absque liberis, num. 51.*

Porro si testator bis fuit coniugatus, & filios habeat ex priori matrimonio, & totidem ex secundo, & omnes instituat in pupillari ætate, & inuicem eos substituat; si aliquis decedant in pupillari ætate, fratres vtrinque coniuncti debent præferri ex pupillari substitutione: ex ea ratione, quia non agitur de successione patris testatoris, cui omnes æqualiter sunt coniuncti; sed agitur de successione fratrum impuberum, quibus frater ex vtroque latere magis est coniunctus: Bartol. *in l. Re coniuncti, num. 61. in fin. de legat. 3.* & Aret. *in l. cohæredes, §. qui discretas, n. 11. ff. de vulgar. & pupill. substit.* & alij quos referens sequitur Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 11. n. 3.*

179 Insuper controuerti potest, an substitutio fieri possit non solum hæredi instituto, & cuicunque alteri venienti ex testamento, sed etiam venienti ab intestato? Pars affirmans est certa: per *l. si quis ita hæres instituatur, ff. de hæred. instit.* vt si testator ita dicat: si ille, qui ab intestato successurus est nolit esse hæres, talis sit hæres: valet quidem testamentum, quamuis non sit aliquis expresse hæres institutus: Bartol. *ibi*: quoniam secundum mentem testatoris adest tacita quædam institutio vocantis substituendo venientem ab intestato, ipsumque vocando instituit testator, & sufficit hæc tacita institutio ad validitatem vulgaris substitutionis; quinimo totius testamenti tacita sufficit institutio, quando substitutio est facta de illo, qui non erat necessarius hæres testatoris, qualis est extraneus.

180 Vnde sequitur dubiolum, an possit hoc procedere in filio in potestate existenti, qui necessarius est hæres, si pater filio expresse non instituto simpliciter substituat, an talis tacita institutio satis sit ad substitutionis, & testamenti validitatem? Sufficere patri, si hoc modo testetur, tradit Bartol. *in l. Gallus §. 1. ff. de lib. & posthum.* dicens ita: si filius meus me superstite decedat, talis sit hæres: In hoc euentu testamentum sustinetur, si filius præmoriatur, nã præmoriens viuo testatore, non potest esse hæres: igitur substitutus erit, per *l. cum ex testam. §. hæc verba, ff. de hæred. instit.* Nihilominus testamentũ esse nullum alij volunt, non obstante substitutione filij modo prædicto facta, quia fuit præteritus, cùm sit verum dicere filium in eo euentu non fuisse à patre institutum, nec etiam tacite vocatum, attento quòd sibi pater de alio prouidit: ita idem Bartol. *in d. l. cohæredes, §. fin. ff. de vulgar. & pupill.* & tenet Gloss. 2. *in d. l. Gallus*, & Bald. *ibi §. 1.* Idem consuluit Anchara. *cons. 136. Ponderandum principaliter.* Concludens tale testamentum, in quo fuit filius simpliciter substitutus, esse nullum; etsi pia causa fuisset instituta. Quam etiam partem tenetur Benedict. in *d. cap. Raynut. verbo, mancipiens vt Altercch. 2. p. fol. 4.*

181 Sequitur dicendum de substitutione exemplari, quæ ita dicitur ad exemplum pupillaris substitutionis inuenta, & fit filio mente capto, sicut fit pupillo filio pupillaris. Item potest fieri surdo simul & muto, vel Prodigo, cui bonorum administratio est vetita, nec non furioso. Hæc autem substitutio sic describitur. Exemplaris substitutio est directa per alterum ex parentibus facta filio eius mente capto de persona ei ab intestato verosimiliter successura, bona vtriusque comprehendens; quæ potest durante tempore mentis non sanæ fieri per quæcunque verba directa, vt potest parens dicat: si filius meus in furore, dementia, aut mutitate, vel prodigalitate moriatur, talis sit hæres, seu talem substituo. Nam durante illo tempore, in quo filius non est sui compos iure directo valere potest: ad exemplar pupillaris quæ sustinetur quandiu animus, & intellectus impuberis non dicitur sapiens, neque stabilis iudicio *l. fin. C. de testam. milit.* & sicut impubes nequit testari; ita qui sunt mentis & iudicij infirmi. Quare si pater habeat filium aliquem ex dictis morbo

laboran

laborantem, potest illum instituere, & illi alterum substituere. Quod si filius nondum pubertatem habuerit, eadem substitutio etiam erit exemplaris, & pupillaris. In eadem etiam semper continetur vulgaris, quòd si filius moriatur ante testatorem substitutus succedet ex vulgari.

182 Differt exemplaris à pupillari, quia exemplaris potest fieri post pubertatem: Bald. *cons.* 20. *num.* 2. *lib.* 3. Socin. iun. *cons.* 153 *n.* 18. *lib.* 1. Item exemplaris potest fieri à patre, & à matre, altero deficiente; non tamen potest, patre & matre viuentibus, ab vtroque fieri. Quare potest mater facere substitutionem quando pater illam non fecit, & sic in eius defectum, & non aliàs, ne videatur filius mente captus, & cæteri defectum iudicij patientes, decedere cum duobus testamentis, si pater, & mater simul possent facere substitutionem, sed in defectum. Matre tamen transeunte ad secunda vota expirare exemplarem substitutionem: Est communis contra communem. Bartol. expirasse tradit *in l. ex facto, de vulgar.* vbi Ripa *n.* 66. eò quia mulier per transitum ad secunda vota perdit tutelam filij. Argumento text. *in l.* 2. *C. vbi pupillus educari debeat.* Non expirare tamen substitutionem exemplarem factam à matre per transitum ad secundas nuptias, ex eo probatur, quia exemplaris substitutio inducta fuit propter humanitatem, & pietatem: ergo non est credendum per hunc transitum voluisse matrem obliuisci humanitatis, & pietatis maternæ: ita Imol. *in d. l. ex facto, n.* 68. *de vulgar.*

183 Similiter si filius naturalis careat sobole legitima, potest mater eidem facere substitutionem exemplarem: *l. si suspecta, §.* 1. *de inoffic. testam.* non autem fieri potest à patre, eò quia substitutio exemplaris solùm fit illi, cui necessariò tenetur pater legitimam relinquere, per *l.* 2. *& fin. C. de natur. lib.* & Bartol. *in d. l. Gallus, §. etiam, de liber. & posthum.* sequitur non posse patrem exemplariter substituere, sicut nec matrem, quæ filium habet ex coitu damnato, aut punibili: sed melius dicendum posse, cùm etiam spuriis debeatur de iure communi legitima in bonis matris: *l. si suspecta, §.* 1. *ff. de inoffic. testam.* & *in §. nouissime, Instit. ad Orficianum,* nisi esset mulier illustris, cui est infamia tales filios procreare: *l. si qua illustris, C. ad Orficianum:* aut nisi essent nati ex coitu damnato, in quo euentu nec liberi sunt nominandi, nec à parentibus alendi, nisi præcise; quod etiam non vult Authent. *Ex complexu. C. de incest. nupt.* & multo minus debetur eis legitima, & consequenter substitutio exemplaris non subsistit. Guliel. Bened. *in cap. Raynunt. de exemplar. substit. verbo, si absque liberis, §.* 2. *per totum.* Molin. *de iust. disp.* 185. Spinó. *de testam. gloss.* 23. Less. *lib.* 2. *c.* 19. *n.* 7. *ex n.* 83.

184 Differt item exemplaris substitutio à vulgari, quia vulgaris concipitur, si hæres non erit: Exemplaris concipitur si non sanæ mentis decesserit, quia non tantùm curamus de verbis, quantùm de mente. Item quia vulgaris habet in se conditionem, si hæres non erit, quia noluerit, & quia non potuerit: in exemplari autem non potest subaudiri conditio voluntatis, aut noluntatis, cùm illa non habeat locum, nisi in sapiente, quæ vbi primùm sapit, aut intelligit, exemplaris extinguitur. Item differt in qualitate testatorum, nam in vulgari omnis testator habet locum: Exemplaris verò in ascendentibus solùm. Item in qualitate hæredis, quia vulgariter potest substitui omni hæredi: Exemplariter autem non substituitur nisi mente destitutis, vel carentibus vsu rationis per se, vel per accidens. Denique vulgaris per querelam inofficiosi testamenti molestari potest: Exemplaris autem, aut pupillaris neutiquam, *l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoffic. testam.*

ita Bald. *in d. l. humanitatis, vers. veniamus ad quæstiones, C. de impuber.*

185 Differt etiam exemplaris substitutio à reciproca: quia hæc fit pluribus; exemplaris vni. Nec non in illa substitui possunt etiam hæredes non instituti; in exemplari non possunt nisi hæredes instituti. Item exemplaris differt à compendiosa, quia illa in pagano, hoc est non milite, vel extinguitur pubertate illius cui fit, vel sustinetur iure fideicommissi: vt *l. precibus, C. de impub. & aliis substit.* & in milite qui testatur iure militari post pubertatē sustinetur in bonis solùm testatoris iure directò: *l. centurio, ff. de vulg. & pupill.* Exēplaris autem valet etiam post pubertatē in bonis etiā furiosi, & cessat cessante furore, & redeunte redit: similiter cessat si filio furioso cui facta est substitutio nascatur filius naturalis ex legitimo matrimonio ante furorem celebrato nam ille testamentum rumpit, sicut rumpitur per pupillarem, si pupillus liberos suscipiat: quòd intelligitur si nascatur sapiens; secùs si nasceretur demens, & in dementia perseueraret, tunc enim non rumperet substitutionem patri suo factam: vt *in d. l. humanitatis, C. de impuber.* Benedict. *in d. cap. Raynutium verb. si absque liberis,* 2. *p. n.* 49.

186 Sed quid dicendum si vidua paulò post prioris viri obitum, secundas nuptias contrahat, & postea pariat filium septimo mēse à secundo matrimonio, & nono à prioris mariti morte, itaut potuerit is filius generari à priori, & à posteriori viro; ac proinde cum incertum sit vtrius sit, is neutrius esse censetur, neutrique succedere potest: vt ait Cyn. *in l. vulgo, ff. de stat. homin.* Albet. late *l. Aretusa, col.* 2. *eod. tit.* & *in rubric. C. de natural. liber.* Bald. & Angel. *in l. liberorum, §.* 1. *ff. de his qui not. infam.* idem Bald. *in l. si matre, C. de suis & leg.* & alij Recentiores *in l. Gallus, in princ. ff. de liber. & posth.*

187 Videtur ergo huic filio ita nato non posse substitui pupillariter à patre, idest à secundo marito, cùm incertū sit, an fuerit genitus ab illo, & illi non succedat: similiter nec à matre, cum illa non habeat filium in potestate, cum requiratur in pupillari substitutione, vt valida sit, quod tempore mortis eius, qui substituit, is in potestate illius sit, cui talis substitutus datur: *l. coharedi, §. cùm filio, ff. de vulgar. & pupill.* Molin. *de iust. disp.* 184. *pag.* 1105. Exemplariter tamen potest substitui, si contingat fieri dementem, vel furiosum, vel surdum simul & mutum, aut prodigum; quæ substitutio facta à matre valebit, in iis quæ à matre, vel linea materna bonis proueniunt: ita Gom. *tom.* 1. *c.* 6. *n.* 13. Less. *lib.* 2. *c.* 19. *dub.* 7. *num.* 84.

188 Quia tamen videtur abs re asserere hunc filium ita natum, nec priori, nec posteriori viro posse succedere; ex eo probatur: quia si quis contrahat matrimonium cum pluribus mulieribus simul, & eodem momento, & dicat vtrique: Ego vos accipio in vxores, & illæ respondeant, nos quoque te in virū capimus: neutra erit vxor, sed se mutuo impedient: ita Goffred. *in c. Gaudemus,* & *ibi* Hostiens. *col.* 3. *in verbo, non ad imparia iudicantur.* Ioan. Andr. *ibi, in verbo iudicantur, de diuortiis.*

Secundò probatur argumento duorum fratrū fortè geminorum, ita similium vultu, oculis, & cætera corporis habitudine, vt alter ab altero discerni, ac dignosci non potuerit: quibus singuli erant filij, & ipsi quàm simillimi, qui militiæ causa peregrè profecti sunt: & alter longè mortuus, alter duobus illis fratribus iam defunctis in patriā reuersus est, & hæreditatē vtriusque, ac bona iudicialiter petit, volens duobus fratribus succedere. Ignoratur quid iuris quia vtrius eorū fuerit filius nescitur: Respōsio fuit neutrius habere, cū neutrius se filiū esse probauerit,

& hoc de rigore iuris: sed de æquitate ea bona habere posse.

Nihilominus Alber. *in l. si vicina, ad fin. C. de nupt.* opinatur partem negatiuam esse veram; eò quòd vtraque bona petendo sibi ipsi aduersatur, cum vtriusque nequeat esse filius: ac proinde non est audiendus: per *l. neque mortales, C. de prob. & l. Imperator Titus, ff. de stat. homin.* & quamuis Alber. Rota suffultus authoritate Dyn. *in l. si quis ita, §. duobus, ff. de adim. legat. vers. duo inquit fratres,* decidat in hoc casu, posse succedere vtrique: Hanc sententiam non habere locum ostendunt alij, præsertim in dignitatibus Regalibus, quòd sunt indiuiduæ; per *cap. præterea ducatus, tit. de prohib. feud. alien.* Iuuat text. *in l. quæsitum, §. si quis, ff. de fund. instruct.* vbi ostenditur quando incertum est cuius agri sit instrumentum, neutri cedere, cùm instrumentum sit indiuiduum. Sed hæc ratio non concludit, cum duos simul fuisse Imperatores constet: sed in summo Pontificatu non est ita: Gloss. *in cap. non autem, in verbo, vt non succederet, 7. q. 1.* id negat, & benè; quia offenderetur id quod credimus, Vnam sanctam Ecclesiam Catholicam.

Tertiò probatur exemplo testatoris præcipientis vt detur legatum certum Monasterio sancti Francisci ciuitatis Vlyssiponensis, & ibi sunt duo Monasteria eiusdem nominis, neutri eorum deberi: propter incertitudinem vitiatur namque legatum: argumento *l. duo sunt Titij, de testam. tut. l. cum ex pluribus, de manumiss. testam. l. si quis ex pluribus, de reb. dub.* & sic videmus incertitudinē ex parte debitoris vitiare dispositionem in contractibus: *Authent. si quando, vers. sin autem, C. de constit. pecun.*

189 Nihilominus in nostro casu per incertitudinem non videtur vitiari legatum, maximè fauore piæ causæ; vt placet Bald. *in ad quod pauperibus, C. de Episcop. & cleric.* Facit text. *in l. nulli C. eodem tit.* vbi non obstante incertitudine legatum ad pias causas subsistit, & partitio illius competit executori relicto à testatore, & eo deficiente ad Episcopum pertinet. Quod procedit quando per coniecturas, etiam verisimiles non potest constare de mente testatoris. Si tamen ex aliquo potest coniecturari, quænam sit illius mens, videlicet, quia testator magis ad vnum, quam ad aliud fortassis ibat, & pluries in vno, quàm in alio Sacramenta recipiebat, & intra suam Parochiam constitutum erat, tunc facilis est coniectura voluisse relinquere legatum illi Monasterio: argumento text. *in l. qua conditio, in prin. ff. de condit. & demonstrat.* & multò clarius, quando sunt duo monasteria eiusdem nominis, alterum monialium, alterum Religiosorum; censetur relictum monialibus, vt pauperioribus: quòd si sint æqualia in paupertate, potest Episcopus diuidere legatum inter illa monasteria: argumento *cap. 1. de Paroch.* quod fieri potest fauore piæ causæ, & fauore religionis: vbi dicitur, quando Parochi duo contendunt de iuribus sepulturæ, confessionis, & administrationis aliorum Sacramentorum, & aliorum id genus iurium Parochialium; propterea quòd quis habitat in finibus duarum Parochiarum, ea iura inter eos diuidi debent alternis vicibus: Tiraquel. *de iur. primog. q. 17. opinion. 5. n. 7.* quem sequitur August. Barbos. *in cap. si Episcop. de Paroch. n. 4.* Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib. 8. tit. 4. n. 3.*

190 Quartò probatur ex Parochiano habente duo domicilia, & duas Ecclesias in quibus audit diuina officia, & recipit sacramenta, & reliquit aliquid suæ Ecclesiæ Parochiali; neque, cum duas haberet, coniecturis assequi potest de qua senserit; & cum omnia sint paria, in hoc euentu iuxta *superius* dicta, partitio fieri debet fauore piæ causæ: At in nostro casu, cùm incertum sit à quo filius sit genitus à priore, an posteriore marito; neutri succedere debet. Argumento duorum, qui pacem fecerunt, & promissionem se inuicem non offendendi sub certa pœna pecuniaria; & postea se mutuo offenderunt, sed ita vt omninò ignoretur, vter eorum prior pacem fregerit: eo casu neuter de pace fracta potest argui: ita Bartol. *in l. 1. §. cum arietes ff. si quadr. pauper. fecess. dicat.* & *in l. si seruum, §. sequitur, ff. de verborum oblig.* Bald. *in l. vt vim, ad fin. ff. de iust. & iur.* & *in l. qui fidem, quæ est penult.* & ibi Castr. *ff. de Transaction.* Panorm. *in cap. 1. de Treug. & pace,* & Corne. *consil. 51. In hoc. col. 3. vers. & hinc est, lib. 1.* Eò quia incertitudo rei vitiat actum: *l. idem Pomponius, §. fin. ff. de rei vendicat.* & *l. duo sunt Titij, ff. de testam. tut. §. incertus,* vbi Richard. *Instit. de legat.* Barbos. *in cap. ad hæc, 10. de rescript. n. 8.* vbi *n. 2.* tradit non valere literas per quas incerti Iudices impetranti conceduntur. 191

§. VII.

De substitutione vulgari, compendiosa, & reciproca; & de qualitatibus earum, nec non de fideicommissaria; & quî differant?

EPITOME.

Substitutio

192 Substitutio vulgaris est qua quivis iure non prohibitus potest substitui, à quovis testatore. Hæc dicitur secunda directa institutio, quia à quolibet testatore, & cuilibet hæredi fieri potest; atque per hæc verba: si Caius institutus non fuerit, Sempronius sit hæres: text. *in l. 1. de vulgar. & pupill.* & *ibi* Bartol. & Scribentes: & talis substitutio dicitur simplex: text. *in d. l. 1.* ibi, *simplex est*: quamuis alia qualibet substitutio possit dici dupla, quæ scilicet sub se aliam continere potest. Quod si vulgaris aliquando contineat tacitam pupillarem, adhuc potest dici simplex ex potiori parte, cùm dicatur talis, quando fit extraneo, vel adulto: secùs quando fit pupillo in potestate; nam tunc continet pupillarem. Bartol. *in d. l. 1.* sic declarat *in 2. col. 3. opp.* post alios Molin. *de instit. tract. 2. disp. 181. fol. 1089.* Nomine testatoris intelligitur, qui iurisdictione testari valet, sicue nomine hæredis intelligitur, qui de iure potest institui, & ideo dicitur vulgaris, quia potest fieri cuilibet, & à quolibet vulgari persona: *Azo in sum. C. de impub.* Scribent. *in l. 1. de vulgar.* text. & *ibi* Gregor. Lop. *lib. 1. tit. 3. part. 6.* Gomez. *tom. 1. cap. 3. num. 33.*

193 An valeat substitutio vulgaris non præcedente institutione hæredis? Negat gloss. 3. & *ibi* Aretin. *in l. 1. de vulgar.* Gloss. *in cap. Raynunt. vers. si absque liberis, de test.* dicentes non subsistere vulgarem substitutionem, nisi præcedat institutio. Valere autem absque expressa hæredis institutione tenet Curt. iun. *in rub. n. 50. C. de impub.* sed tradit sufficere tacitam: & Galiaul. *in l. Gallus, §. & quid si tantùm, n. 34. de liber. & posth.* & Gloss. *in l. ex facto, §. 1. gloss. fin. de hære. instit.* vbi Glossa vult quod valeat vulgaris substitutio sine expressa hæredis institutione.

194 Contraria tamen opinio magis placet, quæ tradit vt subsistat vulgaris substitutio, necessariam esse hæredis institutionem expressam: ita Alex. *in l. Gallus, in princip. n. 6. col. 4.* maximè quando est persona necessariò instituenda vt filiusfamilias: secùs si sit extraneus; tunc enim potest subsistere vulgaris substitutio sine expressa institutione: Spin. *in suo specul. gloss. 22. num. 5.* Item vulgaris substitutio potest fieri in testamento, non tamen in codicillis: ex eo quia sicut substitutio directa non potest fieri in codicillis, *§. codicillis, Iustit. de codicill.* ita etiam nec substitutio directa vulgaris fieri potest, quamuis declaratio eius substitutionis in codicillis bene posset fieri; sicut declaratio institutionis: per text. & *ibi* Scribentes *in l. asse toto, de hæred. instit.* nam qui declarat, nihil dicitur agere de nouo: *cap. litteræ, de dilationib.*

195 Ex dictis sequitur vulgarem substitutionem esse triplicem: tacitam scilicet, & expressam, & partim tacitam partim expressam. Expressa potest dici tribus modis, in genere, scilicet quæ fit verbis generalibus: secundò, quæ fit per verba specialia: tertiò quæ fit nominatim. Tacita dicitur, quæ continetur in expressa pupillari: *l. iam hoc iure, ff. de vulgar. & pupill.* & in hoc conueniunt omnes Doctores, vt scilicet vulgaris sub pupillari comprehensa sit, & dicatur tacita: nam quando pupillaris substitutio fit filio in ætate pupillari, si ipse decedat, continetur vulgaris substitutio in illa, videlicet si pupillus hæres patris non fuerit; *pura* quia non vult, vel quia non potuit. In hoc euentu vocabitur substitutus ex tacita vulgari contenta sub pupillari expressa: quia dicitur verè tacita substitutio vulgaris comprehensa sub pupillari. Dicitur autem hæc substitutio vulgaris tacita, & omnino tacita, quando continetur in pupillari expressa, quia nullo modo dici potest expressa, nec generaliter, nec minùsque specialiter, vel singulariter ex vl aliquo notum verborum specialium, vel generalium. Quod intelligitur quando pupillaris expressa facta fuit per hæc verba: si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit: Gloss. *in d. l. iam hoc iure, vers. quod ius, de vulgar.* Gloss. *in l. precibus, ver. fideicommiss. C. de impub.* Spin. *in d. glo. 22. num. 24.*

Vulgaris partim expressa, & partim tacita fit dupliciter. Primò quoad verba, qualis est illa, quæ in breuiloqua, vel compendiosa continetur. Hæc dicitur expressa verbis generalibus, & tacita verbis specialibus. Secundò, potest esse partim expressa, & partim tacita quoad casus. Pro quo aduertendum est substitutionem vulgarem duos sub se casus comprehendere, nimirum, si hæres esse noluerit, & si hæres esse non potuerit: vnde si substitutio expressa in casu, si hæres esse noluerit, etiamsi facta in vno, extendatur ad alium casum impotentiæ scilicet, vel è contra: in primo casu si hæres institutus esse noluerit, dicetur ex vulgari expressa: contra verò in casu impotentiæ, si hæres esse non potuerit, vocabitur substitutus ex vulgari in hoc casu tacita. Atque ita quamuis substitutio prouè recipiet verba, & quod attinet ad illa censeatur expressa; quo ad casus tamen est partim expressa, & partim tacita: Guihel. *in d. cap. Raynunt. de testam. part. . verbo. si absque liberis, num. 25.* 196

Controuertitur etiam an hæc tacita pupillaris inclusa sub expressa vulgari excludat matrem pupilli, ita vt admittendus sit substitutus substitutione vulgari? Negatiuè respondetur; quinimò per eam excluditur substitutus vulgariter, quia mater necessariò succedit suo pupillo: Bartol. *in l. centurio, col. 2. de vulgar.* Et est communis: Curt. iun. *in d. l. precibus, num. 20.* Zazius *in tract. substitut. num. 20.* per text. *in l. pen. C. de instit. & substit. sub condition. fact.* Longe aliter dicendum est, si Ecclesia fuisset substituta, vel aliqua causa pia, non excludi substitutum substitutione expressa vulgari sub tacita pupillari, exclusa matre: ita Angel. *in l. precibus. C. de impub. col. 2.* Alex. *cons. 12. num. 2. vol. 3.* ex text. *cap. cùm infirmitas, de pœnit. & remission.* quibus ostenditur præsumendum testatorem prædilexisse animam suam, eamque cæteris rebus antepoluisse Mascard. *de probat. conclus. 1171. num. 5.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 112. num. 4. & præsump. 151. num. etiam 4.* Cast. Mantic. *de tacit. & ambig. tom. 2. lib. 13. tit. 28 num. 10.* quæ resolutio intelligitur quando testator, in exoneratione suæ conscientiæ, & pro male ablatis id reliquit Ecclesiæ, vel causæ piæ; quia tunc præfertur causa piæ substituto, exclusa matre: Tiraquell. *de pia caus. in præfat. pag. 9. vers. sed si hoc.* Gutier. *in repetit. l. nemo potest, num. 486. ff. de legat. 1.* & Cardin. Tusch. *tom. lite. A concl. 333.* extra quem casum non excluditur mater, sed pia causa, vel Ecclesia: Spino *d. gloss. 22. num. 27.* vbi *num. 28.* subdit per vulgarem expressam succedi defuncto testatori, & non ipsi pupillo, cui fit substitutio: text. *in princip. Instit. de vulgar.* Bartol. *in l. 1. num. 39. tit. eod.* Quod procedit pupillo se abstinente, vel repudiante. Contra verò si pupillus acceptet, & adeat hæreditatem, & ante completum decimumquartum annum decessit, substitutus succedit in bonis pupilli pupillari substitutione expressa sub illa vulgari substitutione contenta: ita Barthol. *d. num. 39.* & est communis secundum Ripam *in d. l. 1. de vulgar.* 197

Sed quid dicendum si in vno, & eodem testamento quis substituitus sit vulgariter, & per fideicommissum, quæ substitutio subsistat, vel an veraque sit nulla vti incompatibiles? Vtramque valere, & integrum esse substituto eligere ex qua velit admitti accedente casu substitutionis; probatur per text. singul. *in l. recusare §. Titius, ff. ad Trebel.* quem 198

notat Barthol. *ibi* & Angel. *in l. 1. §. substituero, & l. 5. de vulgar.* & *in l. facta, §. Iulian. ff. ad Trebel.* idem probat text. *in l. si quis seruo, ff. de manum. test.* & *ibi* Bartol. qui etiam dicit *in d. l. centurio, num.* 38. ex hoc sequi, si testator dicat, quod substituit aliquem vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, posse eligere ex qua vellet succedere, & quamlibet habere locum suo casu accidente.

199 Ad hæc, si testator dicat; do hæredi substitutum vulgarem, ad alium fideicommissarium; quisnam debet præferri? verbi gratia, si Titius non fuerit hæres, fiat hæres Sempronius, & Titium hæredem grauo restituere hæreditatem Paulo; & fortè Titius vult repudiare, & substituti concurrant, & vulgaris dicat se debere admitti, inster & fideicommissarius qui dicat se admitti debere, quia vult ipsum Titium cogere, vt adeat, & restituat; quis eorum admitti, & præferri debeat?

Dicendum est, si hæres institutus viuente testatore, vel eo defuncto ante aditam hæreditatem, & coactionem de adeundo moriatur, & eo casu quo non potuit transmitti hæreditas, admittendum esse, & præferendum vulgarem substitutum. Quòd si hæres institutus repudiat expressè, & fideicommissum non sit repetitum à vulgari substituto, adhuc in hoc casu admittendum esse, & præferendum vulgarem substitutum: ita text. *in l. si Patroni filius, §. fin.* & *ibi* Gloss, & Scribentes, *ff. ad Trebel.* Secùs si fideicommissum est repetitum a vulgari substituto; tunc enim fideicommissarius semper est præferendus: text. *in l. non iustam. C. ad Trebell.* quando autem hæres institutus hæreditatem adiuit, excluditur substitutus vulgaris, & admittitur fideicommissarius: ita Bartol. *in l. 1. de vulgari & pupill. col. 6. num. 24. vers. item dubitatur,* & Angel. de Perus. *in §. restituere, el 2. eiusdem l. 2. vers. subdis autem,* quamuis Imol. *in d. l. 1. de vulgar. col. 3.* teneat contrarium, dicens indistinctè fideicommissarium præferendum, & posse cogere adire, quamuis fideicommissum non sit repetitum: prout Spino, *gloss. 22. n. 17.*

200 Adde, sicut est pupillaris, & fideicommissaria substitutio, quando testator dicit: si filius meus impubes moriatur, substituo mihi, & sibi Titium, & postea decédat in pupillari ætate [illegible] etiam erit vulgaris, & fideicommissaria, si te[illegible] instituat Titium hæredem, & dicat: si non [illegible] hæres, vel si fuerit, & moriatur, substituo mihi, & sibi Sempronium: vnde quælibet admittetur in suo casu, & erit in manu illius expectare casum cuiuslibet: & eodem modo quando est substitutio pupillaris, & fideicommissaria, & potent succedere ex vna, vel alia: ita Iason. *in l. penult. C. de impuber.* & alij *col. 2. num. etiam 2.* post Roman. *cons.* 480. Gomez. *tom. 1. de success. cap. 3. num. 33.*

201 Porrò si aliquis indignus hæres instituatur, cuius bona Fiscus occupat, quando datus illi hæredi substitutus, præferri substitutum vulgarem ipsi Fisco tradit Corras. *in l. post aditam. num. 50. C. de impuber.* quoniam indigno hæredi instituto hæreditas aufertur à Fisco. Si tamen hæres non adeat hæreditatem, vel repudiet, Fiscus nihil potest auferre: igitur admittitur substitutus relicto Fisco. Nihilominus Fiscus in hoc casu excluso substituto procedit, quando hæres institutus est indignus: ita Bart. *in d. l. 1. de vulgar. num. 28.* communiter receptus; Guliel. Benedict. *in cap. Raynum. tit. de vulgar. n. 94.* Quod intelligitur quando hæres fuit indignus ante aditam hæreditatem: quòd si intelligatur post aditam hæreditatem; esset substitutio vulgaris: vt Spino *d. gloss. 22. num. 18. & 19.*

202 Iam vero si testator dedit substitutum vulgarem pluribus hæredibus, & vnus illorum repudiet, numquid in eius partem veniet substitutus, an alij cohæredes? Respondetur si duobus, vel pluribus hæredibus facta est substitutio vulgaris copulatiuè, vel coniunctim; tunc necessarium est, quòd vterque repudiet, & nullus eorum hæres sit: vno enim hæreditatem adeunte substitutio expirat; quia deest conditio substitutionis, qua testator disposuit, vt aut per substitutionem admittatur; quando omnes repudient, & non sint hæredes: verbi gratia, si testator dicat: instituo Petrum & Paulum, & si Petrus & Paulus non fuerint hæredes; aut si nec Petrus, nec Paulus sint hæredes; aut si prædicti non sint hæredes, substituo Franciscum: requiritur namque quòd vterque repudiet in hoc euentu & nullus eorum sit hæres; tamen vno adeunte extinguitur substitutio ex defectu conditionis substitutionis, qua testator voluit, quòd ita per substitutionem admittatur, omnibus repudiantibus, & nolentibus hæreditatem: text. *in l. si hæredes plures, ff. de condit. institu.* Si tamen substitutio non fiat copulatiuè, sed separatim per hæc verba: si Petrus non sit hæres, sit hæres Franciscus, & si Paulus non sit hæres, sit hæres Franciscus: in hoc casu, vno eorum hæreditatem nolente, habet locum substitutio in eius persona, & non est necessarium, quòd vterque nolit hæreditatem: per text. *in l. cum ex [illegible], §. fin. ff. de iniust. rupt.* & *in l. cohæredi, §. [illegible], eod. tit.* tunc enim ex mente testatoris apparet, quòd in parte quæ vacat, substitutum vocauit, & prætulit cohæredibus: ita Bartol. *in l. hæredes mei: §. cum ita, ff. ad Trebellian. in 2. & 3. col.* & habetur *in l. 2. in fine tit. 5. part. 6.* Quæ sententia procedit, nisi pauperes Christi, vel pia causa esset substituta, quia admitteretur in parte, & portione vnius repudiantis: Bald. *in repet. cap. si pater, de testam. col. 18. in 6.* Spin. *in specul. gloss. 22. ex num. 11. vers. aliud effectus,* vbi hac de re late pro vtraque parte; Et pro priori respondet, instituto Petro & Francisco, & si Petrus, & Franciscus hæredes non fuerint substituitur Paulus. Quòd si vnus, & alter repudiet, tradit admittendum esse substitutum ad illius portionem, excluso cohærede, qui poterat prætendere per ius accrescendi. Concludit tamen verius esse, institutis duobus, vel pluribus simul; vno repudiante cohæredem admittendum esse, excluso substituto vulgari. Quod sequitur Gom. *tom. 1. cap. 4. num. 35.*

Quando autem substitutio vulgaris expiret? Certum est, vbi primùm hæreditas est adita per hæredem, cui substitutus est datus, *l. post aditam. C. de impuber. & alus substit. l. 4. tit. 5. p. 6.* & ostenditur ex *l. si legata, C. de legatis,* vbi dicitur expirare per legati acceptationem: continet enim hanc tacitam conditionem, si ille, cui substitutus est datus, hæres non fuerit: aditione tamen hæreditatis, qui fuit institutus hæres, perfectè fit hæres. 203

Contra verò si pupillo detur à patre substitutus vulgaris, expirabit substitutio vulgaris pupillo hæreditatem adeunte, non tamen extinguetur tacita pupillaris cum vulgari coniuncta: nam pupillus si intra pupillarem ætatem postea decedat, substitutum vocabit exclusis hæredibus ab intestato ad omnia bona sua, etiam ad illa ad quæ vulgariter fuerat substitutus; non tamen exclusa matre, si illam habuerit: P. Molin. *de iust. tom. 1. disp. 183. pag. 1099. & seqq.* vbi subdit expirare etiam substitutionem vulgarem eo ipso, quòd substitutus mortuus fuerit, antequam conditio sub qua fuerat substitutus, impleatur, [illegible] ius substitutionis non transmittetur ad hæredes: per *l. sed si plures, ff. de vulgar. & pupillar.* sicut non transit hæreditas seu legatum ad hæredes, relicta sub conditione pendenti in futurum, si is cui relicta sunt, moriatur priusquam conditio impleatur 204

pleatur

pleatur: P. Molin. *supra*, & priùs *disp.* 177. *ad fin.* & 180 post Gomez. *supra. c.* 3. *n.* 29. & 30.

204 Extinguitur etiam vulgaris substitutio facto substituti, videlicet, si substitutus illi renunciet etiam simpliciter sine iuramento. Ratio, quia cùm in tali substitutione vulgari non agatur de hæredis viuentis hæreditate, cum ante aditionem hæreditas non sit ipsius hæredis, sed defuncti testatoris, cui per vulgarem succeditur, talis renunciatio est pactum de non succedendo testatori defuncto: nec tale pactum aufert liberam testandi facultatem, & de iure valet: ita *in l. si quando*, §. *fin. C. de inoffic. testam. & in l.* 1. *C. de pact.* Sicut extinguitur vulgaris substitutio per factum ipsius hæredis, hoc est per aditionem hæreditatis, vt dictum est: Guillelmus Benedict. *de vulgar. substit. n.* 122. & *sequēti, vbi n.* 126. & 127. *cum seqq.* tradit an vulgaris pluribus facta, adeunte vno, expiret substitutio, puta, si erant tres, vel quatuor in primo gradu instituti, an per aditionem vnius expiret facta substitutio omnibus? Respondetque, quando pluribus vulgariter substituitur copulatiue, apposita copula, &, veluti si testator dicat, Titium & Caium hæredes instituo, & si Titius & Caius hæredes non fuerint, talem substituo: in hoc casu per aditionem vnius cohæredum expirare substitutionem in totum; ita quòd, vno adeunte, quamuis cæteri omnes repudiarent, substitutus non veniet ad partes repudiantium, sed coheres adiens hæreditatem pro sua parte, totum habebit iure accrescendi, vt dictum est: & volunt Bald. & Angel. *in l. cum quidam, C. de impub. & aliis substit.* Quod est intelligendum, scilicet, quòd, vno cohæredum adeunte, in totum expirat substitutio quoad omnes alios; nisi si substitutio esset facta seruo communi duorum hæredi instituto: qui casus habetur *in l. fin.* §. 1. *ff. de vulgar. & pupil.* quia si iussu vnius dominorum seruus adierit hæreditatem, & non iussu alterius, sed eam repudiauerit, tunc portio repudiata cedit substituto, non autem Domino iubenti; eò quòd verba hæc: si hæres non erit, per relationem ad seruum communem, intelliguntur separatim, & disiunctiue, *vt l. & proculo, ff. de legat.* 2. & *l. qui heredi*, §. *si duorum seruo, ff. de condit. & demonstrat.* Vide cætera si placet apud Guillel. *ex num.* 128.

205 Sed quid dicendum, quando minor, cui datus est substitutus, repudiauit hæreditatem? Esto, minor ipse possit beneficio restitutionis hæreditatem rursus adire, ante restitutionem statim admitti substitutum ita Bartol. *in l.* 1. *n.* 19. *ff. de vulgar.* Et est communis, secundum Guiliel. Benedict. *tit. de vulgar. n.* 6. post Gloss. *in l.* 2. §. *expectandi, verbo repudiauerint, de bon poss. secundum tabul.* Ratio, quia quamuis beneficium restitutionis in integrum prosit, non est in cōsideratione, antequam obtineatur: Innocent. *in c. Pastoralis, post principium, de caus. possess.* Paul. de Castr. *in l.* 2. *C. de religios. & sumptib. funer.* & alij, quos sequitur Tiraquel. *de Retract. lignag.* §. 22. *gloss. vnica, n.* 58.

206 Quinimò huic sententiæ etiam est locus in filio maiori, si se abstineat à paterna hæreditate, quia potest reuocare suam abstentionem intra triennium. Nihilominus si detur filio maiori substitutus, poterit interim adire hæreditatem substitutus. Est etiam Bartol. *in l.* 3. *ff. de acquir. hered.* Costa sequitur *in c. si Pater*, 2. *p. verbo, subsequenter & filia, n.* 17. *de testā. lib.* 6. & ita tenendum est, quamuis aliqui contradicant.

Non abest, sed adest etiam alius effectus vulgaris
207 substitutionis, si filius familias hæres instituatur, & illi detur vulgaris substitutus, & si filius abstineat se ab hæreditate, nunquid veniat pater ad hæreditatem filij? Responsio est negatiua: excluditur enim per substitutum: ita Curtatius *in l. post aditam, n.* 46 *C. de impub.* & Ioan. Bapt. *in l. legatum, n.* 31. *de legat.* 1. eo quia, vt excludatur substitutus, opus est institutum adire, vel alium constituere hæredem: atqui filio se abstinente & repudiante, pater non est hæres per filium: igitur substitutus excluso patre repudiantis præferri debet; quia vocatur à testatore, & pater vocatur ex dispositione legis, secundùm *legem* 2. §. *si duo, de bonor. poss. secund. tabul.* Hæc sententia est probabilis.

Contraria tamen est verior, secundùm quam pater admitti debet ad hæreditatem, filio familias hærede instituto non acceptante hæreditatem, excluso substituto qui datus est filio: ita Bartol. *in l.* 1. *n.* 21. Alciat. *n.* 86 & Guiliel. Benedict. *in c. Raynutius. tit. de vulgar. n.* 96. quam partem etiam tenet Gloss. *in l. fin. in princip. vers. recusante, C. de bon. quæ liber.* Fundamentum deducitur ex *eadem l. fin.* vbi repudiante filio vocatur pater, quasi ab initio fuisset vocatus hæres, igitur substitutus excluditur per *l.* 3. *de acquir. hered.* ex qua respondetur, repudiante filio, fieri patrem immediatè hæredem mediante repudiatione filij; sicuti quando filius hæreditatem acceptat, ius adeundi adhæret personæ ipsius filij, prout docet Bartol. *in l. si potest, n.* 13. *de acquir. hered.* ita similiter lex transfert in patrem omne ius, ex consequenti lex ipsa immediatè patrem hæredem per filium constituit; imò in bonis profectitiis repudiante filio admittitur pater, substituto excluso; vt volunt Alciat. *in l.* 2. *n.* 19. *de vulgar.* & Iason *in l. cum proponas, n.* 21. *C. de hered. instit.* Quamuis contrarium sentiat. Bald. & Corneus *in l. fin. C. de bon. quæ liber.* vbi volunt in bonis profectitiis, filio repudiante, admitti substitutum, excluso patre. 208 209 210

EPITOME.

211 *Substitutio compendiosa quæ sit, & quas comprehendat? num.* 211. & 212.

213 *Item substitutiones ibi contentæ sunt tacitæ, & quando expressæ sint.*

214 *l. Centurio, & l. precibus, diuersos habent intellectus: concordari tamen possunt. num.* 214. & 215.

216 *Substitutio compendiosa verbo communi facta post pubertatem valet iure fideicommissi; & ante pubertatem, vt directa pupillaris, etiam matre exclusa.*

217 *Facta autem per verbum obliquum, quocumque tempore fiat, valebit vt fideicommissaria.*

218 *Substitutio compendiosa verbis ambiguis facta quomodo valeat, & sub quibus verbis: quorum quædam sunt directa, indirecta, obliqua, communia, & quædam ciuilia, & num.* 219.

220 *Substitutio reciproca quæ sit, & quas substitutiones complectatur. n.* 220. & 221

222 *Substitutio reciproca quæ requirit vt fiat validè?*

223 *Substitutio fideicommissaria quibus verbis fiat?*

224 *Fideicommissa quædam sunt vniuersalia, quædam particularia: ex vniuersalibus detrahitur Trebellianica: ex particularibus Falcidia.*

225 *Hæres institutus, & grauatus, si ingrediatur Religionem, an transmittat bona in monasterium bonorum incapax; & quid si fuerit capax? n.* 225. 226. & 227.

228 *Hæres grauatus si restituat, & post restitutionem habeat alia bona ab ipso hærede, an teneatur restituere fideicommissario? n.* 228. & 229.

230 *Hæres grauatus tenetur restituere bona defuncti, nec non & legata, non tamen disposita inter viuos.*

231 *Fidem præſtans de reſtituendo incapaci bona teſtatoris, ſi habeat cohæredem, & moriatur, an accreſcat eius portio alteri cohæredi?*

232 *Hæres non conficiens inuentarium, an priuetur quarta Trebellianica? Pars affirmans eſt probabilis; pars negans eſt vera: & num. 233.*

234 *Filius purè grauatus, vel poſt certum tempus, illo euèniente tenetur reſtituere fideicommiſſario, qui admittitur etiam ad excluſionem filij hæredis grauati.*

211 SVbſtitutio compendioſa, quæ ab aliis ſubſtitutionibus ſpecificè differt, illa eſt, quæ ſub conditione mortis, vel alia, plura complectitur tempora: Bartol. *in l. centurio, de vulgar.* Couar. *in cap. Raynunt. de teſtament. verbo, ſubſtitutio compendioſa,* & Gom. *tom. 1. reſolut. cap. 7 num. 1.* vbi ait hanc ſubſtitutionem compendioſam poſſe fieri cuilibet hæredi, ſiue deſcendenti, ſiue extraneo, in omni tempore & caſu: & ita vocari, quaſi comprehendat, & poſſit comprehendere omnes hæredes inſtitutos, & omnia tempora, & ætates eorum, & ſimiliter omnia bona ſibi relicta: text. *in cap. ſi pater, de teſt. in 6.* Nec differt hæc deſcriptio à definitione Bartoli, quamuis ſit vberior illa, quæ traditur à Bartolo.

212 Comprehendit ergo ſubſtitutio compendioſa ſubſtitutionem vulgarem & pupillarem, nec non fideicommiſſariam, ac denique omnes alias, quæ ſecũdùm perſonæ facientis, & recipientis qualitatẽ, poſſunt fieri. Quæ omnia exemplis oſtendi poſſunt. Nam ſi pater vel aſcendens dicat: Inſtituo filium, vel filios meos hæredes, & ſubſtituo Titium: tunc ſi filius, vel filij non ſint hæredes; ſubſtitutus erit hæres ex vulgari: ſin autem ſint hæredes, & moriantur in pupillari ætate; ſubſtitutus ſuccedet ex pupillari: quòd ſi moriantur poſt pupillarem ætatem; ſubſtitutus admittitur ex fideicommiſſaria, & tenentur ei bona reſtituere, detractis detrahendis: quòd ſi talis filius euadat furioſus, vel fatuus; admittetur ſubſtitutus ex exemplari. Quare ſubſtitutio compendioſa non verificatur ſimul in omnibus ſubſtitutionibus ſub ea contentis; ſed ſucceſſiuè: Spino, *in ſpecul. gloſſ. 24. num. 5.* Mol. *tom. 1. diſp. 192. pag. 1072.*

213 Quæri poteſt an ſubſtitutiones contentæ in hac ſubſtitutione compendioſa ſint tacitæ, vel expreſſæ? Reſolutio ſit eſſe tacitas: ſpecialiter, cùm non ſint per teſtatorem expreſsè declaratæ, ſed genericè, vel effectiuè ſunt expreſſæ, nam ſub generali verborum conceptione comprehenduntur: ex quo deducitur per ſubſtitutionem pupillarem, quæ continetur in compendioſa excludi matrem, ſicut per expreſſam, & ſpecificam: text. expreſſus *in l. precibus, verſ. ſi verò, el 1. C. de impuber. & aliis ſubſt.* text. *in cap. ſi pater, de teſtam. in 6.* Illa autem quæ comprehenditur in vulgari, non eſt expreſſa, ſed tacita omninò; non enim eſt per teſtatorem ſpecialiter, nec generaliter inducta, ſed ab ipſa lege ſolùm; ac proinde mater per illam non excluditur: ita Bartol. *in l. Lucius, eodem tit. col. 2. num. 7.* & *ibi* Scribentes. Idem Bartol. *in d. l. precibus,* Guiliel. Benedict. *in cap. Raynunt. de compendioſ. ſubſtit. verbo, ſi abſque liber. 2. p. n. 9.* vbi vult ſecundùm omnes, pupillo moriente infra pubertatem, matrem omninò excludi. Idem ſi filius eſſet mente captus, & decederet in dementia, excludi matrem virtute exemplaris ſubſtitutionis in compendioſa comprehenſæ: & in hoc conuenire leges illas duas, *Centurio,* ſcilicet, & *Precibus.* Pariter idem conueniunt eædem leges, ſi filius decederet factus pubes, matre in medio non exiſtente, aut alia ex dictis perſonis nominatis: tamen ſi filius teſtatoris, & hæres decedat poſt pubertatem extincta iam pupillari ſubſtitutione matre viuente, quoad bona filij aliunde, quàm à teſtatore accepta omnes conueniunt nihil venire ad ſubſtitutum; ſed quoad bona, quæ quondam fuerunt ipſius teſtatoris: in quo *lex Centurio,* & *lex Precibus,* ſunt diſcordes.

Dicendum tamen eſt *leges, centurio,* &, *precibus,* nullam inter ſe contrarietatem pati, ſed tam *in l. precibus,* quàm *in l. centurio*, validam eſſe ſubſtitutionem omni tempore tanquam directam. Quod probatur per text. *in eadem l. precibus,* ibi, dum in fine ait: *velut ex cauſa fideicommiſſi*, quibus verbis vſus eſt Imperator non ſine myſterio, & per illa oſtenditur, quòd illa ſubſtitutio non fuit fideicommiſſaria, ſed directa; quia dictio, *velut,* indicat ſimilitudinem; quaſi dicat talem ſubſtitutionem valere ad ſimilitudinem fideicommiſſi: quod eſt dicere, quòd valet iure directo ad ſimilitudinem fideicõmiſſi: & ſimilitudo in hoc apparet; quia ſicut per ſubſtitutionem fideicommiſſariam non ſucceditur filio hæredi, ſed teſtatori; inſuper nec in bonis filij, ſed teſtatoris tantùm; ſic etiam in noſtro caſu ad ſimilitudinem fideicommiſſariæ ſubſtitutionis per hanc directam ſubſtitutionem militarem, filio decedente poſt pubertatem, non ſucceditur illi, nec in ſuis bonis, ſed militi, & in bonis militis teſtatoris duntaxat; vt etiam dicitur *in eadem l. precibus,* per hæc verba, ibi: *bona quæ cùm moreretur, patris eius fuerunt.* Idem dicitur *in d. l. centurio.* Spin. *gl. 24. num. 8.* 214

Concordat Coſta *in cap. ſi pater 3. p. verbo perſonis, num. 31.* dicens quod ſubſtitutio militaris directò facta filio, intelligitur facta in bonis teſtatoris; non iis dumtaxat bonis, quæ poſt mortem filij ſupereſſent: poteſtque ſubſtitutus militaris filio datus reuocare ab eodem filio alienata. Miles tamen per directam militarem, vt dictum eſt, nequit hæredem filio conſtituere, qui eidem filio directò ſuccedat, ſed per eam militarem ipſi duntaxat teſtatori ſuccedit: Mol. *tom. 1. diſp. 192.* Spin. *ſup. num. 7 & 8.* 215

Ex dictis ſequitur ſubſtitutionem compendioſam verbo communi factam, nimirum; quandocunque deceſſerit filius meus, ſubſtituo ei Titium: quamuis poſt pubertatẽ valitura ſit iure fideicommiſſi, valere nihilominus tanquam directam pupillarem ante pubertatem, etiam matre excluſa. Coſta *vbi proximè num. 37.* vbi *num. 38.* loquitur de ſubſtitutione compendioſa etiam verbo communi codicillis facta, additque continere etiam directam pupillarem ex defuncti voluntate, ex qua reſultat fideicommiſſum pupillare ante pubertatem, poſtea verò eſſe fideicommiſſum vulgare. 216

Cæterùm ſubſtitutio compendioſa facta per verbum merè obliquum, verbi gratia: inſtituo filium, vel filios meos hæredes, & quandocunque decedant, hæreditatem, vel bona reſtituant Franciſco, vel diſtribuantur inter tales: omni tempore tam in pupillari ætate; quam poſt pubertatem valebit, vt obliqua fideicommiſſaria: Bartol. *in d. l. centurio, col. 5. n. 20.* & *ibi* Scribentes, præſertim Ripa *co. 32. n. 101.* & idem Bartol. *in d. l. precibus, C. de impub. & aliis ſubſt. col. penult. n. 11.* & in hoc caſu talis ſubſtitutio non comprehendit etiam vulgarem ſubſtitutionem, neq; ipſam pupillarẽ expreſſam; ſed ſolam fideicommiſſariã tanquam ſibi propriã comprehendet, quòd ſi repudietur hæreditas, vitiabitur fideicommiſſaria, ſi non cõpellatur hæres adire, & reſtituere; ita Bart. *in d. l. cent. col. 6.* Quod procedit quãdo verba obliqua referuntur ad hæredem grauatum; ſecùs ſi tendant ad ipſum teſtatorem, videlicet ſi ita dicat: ego teſtator poſt obitum filij mei, reſtituo hæreditatem Franciſco; tunc enim continebit directam pupillarem: ita Bald. *in l. humanitatis, C. de impub. & aliis ſubſt.* 217

subst. col. 15. *vers. Mirabile tibi dicam*: addi potest etiam contineri fideicómissariam post pubertatem.

218 Item substitutio compendiosa verbis ambiguis, & communibus facta valet iure directo pupillaris ante pubertatem: postea verò iure fideicommissi. Sunt enim verborum, quibus fit substitutio, quædam directa propria, quædam indirecta, seu obliqua, quædam communia, & quædam ciuilia, vt Iurisperiti vocant. Verba directa dicuntur, quæ referuntur ad factum instituti, vel substituti, & operantur eundem effectum, vt institutus, vel substitutus capiat bona propria authoritate, veluti si dicat testator, Petrus bona capiat: Gloss. *in l. eam quam, verbo, directo, C. de fideicommissis*, Costa *in cap. si pater, 1 p. verbo, moreretur, de testam. lib.* 6. Molin. *tom.* 1. *disp.* 150. *vers. Ad cuius rei intelligentiam*, siue interueniat substitutio, siue non; sicut quando testator ait: Relinquo omnia mea bona, seu tantam partem eorum Petro, sunt verba directa: sicut etiam sunt, quando ait: Instituo Petrum hæredem, & si ille hæres non fuerit, instituo Paulum: idem Molin. *disp.* 192. *vers. alterum est*. Spin. *in specul. gloss.* 24. *n.* 5.

219 Indirecta verba, seu obliqua, quæ fideicommissariam substitutionem denotant, per quam quis sibi relicta à testatore non ab illo directè, & immediatè est recepturus, sed ab illius hærede, siue hæres sit ex testaméto, siue ab intestato; & ideò fideicommissaria vocatur substitutio indirecta, quæ fit & dignoscitur per hæc verba: Rogo, Volo, Mando, & his similia, quibus loquitur cum hæredibus, vt ipsi mandent executioni, quod à testatore dispositum est. Verba item comparatione directæ institutionis propria, ac ciuilia ea sunt, quæ seruata proprietate sermonis, nequeunt trahi ad fideicommissariam substitutionem, neque ad legatum, vt cùm dicit: sit Petrus meus hæres, aut, sit hæres: item instituo Petrum hæredem, seu instituo Petrum in quarta bonorum meorum, vel in tali fundo.

Communia verba dicuntur, quæ accommodari possunt tam ad directam hæredis institutionem, quàm ad indirectam, aut fideicommissariam hæredis institutionem: qualia sunt verba, Relinquo, Succedat, Restituat, Spin. & Mol. *vbi sup.* Vbi cum Panormit. *in cap. Raynunt. de testament. n.* 15. addit verba propria, & ciuilia in hæredum substitutionibus conficiendis, denotare substitutionem directam esse; veluti si quis dicat: instituo hæredem Petrum, & si decedat sine liberis, sit hæres Paulus; aut, instituo Paulum: per quæ verba directè Paulus capit hæreditatem ab ipso testatore: & sequitur Bald. *in l. humanitatis, C. de impub.* quem referens sequitur Spino *d. n.* 5. post Alexand. *in l. Ciuilibus, n.* 7. *de vulgar.*

220 Substitutio reciproca, seu breuiloqua, est quæ breuiloquio plures æqualiter, ac reciprocè complectitur substitutiones, seu est illa qua instituti sibi vicissim substituuntur. Quoad personas non est dubium complecti plures substitutiones, veluti si dicas: Instituo Petrum, & Paulum meos hæredes, & eos inuicé substituo, vbi saltem sunt duæ substitutiones vulgares: si vterque est impubes, sunt duæ vulgares, & duæ pupillares: Si alter est impubes, alter pubes, sunt duæ duntaxat vulgares, quia hæc substitutio comprehendit eas tantum, quæ simul conueniunt vtrique substituto: Couar. Ita *de testam. cap.* 16 §. 7. *n.* 4. Poterit etiam complecti duas fideicommissarias; videlicet, si fiat in testamento verbis obliquis, hoc est verbis, quibus iubeantur hæredes, vel rogentur, vt ille qui priùs decedit, restituat aliis hæreditatem. Idem dicendum si fiat per Codicillum: Less. *de iust. lib.* 2. *cap.* 19. *dub.* 7. *n.* 92. Sed clariùs Gomez. *tom.* 1. *variar. cap.* 8. dicens quando pater instituit filios impuberes, & eos inuicem substituit, in personis eorum, esse vulgarem, & pupillarem; quia vtrique possunt conuenire: Secùs si alter est pubes, & alter impubes.

Vtrùm autem in reciproca substitutione contineatur expressa vulgaris, & expressa pupillaris, ambigi potest; cùm id colligatur ex legis dispositione: 221
vt tradit Spin. *gloss.* 26. *num.* 2. *ad fin.* Sed verius est, pupillarem, quæ in reciproca continetur, esse expressam saltem verbis generalibus, & ideò matré pupilli excludere: probe *in l. Lucius, de vulgar.* & habetur expresè *in l.* 13. *tit.* 5. *part* 6. ibi: *y en la substitucion, que es fecha desta manera, se contienem quatro substituciones, dos vulgares, é dos pupillares.* Atq; ita per hanc substitutionem sicut per expressam pupillarem excluditur mater, etiam quando testator ait: filio meo substituo Titium: in hac specie comprehenditur vulgaris, & pupillaris expressa, per quã excluditur mater pupilli: Bartol. *in d. l. Centurio, de vulgar. n.* 32. Secùs quando in reciproca substitutione fuerit expressa forma vulgaris substitutionis, videlicet, si testator dicat: Instituo filios meos impuberes, & si quis eorum non erit hæres, substituo eos inuicem. In hoc euentu cum ea verba aduertentur pupillari, erit tacita pupillaris, per quam pupilli mater non excluditur. Quæ resolutio est communis per Bart. *in l. Lucius, n.* 19. *de vulgar.* & Iacobin. *in l. precibus, num.* 24. *C de impub. & aliis subst.*

Requiritur item, vt substitutio reciproca procedat, quòd fiat inter pares personas. Quòd si fiat inter impares, & ad personas impares referatur, complectetur solam vulgarem substitutionem inter personam vtriusque: *l.* 2. *C. de impuber.* quamuis testator tres habeat filios, alterum puberem, & duos impuberes: tunc substitutio reciproca ad eos relata complectetur solam vulgarem: ita Guilhel. Benedict. *in c. Raynunt. de Breuiloqua, n.* 57. Gom. *d. c.* 8. *n.* 2. Spino *supra, n.* 7. subdens hoc procedere, etiamsi cum reciproca misceatur compendiosa substitutio, vt quia habens filios inæquales, quandocunque decesserint, eos inuicem substituit; tunc enim in hac reciproca substitutione propter concurrentiam compendiosæ in persona vtriusque, comprehendet vltra vulgarem substitutionem, fideicommissariam post aditam hæreditatem: pupillaris tamen non comprehenderit, eò quòd ratione imparitatis personarum, non habet locum: ita Bartol. *in d. l. Lucius, n* 6. communiter receptus contra Paul. de Castr. *in l. in testamento, n.* 4. *C. de testament. milit.* 222

Denique de substitutione fideicommissaria sequitur dicendum, quæ non oritur ex verbis, Mãdo, Volo, Iubeo, quæ sunt ciuilia; sed ex verbis deprecatiuè prolatis; videlicet, Deprecor, Rogo, & similibus: neque ex rigore iuris, sed ex mera voluntate hæredis restituitur. Distinguunt tamé in hoc fideicómissum & legatum: quia legatum verbis directis relinquitur, fidei autem cómissum verbis deprecatiuis: quæ fuit causa inducendi fideicommissa, vt quibus non erat integrum directò hæreditatem relinqui, relinqueretur ab his fideicommissum qui capere poterant ex testamento: ita Duaren. *in l. si quis a filio §. si parti, de leg.* 1. & Menezius *in rub. de fideicommiss.* Hinc fit vt hæredes rogati hæreditatem restituere, si noluerint restituere, auferatur ab illis hæreditas tanquam ab indignis, quia legi fraudem videntur fecisse; *l. in tacitis, ff. de leg.* 1. *l. prædonis loco, de petit. hered.* Atque ita qui inuiti restituunt, & inuoluntarij, nequeunt deducere falcidiam, neque Trebellianicam: *l. heres, de his quib. vt indign.* 223

Vt autem procedatur in hac materia clariùs, fideicommissa quædã sunt vniuersalia, quædam particularia. Vniuersalia, quæ vniuersali hæreditate per 224

fideicom

fideicommissum relinquuntur, & ex illis, hoc est ex vniuersa hæreditate per fideicommissum relicta, deducitur Quarta Trebellianica per hæredem: sed ex fideicommisso particulari; hoc est ex legatis, detrahitur falcidia: & ita hæres restituta hæreditate tenebitur creditoribus testatoris pro sua tantùm quarta: fideicommissarius autem ad omne illud, quod ad illú peruenit: *l. 1. §. si is qui quadraginta, ad Trebellian.* quæ Quarta Trebellianica non est quota bonorum, sed quarta hæreditatis: vt *in l. si legatus, §. si filio familias, vers. multú interest, ad Trebell: §. sed quia stipulationes, vers. pro rata, Instit. de fideicommissar. hæreditat.* & *l. fin. tit. 11. part. 5.* Quod est maximè tenendum, quia cui pars bonorum restituitur, non tenetur ad aliqua onera, neque ad æs alienum, *l. si quis seruum, § 1. de leg. 1.* Quinimò omnes actiones, quæ pertinebant ad hæredem inscriptum, restituta hæreditate pertinent ad fideicommissarium vniuersalem, & hæres pro sua tantùm Quarta tenebitur satisfacere creditoribus, vt dictum est. Quod si amplius hæres restituat quàm tenebatur restituere, potest repetere contra fideicommissarium, penes quem fideicommissum reperitur.

225 Sed quid si hæres institutus, & grauatus hæreditatem restituere, ingrediatur Religionem bonorum incapacem, & profiteatur, an transeat ad fideicommissarium statim, vel ad venientes ab intestato, hæreditas? Affirmat Bartol. *in l. cum pater, §. hæreditatem, el primo, de legat. 2.* non esse expectandam mortem naturalem Religiosi: Bald. *ibi.* Alexan. *cons. 112. lib. 2.* idem Bartol. *in tract. Minoritarum, 4. p. vers. statim,* quia Monachi minores sunt incapaces bonorú: *Clement. exiui de Paradiso, de verbor. significat.* Ergo non est quod expectetur mors naturalis Religiosi.

226 Dicendum tamen est mortem naturalem esse expectandam, vt restituatur fideicommissum: vt per Costam *in l. Gallus, §. & quid si tantum 2. p. n. 12. de liber. & posthum.* & Menchac. *de success. creation. §. 21. n. 171.* Et interim dum expectatur mors naturalis, bona illa manebunt penes venientes ab intestato, eò quia in conditionibus implendis mors Ciuilis non adæquat mortem naturalem, nisi in casibus à iure expressis: vt tradit Costa *in d. l. Gallus, §. & quid si tantum, iuuat l. 1. §. fin. vers. & si pater ff. de contra tabul.* vbi filius si deportetur, non intrat nepus in bonorum possessionem contra tabulas ipsi auo; quoniá filius naturaliter mortuus nó est, cú nó æquiparetur Ciuilis naturali morti: ita Glust. *in c. susceptũ, de rescr. lib. 6.* & Cost. *vbi sup.* post Felin. *in c. in præsent. de probat.*

227 Contra verò si professio facta sit in Monasterio bonorum capaci, & bona quæ per fideicommissum sunt restituenda prohibita sint alienari; tunc facienda est statim restitutio fideicommissario: ita Alex. *cons. 23. lib. 3.* quia bona alienari prohibita in fauorem certarum personarú, quibus fideicommissú relictú est, nequeunt in extraneos hæredes venire: Greg. Lop. *lib. 6. tit. 11. p. 6.* & Mol. *lib. 4. de primog. cap. 11. n. 34.* Secùs in bonis liberis non prohibitis alienari.

228 Porrò quando hæres grauatur à testatore vt restituat hæreditatem, si post factam restitutionem fideicommissario, bona alia veniant ad hæredem ex aliquo filio, vel fratre, vel cohærede testatoris; an tenebitur hæres grauatus restituere fideicommissum, restituere etiam bona quæ postea peruenerunt? Negant aliqui restituendum esse fideicommissario, sed posse hæredem sibi reseruare, quia solùm tenebatur restituere, quod tempore traditionis habebat: Argumento *l. Rutilia Polla, de contrah. emption.* vnde portio quæ postea superuenit hæredi venditori, illi accrescit, & non emptori; quin etiam post venditionem manet adhuc hæres: ex Regula *l. etsi sine, §. sed quod Papinianus, de minor.* Atque ita in nostro casu hæredi, & non fideicommissario accrescit illa portio de nouo superueniens: ex traditis per *l. vnicam, C. quando non petentium partes, vers. is solus,* vbi portio superueniens non emptori, sed hæredi accrescit: vt vult Gomez. *1. tom. resolut. cap. 10. num. 44.*

Contraria tamen sententia magis placet: fideicómissario scilicet, & non hæredi scripto bona illa esse reddenda; cùm sit fideicommissarius vniuersalis successor ipsius testatoris; & ex voluntate defuncti habet omnia iura hæredis: & ideo quod accrescit de nouo, non hæredi, sed fideicommissario est reddendum. Bartol. *in l. re coniunctis, n. 16. de leg. 3.* Gutier. *in l. vnica, C. quando non petent. partes, n. 56.* Ad contraria pro priori sententia: diuersa est ratio de emptore, qui titulo particulari succedit, cui non restituitur hæreditas superueniens post hæreditatem vénditam ab eo, nisi hæreditas cum omni emolumento, & augméto vendita fuerit, vel cùm hæres cedit omnes actiones, in quo euentu habet locum fideicommissarij, & tunc consequitur quidquid de nouo ex defuncti bonis superuenerit: vt notat Brolcius in *l. fin. n. vlt. de transaction.* 229

Ex dictis infertur hæredem grauatum restituere quidquid ad eum ex bonis defuncti peruenerit, teneri, vt & non ad restitutionem legatorum: *l. cum virum, C. de fideicommiss.* Non tamen teneri restituere bona, quæ ex dispositione inter viuos ab eodem defuncto prouenerint: vt habetur *in l. si filia petit, ad Trebell.* ita Roderic. Suar. *in l. quoniam in prioribus, declarat. leg. Reg. q. 6. n. 1. C. de inoffic. testam.* Quod procedit etiam in donationibus mortis causa factis, quæ confirmantur morte donantis, vt *in Auth. ex testam. C. de collat.* Et ideò non debét restitui à grauato per fideicommissum text. *in l. sequens q. ff. de leg. 2.* Eò quia quamuis donatio causa mortis non veniat ad donatarium, nisi post mortem donátis, nullo modo dependet à testamento, vel ab hæreditate relicta, & consequenter nihil habet quod restituatur. Similiter non tenebitur grauatus restituere fructus ex re subiecta restitutioni medio tempore perceptos, vt colligitur ex *l. quod his verbis, de leg. 3.* & ex *l. hæredes mei, in principio, ad Trebell.* Peralta *in l. 3. §. qui fideicommissum, n. 138. de hæred. instit.* 230

Dubitari potest, an quádo testator cóstituit duos hæredes, & vnus illorum dedit fidem testatori de restituendo incapaci filio, & alter mortuus est, an portio defuncti accrescat cohæredi viuo? Respósio est negatiua, nihil enim accrescit cohæredi viuo, qui fidem præstitit de restituendo incapaci, quia priuatur eo ipso omni emolumento, & re, quam rogatus est restituere: *l. 1. l. 3. § cum ex causa, de iur. fisc.* Gomez. *in l. 9. Tauri, n. 21. & sequent.* Eò quòd portio cohæredis deficientis aufertur ab eo, & in tota hæreditate nihil habet: *l. si totam, de acquir. hæred.* quæ desumpta fuit ex Vlpian. *lib. 18. ad l. Iuliam & Papiam,* Bald. *ad l. de iur. ciuil C. de leg. Papian. pag. 93.* Sequitur Riminald. *in l. vnica, n. 113. C. quando non petent. part.* Sed de his incapacibus, seu ipsitis diximus *supra lib. 1. disp. 2. §. 4. ex n. 138. vsque ad n. 166.* Quinimò hæres institutus contemplatione incapacis, neque Quartam detrahit, neque fructus perceptos pendente conditione de restituendo, facit (nos: *l. in fideicommiss. §. cum Pollidius de vsur.* Bartol. & Iason *in l. post mortem, n. 5. C. de fideicommiss.* 231

Peres an etiam hæres, qui non fecit inuentarium, priuetur Quarta Trebellianica de fideicómisso vniuersali, sicut priuatur falcidia de legatis particularibus, attenta dispositione text. *in auth. bent. de hæred. & falcidia, §. sancimus. & § si verò non fuerit, collation. 1.* Pars affirmans probatur ex præsumptione, quæ oritur ex inuentario non confecto, qua videtur hæres subtraxisse multa bona ex rebus hæreditatis, & ideò 232

obliga

obligatur in solidum creditoribus, & legatariis, etiam vltra vires hæreditarias, & non potest detrahere quartam falcidiam, ergo nec Trebellianicam, cùm in vtraque par ratio appareat.

233 Nihilominus contrarium est dicendum, posse scilicet hæredem grauatú reseruare Quartam Trebellianicam, non obstante culpa non conficiendi inuentarium: ex ea ratione, quia iura quæ priuant hæredem Quarta falcidiæ, cùm sint pœnalia, non extendũtur ad Quartam Trebellianicã, nec illi possunt adaptari: ita Bartol. *in l. Marcell. ff. ad Trebell. col. fin.* & ibi Angel. de Perus. idem Bart. *in Auth. sed cum testator, C. ad l. falcid. col. penult. n.* 12. & ibi Bald. *col.* 1. *in fin.* & *in l. filium quem habentem, C. famil. ercisc. col.* 11. *n.* 43. Nec obstat teneri hæredem grauatum pro non confecto inuentario in solidum creditoribus, & legatariis: Quia per hoc non amittit quod sibi debitum est aliunde ab ipso defuncto, ac proinde potest Trebellianicam sibi retinere, vel petere ab ipso fideicommissario: ita Socin. *in l. debitori. C. de pact.* Cuma. *in l. debitori. ff. ad Trebell.* Franc. de Aret. *in l. cũ hæred. ff. de acquir. hæred.* Quinimò fideicõmissarius potest ea persona sua facere inuentarium, hærede grauato non faciente, & gaudebit commodo, & beneficio illius, cùm sit hæres vtiliter, & [et] in effectu: vt *in l. si filius famil. §. primò, ff. quod cum eo, qui in alien.*

234 Quid dicendum quando testator grauauit filium, vel descendentem, vt restituat bona relicta vltra legitimam alteri purè, vel post certum tempus. Responsio est, teneri filium grauatum restituere adimpleto tempore, & substitutum esse admittendum, & præferendum filio: ita Bart. *in d. l. cum auus, col.* 1. *de condit. & demonst.* & ibi Paul. de Castr. *col.* 1. Bald. *in Auth. nisi rogati, C. ad Trebell. col. penult. in fin. n.* 20. Quòd si pater instituat filium hæredẽ, & illum grauet vltra legitimam, vt restituat suum Tertiũ nepoti, quem habebat ex filio grauato, & postea ipse filius grauatus alios gignat ex eadem vxore, quæ tempore testamenti adhuc filius poterat parere; dicendum est, omnes debere admitti, si qui nati sunt; quia videtur substituisse nepotẽ sub conditione tacita, si alij nepotes ex eodem filio non nascantur: secùs si auus non cogitauit de aliis filiis nascituris, quia fortè nurus erat infirma, & ætate grauis; tũc enim non exspirat substitutio, sed primus nepos tantùm admittitur, & omnes alij excluduntur. Idem dicendũ quãdo habebat alios filios, quia eo ipso quòd nepotem illũ substituit, cæteros voluit excludere: vt habetur *in l. cùm prætor. ff. de iudic. & in l. maritus, C. de procur.* similiter si pater grauauit filiũ vt bona accepta vltra legitimã restituat alteri nominatim si decesserit sine filiis masculis, succedet substitutus exclusa filia fœmina; quia potuit excludere filiam in bonis suis vltra legitimam: ita Bart. & Paul. de Castr. *in l. in ambiguo, ff. de reb. dub.*

---

§. VIII.

De diuisione bonorum facta à parentibus in vita, & post mortem ab hæredibus inter se, & confirmata à Iudice ne possint postea impugnari.

EPITOME.

235 *Pater potest liberè disponere de bonis suis, & meliorare vnum ex filiis; dummodò non tangat legitimas aliorũ; & donatio facta emancipato valet.*

236 *Pater si diuisit bona inter filios, & tradidit vni aliquam possessionem, an possit reuocare illam.*

237 *Pater si tradidit possessionem filio per actum verum, vel fictum, an possit reuocare traditionem.*

238 *Pater non potest cõpelli, vt assignet legitimas filiis suis in vita, poterit tamen si voluerit, tã in vita, quàm in morte diuidere: & n.* 239.

240 *Pater promittens non reuocare diuisionem inter filios, non poterit reuocare addito iuramento.*

241 *Diuisio omnium bonorum inter filios facta assimilatur donationi omnium bonorum, quæ de iure Castellæ non valet.*

242 *Diuisione bonorum facta inter filios, non interposito pacto iurato de amplius non petendo, an concedatur actio ad petendam legitimam de bonis deinceps anctis? Discutitur n.* 242. *&* 243. *Et pars affirmans magis placet, n.* 244.

245 *Pactio inter patrem, & eius filios apposita super hæreditate de certo modo diuidenda non valet.*

246 *Pacto de succedendo non potest accedere iuramẽtũ per se stãs, nec tãquam confirmatoriũ. & n.* 247.

248 *Filius an possit sibi eligere rem aliquam pro sua legitima.*

249 *Pater nõ potest assignare in pecunia legitimã filij, quæ illi competit ex immobilibus, sed rem quã filius voluerit, dũmodo nõ detur fraus. & n.* 250.

251 *Parentes de iure Regio possunt disponere de suo Tertio, etiã cum grauamine, nõ tamẽ in legitima.*

252 *Parentes in regno Castellæ possunt descendentes in Tertio meliorare per actum inter viuos onerosum, vel actum vltimæ voluntatis.*

253 *Tertium in regno Castellæ potest promitti per contractum: in nostro autem regno hoc non constat per ius nostrum.*

254 *Tertij apud Hispanos, & Lusit. differẽtia quãta sit, in dispositione tã in vita, quã in morte? & n.* 255.

256 *Hispani an possint meliorare filiũ vnicũ in Tertio suorum bonorum. Est quæstio. Et pars negans est certa, adeò vt neque eo grauari possit: de quo diximus supra lib.* 2. *disp.* 4. *§.* 5. *ex n.* 115. *&* 116.

257 *Legitima quanta sit de iure communi vnicuique filio assignanda?*

258 *In regno Nauarræ, & Aragoniæ, quanta sit?*

259 *Portiones inter hæredes quomodo debeant fieri in iudicio, & extra illud. n.* 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 278.

Non est dubiũ, posse patrem liberè disponere de bonis suis, dummodò non ita liberaliter se agat cũ vno ex filiis, vt aliorũ tangat legitimas: *l. si totas, l. si liquerit*, & vtrobique Scribentes, *[C.] de inofficios. donat.* Si autem donauerit filio emancipato, illico donatio valida est: *l. siue emancip. C. de donat.* si tamen filius est in potestate, esto, de præsenti non sit valida, *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* confirmabitur morte patris, si traditio interuenerit: *l. donationes, C. de donat. inter viros. l. Papinianus*, cum Gloss. *ff. eod. tit.* 235

236 Porrò si pater diuisit bona sua in vita inter filios, & vni eorum assignauit maiorem quãtitatem, quàm aliis, & tradidit possessionem; an possit donationem reuocare, & diuisionem, si id fiat inter viuos, siue in testamento? Videtur posse; quia non est donatio talis, diuisio, neque contractus inter patrem, & filium, sed præuia assignatio, habitura post obitũ patris plenum effectum: argumento text. *in l. si filia, §. si pater, ff. famil. erciscund.* quæ sic habet: *Si pater inter filios bona diuisit, non videri simplicem donationem, sed potiùs fecisse supremi iudicij diuisionem.* Ergo potest reuocari augmentum per patrem, vel matrẽ in vltima voluntate, & in vita, etiam sequuta traditione. Igitur in casu præsenti. Nihilominus non posse reuocari talem diuisionem ea eo ostenditur, quia est tacita melioratio, & melioratio facta à parentibus filio, nõ est mera donatio, ex dispositione legis regni, sed est quædam potius electio facta inter filios: ergo non debet reuocari sequuta traditione: vt colligitur *ex l.* 17. *Taur.* Sed posse reuocari, est verius.

237 Quamuis autem videatur omninò requiri quod tradatur possessio meliorationis per actu verum, vt fiat irreuocabilis, nec sufficiat actus fictus, putà clausula constituti, vel traditio clauiū, vel quilibet alios actus fictus, de illis, per quos potest trāsferri possessio, vt in *l. quod meo, ff. de acquir. possess. & in l. clauibus, ff. de contrah. empt. & in l. quisquis, C. de donat. cum simil.* Nihilominus sufficere tradere possessionem per actum fictum, est verius; nā sicut ex vero, ita ex ficto actu vera, & iuridica possessio comparatur: per text. *in l. §. si iuss. ff. de acquir. possess.* Idem ostenditur per *l. quod meo, §. si venditorē, vers. aut si vicinum, eod. tit.* Et constat ex *l. 17. Tauri*, quatenus ait per traditionem instrumenti meliorationem fieri irreuocabilem: ergo idē erit per quemlibet aliū actum fictū & disponitur *in l. 8. tit. 30. part. 3.* Et licèt parentes possint in foro externo meliorare filium, quem maluerint, argumēto text. *in l. cùm quidam, la 2. ff. de legat. 2.* in foro conscientiæ quamuis videatur teneri eligere magis dignum, meritis, & virtutibus præditum, vt decidit Palat. Rub. *in Repet. cap. per vestras, fol. 99. §. 16.* non puto ad id teneri in foro conscientiæ, sed sufficere quòd eligat dignum: & quamuis eligat indignum, adhuc nullam contrahit obligationem restituendi filio digno, quia potest de suo ad libitum disponere; & ad summum, erit veniale; quia est filius, quamuis indignus: excusabitúrque si indignitas procedat ex defectu iudicij, vel aliquo vitio naturali.

238 Cæterùm regulariter non poterit pater compelli, vt assignet legitimas filiis suis in vita, vt est communis Doctorum *in l. lex Cornelia, n. 8. ff. de vulgar.* non enim pater debet filiis legitimā, nisi post mortem: *l. cùm quæritur, Auth. nouissima, C. de inoff. test.* & in vita tantùm filius habet præmaturam quandam spem, teste I.C. in *l. 1 §. si impuberi, ff de collat. bonor.* & Bart. *in l. fin. ff. de liber. agnosc.* esto, filius sit apud hostes, seu in carceribus, adhuc enim non tenebitur pater tradere illi legitimam, vt soluat condemnationem: Bart. *in d. §. si impuberi*, sicut nec filius tenetur in vita assignare legitimam parenti suo, quia vtraque legitima pari ambulant passu: *l. nam etsi parentibus, ff. de inoffic. testam.* nisi filius sit pauper, & capitis damnatus, vt *infra*.

239 Si tamen pater voluerit, in vita, & in morte potest bona sua inter filios diuidere, & diuisio assignata obtinebit vim vltimæ voluntatis: vt *in l. si filia nupta, §. fin. ff. famil. ercisc.* Florian. *in l. qua pater, n. 4. ff. eodem*, ibi: quòd diuisio facta à patre inter filios, censetur vim prælegati habere: sequitur Menoch. *de præsumption lib. 4. præsumpt.* 118 *n. 7.* Atque ita cum voluntas testatoris sit deambulatoria vsq; ad mortem, & diuisio bonorum à patre facta inter filios habeat vim vltimæ voluntatis, siue prælegati; potest pater dictam diuisionem inter filios ab ipso factam, & traditam reuocare; cùm non habeat vim simplicis donationis: Bart. *in l. si filia nupta. §. si pater, ff. famil. erciscund.* Ayora *in tract. part. 3. p. quæst. 56.* contra Gomes. *in l. 17 Taur. n. 21.* tenentem non posse patrem eam reuocare per *d. l. 17.* Sed oppositum, vt dixi, est sequendum; nisi pater expresse velit valere partitionem prædictam factam inter filios, & irreuocabilem esse. Quòd si non exprimatur, in casu dubio semper erit reuocabilis vsque ad extremum vitæ: & hoc modo debet accipi text. *in d. §. si pater inter filios*, quatenus ait habere talem diuisionem vim supremi iudicij; esto, videatur esse actus inter viuos: ita Oldrad. *cons. 231. post princip.* etiamsi deuentum sit ad traditionem: Tiraquel. *de primog. quæst 8. n. 2. & quæst. 68. n. 1.* Paris. *cons. 24. n. 60. & cons. 26. n. 34. lib. 2*, Roland. *cons. 34. n. 69. lib. 4.* Mihi dicendum videtur etiam attento *l. 17. Tauri*, quando filius inter fratres à patre maiorem acceperit partem in diuisione bonorum, in eo excessu censeri tacitè meliorationem, & per traditionem fuisse illam meliorationem irreuocabilem. In quo euentu sententia Gomesij *in d. l. 17. Tauri*, sustineri potest. In cæteris autem bonis, in quibus diuisio fuit æqualis poterit reuocari à patre, & fieri diuisio inter filios, & dispositio pro anima, seruata inter filios æqualitate. Adde hanc diuisionem etiam de iure Lusitano *lib. 3. Ordin. tit. 59. §. 11.* fieri posse à patre in vita inter filios, etiam sine scriptura: quia inter patrem & filios in quantitate quacumque recipitur probatio per testes sine scriptura: vt deducitur ex *d. l. si filia nupta, §. si pater, in verbo, sine scriptura*, & *ibi* Florian.

240 Sed quid si pater promittat non reuocare diuisionem factam addito iuramento? Tunc erit irreuocabilis: ita Ioan. Baptist. de sancto Seuerino, & Cāgool. *in l. frater a fratre, ff. de condict. indeb.* Quod adeo verum est, vt si addatur clausula, quòd ampliùs filij non petant de bonis parentis, etiamsi augeatur patrimonium, nihil possint petere de substantia paterna postea adaucta, vel diminuta; nec pater aduersus bona filiorum habebit actionem propter iusiurandum. Est communis, Palat. *in Rubr. §. 16. num. 16.* Couar. *in c. Raynaldus, §. 2. n. 3. & 4* Mol. *de primog. lib. 1. cap. 3 n. 5.* & Mench. *de success. creat. §. 18. n. 80.*

241 Nec obest assimilari diuisionem omnium bonorum inter filios donationi omnium bonorum præsentium, quæ de iure Castellæ non valet, per *l. 69. Tauri*, Quia per iuramentum confirmatur; vt *in d. l. Tauri*, tuetur Antonius Gomes. *n. 4.* post alios Neq; enim id aduersatur bonis moribus, neque per hanc partitionem aufertur libertas testandi, cùm bona futura non comprehendantur sub diuisione bonorum præsentium. Ita Alex. *in l. fin. n. 3.* vbi dicit communem, *C. de pact.* Clar. *in §. Donatio, quæst. 142.* Accedit, hanc diuisionem hoc modo factam censeri quasi contractum, cùm facta fuerit in vita, filiis consentientibus, & approbantibus, quorum præsentia, & approbatio non induit naturam vltimæ voluntatis, sed rationem contractus, in quo requiritur consensus: *l. 1 ff. de pact. l. obligat. in instanti 1. ff. de oblig. action.*

242 Porrò quando pater diuisionem inter filios in vita facit, non interposito pacto iurato de ampliùs non petendo: maximè inter se discordant Doctores. Alij asserentes, crescentibus paternis diuitiis etiam filiorum legitimam augendam sutuunt; quamuis considerato tempore partitionis filij integram legitimam receperint: ita Bald. *in l. pactum quod dotali, col. 2. oppos. 6.* & *ibi* Cornens *n. 9. C. de collation.* quibus accedit Menchac. *de success. creation lib. 2. §. 18. n. 83.* & prius *§. 17. n. 16.* ductus quòd ex pacto inter viuos neque datur, neque adimitur hæreditas: *l. hereditas, C. de pact. conuent.*

243 Contra verò alij putant filios non habere ampliùs actionem, nec recursum ad petendam legitimam de bonis, quæ postea accreuerint post assignatam in vita illis legitimam, & traditam à parentibus. Est communis sententia contra Bald. prout vult Guiliel. *in c. Raynut. verbo, duas habens filias, n. 242. vers. tertiò fallit.* Thomas Gram. *decis. 37. ex n. 34.* sequitur Tellus Fernandus *in l. 23. Tauri, n. 16.* vbi huius partis Auctores, & contradictores seriatim refert. Argumento illo, quod habet non reuocari scilicet aliquid de legitima, si diminuantur facultates: ergo non debet augeri legitima, quæ semel fuit soluta integrè, si facultates augeantur.

244 Nihilominus priorum opinio magis placet, cùm sit iuri & rationi magis consona, & magis recepta: quoniam posteriores expresse loquuntur, quando traditur legitima assignata filiis in vita, adiecto pacto iurato de vlteriùs non succedendo patri, secundùm dispositionem *c. quamuis pactum, de pactis*, & non agunt mentionem, nec loquuntur simpliciter sine iuramenti appositione. Atq; ita filij siue sint emancipati,

cipati, siue non, habent ius ad petendum de nouo augmentum legitimæ, cum ex bonis postea auctis, & ex consequenti huiusmodi partitiones a parentibus in vita possunt reuocari: ita Iason *in l. si quando, §. illud, C. de inoffic. testam.* & *in Authent. nouissima, n. 5. C. de inoffic. testam.* & Carol. Ruyn. *cons. 56. n. 7. lib. 3.* vbi docet opinionem Iasonis esse communiorem *in l. quod Seruius, col. fi. 1. ff. de cond. ob caus.* consonat Ripa *in c. cum M. de const. n. 38. vers. arbitror*, dicens contrariam opinionem esse falsam; & contrariam non procedere, nisi apposito pacto iurato de vlteriùs non succedendo, cōcessa ad hoc licentia à Rege, sine qua nō valet iuramēti appositio; sed est interdicta in regno Lusitaniæ in quouis actu, & etiam in illo, secundùm aliquos, qui sine iuramēti appositione non sustinetur, *lib. 4. Ordin. tit. 73.* Vnde requiritur ad Regem recursus, qui dispenset in iuramenti appositione cum derogatione illius legis, quod difficulter conceditur: Valasc. *tom. 1. cōsult. 99.* & *in praxi partit. c. 16. n. 9.* & Thom. Vaz *alleg. 72. n. 31.* vbi tradit annullari contractus, in quibus iuramentum apponitur, imposita insuper pœna contrahētibus, qui eos iurāt.

245 Quinimò de iure communi, pactio inter patrem, & eius filios apposita super hæreditate de certo modo diuidenda, non sustinetur: vt ait Gloss. *in l. fin. C. de pact.* quam sequitur communis opinio, authore Vasquio *de success. §. 18. n. 193.* Quamuis enim tale pactum in vim pacti iuribus non sustineatur: nihilominus si pater vita comite aliter nō statuat, subsistet in vim supremi iudicij: Bart. *in l. tale pactum, §. fin. ff. de pact.* Michael Grass. *in §. successio ab intestato, q. 9. n. 5.* vbi *n. 6.* subdit huiusmodi pactum de succedendo, aut de partienda certo modo hæreditate, iureiurando non firmari: iuxta Glos. *in d. l. pactum, quod dotali, C. de pactis*, & *ibi* Bartol. *n. 3.* Couar. *in c. quamuis pactum, 3. p. in principio, n. 8.* eò quod est iuramentum contra bonos mores; & ideò non est obligatorium: cùm liberam testandi potestatem adimat: Vasquez *de success. creat. §. 18. num. 197.* & Antonius Gabriel, *tit. de pact. conclus. 1. num. 11.*

246 Vnde tali pacto de succedendo non potest accedere iuramentum, nec tanquam per se stans, neque confirmatorium: Gutier. *in d. c. quamuis pactum, verbo, implores lex ciuilis, n. 2.* & *de iuram. confir. p. 1. c. 4.* quia moribus bonis aduersatur naturaliter, & turpitudinem continet, iuxta *l. stipulatio hoc modo concepta 61. ff. de verb. oblig.* & iuxta *l. fin. C. de pact.* cuius hæc sunt verba: *Sancimus huiusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, & nihil ex iis pactionibus obseruari, nisi ipse fortè de cuius hæreditate pactum est, voluntatem suam accommodauerit, & in ea vsque ad supremum vitæ spiritum perseuerauerit; tunc enim sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente, & iubēte huiusmodi pactiones seruare: Quod etiā anterioribus legibus, & constitutionibus non est incognitū, licèt à nobis clarius est introductū.* Sic ibi. Ex quo apparet quādo debeat fieri pactū super hæreditate obuētura.

247 Tamen cōsiderato intellectu *huius l. fin. C. de pact.* ibi non agitur de pacto renunciationis hæreditatis, & sic de pacto de non succedendo; sed de pacto hæreditatis alterius viuentis certo quodam modo inter paciscentes diuidenda; & hoc pactum ait fieri firmū de consensu illius de cuius hæreditate pactum fit: quoniam ex solo isto defectu consensus, ac voluntatis erat nullum: ita Alex. *cons. 28. lib. 3.* Contra verò non reperitur in iure lex, aut constitutio, quæ adhibeant robur pacto de non succedendo ex volūtate, & consensu illius, cui tale pactum fit de non succedendo; sed omnia iura illi repugnant: vt ostenditur *in l. si quando, §. illud, C. de inoffic. testam.* & *in d. cap. quamuis pactum.* Atq; ita pactum affirmatiuum de succedendo ita reprobatum est, vt iuramento non firmetur; teste Bart. *in l. fin. num. 9. & 10.* cùm sit contra bonos mores propter votum captādi mortem, quod inducit: sicut non datur pactum de non succedendo negatiuum, quod etiam reprobatur; non quia inducat votum captandæ mortis, imò illud tollit, & ideò iuramēto firmatur: vt ex *d. c. quamuis pactum*, Valasc. *de partition. c. 16. n. 30.* Mol. *tit. 3. de pact. q. 5. n. 6.*

248 Venit etiam in dubium an possit filius sibi eligere rem aliquam, & assumere pro sua legitima. Dico primò integrum esse patri assumere rem aliquam ex bonis suis, & eam nominatim pro legitima filio relinquere: prout volunt Ripa *in l. in quartam, n. 128. ff. ad l. falcid.* per text. *in l. scimus, §. repletionē, C. de inoffic. testam.* & Menoch. *de arbitr. lib. 2. casu 163. n. 1.* Dico secūdo non esse licitum filio, qui nihil in specie ex patre pro legitima accepit, eligere de bonis rē aliquam particularem pro sua legitima: Ripa *supra d. l. in quartam, n. 112.* & *ibi* Alciat. *n. 24.* Rol. *cons. 68. n. 16. lib. 1.* & sequitur Menoch. *vbi proximè, casu 163. num. 16. & n. 19.* vbi *n. 21.* tandem id relinquit arbitrio Iudicis. Vnde non potest filius ante partitiones factas vindicare certum prædium à patre alienatum; quia hoc esset sibi accipere rem sibi loco legitimæ maternæ, quam vult; quod non licet: Valasc. *tom. 1. consultat. 69. n. 26.*

249 Similiter non potest pater assignare in pecunia legitimam filij, quæ illi competit de bonis immobilibus: per text. *in l. scimus, §. sancimus*, vbi Bald. Paul. de Castr. Iason, & alij, *C. de inoffic. testam.* Barto. *in l. suus quoque, n. 10. ff. de hæred. inst.* Ripa *in d. l. in quartum, n. 126. ff. ad l. falcid.* Menoch. *de arbitrar. casu 163. n. 8.* & alij, quos sequitur Cardos. Lusitan. *in praxi Iudic. verbo, legitima, n. 9.*

250 Poterit tamen pater pro legitima filij assignare illi rem, quam voluerit, & eius dispositioni stādum est, dummodò dolus, & iniquitas absit. Menoch. *vbi supra, casu 163. col. 1. & 2.* post Ripam *in d. l. in quartam, n. 128.* Valasc. *in praxi, c. 18. n. 13. & c. 19. n. 25.* vbi *n. 23.* tradit posse parentes in Lusitania assumere suum Tertium in vno prædio, vel alia re quapiam hæreditatis, vel in aliqua parte suorum bonorū, quam voluerit, prout vult Bald. *in Rubric. ff. de rerum diuis. col. 2.* Ripa *in l. in quartam, n. 100. ff. ad l. falcid.* quia ius Lusitanum ita fauet filiis, vt illis assignet duas partes hæreditatis paternæ pro legitima, etiā quando est vnicus tantùm filius, ergo rationi consonum est, vt pater suum Tertium non solùm relinquat cui voluerit, sed etiam vt illud sibi assumat in re certa suæ hæreditatis: cui fauet *l. 19. Tauri*, quæ est seruanda quando ad aliquē casum deest lex Regni, & iuris communis, & sumus in dubio opinionum, recurrendum est ad legem Regni vicinioris: prout tradit Iason *in l. de quibus, n. 6. ff. de leg.* non tamen vt ad legem obligatoriā, sed vt ad meliorem, & magis probatam opinionem. Cum ergo in nostro Regno super hoc lex aliqua non sit promulgata, ratio, petit vt lex vicinioris Regni seruetur; præsertim cùm hæc consuetudo assumēdi Tertiū in re certa hæreditatis, vigeat in Lusitania, dūmodò nō detur excessus nimius: vt disponitur *in d. l. 19. Tauri*, & *ibi* Gom. *in princip.*

251 Posse autem parentes disponere de suo Tertio prout voluerint de iure Regio, illúdque relinquere descendentibus: & his deficientibus, collateralibus; & in eorum defectu, aliis extraneis; etiam de iure Castellæ, *l. Tauri 27* permittit. Ex quo sequitur non esse Tertium bonorum filiorum legitimam, nam si foret, filiis inuitis ad extraneos nō perueniret. Quin etiam si Tertium esset legitima, filij grauari nō possent, vt receptum est posse, quod onus non patitur legitima filiorum, quæ grauari nequit tempore, nec quantitate aliqua nec in conditione, vt *in l. quoniam in prioribus*, & *ibi* Doctores, *C. de inoffic. testam.* Ruin. *cons. 17. n. 7. lib. 2.* Menoch. *cons. 77. n. 4. lib. 1. l. 11.* & *ibi* Gregor. *tit. 4. part. 6.* Quod etiam ex eo constat,

quòd Tertiũ non sit ex legitima liberis debita; quia liberis præter ius possit pater de Tertio nepotibus aliquid concedere: quod non efficeret, si tangeret filiorum legitimas: vt in l. iustas, & ibi Scribentes, de liber. & posthu. ita l. 27. Taur. Quare certum est non esse legitimam, sed tertiam speciem bonorũ; de qua parentes non disponunt, nisi seruata forma d. l. 27.

252 Item in Regno Castellæ possunt parentes, vel ascendentes meliorare in Tertio, & Quinto vnum ex descendentibus per actum inter viuos, vt per viam matrimonij, vel alterius causæ onerosæ, tenenturque promissionem adimplere: vt ex l. 22. & 23. Tauri, vbi Tellus: & confert l. 17. vbi disponit posse parentes meliorare filium in Tertio per contractum inter viuos, reuocabiliter tamen, exceptis tribus casibus. de quibus ibi. In Regno tamẽ nostro an hoc possit fieri non leuiter ambigi potest, quia excepto Tertio, de quo paretes possunt disponere, reliquum totum est legitima filiorum, vt in lib. 4. Ordin tit. 81. videtur: Proinde si parentes apud nos donent, aut dotent in vita, Tertium bonorum suorum, & apud Hispanos Tertium, & Quintum, non superest, de quo valeant testari: quæ est causa ob quam nõ valet donatio bonorum præsentium, & futurorũ; quia aufert donanti confectionem testamenti: vt tradit Bart. in l. fin. C. de pact. n. 11. Bald. in cap. præsent. n. 36. de probation. Iul. Clar. verbo, donatio, q. 19. Iuuat pactum, quo cõstringitur libera potestas testandi, nullum esse; quamuis concurrat fauor dotis: per l. pactum quod dotali. C. de pactis. Nec refert si dicamus valere huiusmodi promissiones dotis de Tertio bonorum factas à patre filios habente: Quia possunt intelligi de bonis, quæ parentes habent tempore donationis, sicut est valida donatio simplex omnium bonorum, quando intelligitur de præsentibus tantùm: vt, per Bartol. & Scribentes in l. fin. C. de pact. Quare si parentes nihil reseruent de Tertio bonorum ad testandum, nõ video quomodò apud nos hoc possit fieri validè: secùs in Regno Castellæ, vbi per leges decisum est per contractum interviuos posse promitti Tertiũ bonorum: l. 22. & 23. Tauri. Nam apud nos Tertium defuncti semper intelligitur secundùm valorem substantiæ tempore mortis, quã reliquit defunctus: Quoderiam intelligitur in Regno Castellæ, quãdo fit mentio de Tertio: vt videre est apud l. 23. & l. 19. Tauri, & l. 7. tit. 6. lib. 5. noua Recop. quãuis in multis Tertiũ defũcti secũdùm ius Regiũ differat à Tertio Regni Castellæ.

253 Primò. Quia Tertium in illo Regno inter viuos potest promitti per contractum: in nostro autẽ, hoc non est apertè decisum. Item quia in illo, quãuis melioratio Tertij secundùm aliquos videatur similis donationi inter viuos, vt vult Gomes. in l. 40. Tauri, n. 29. & Tellus in l. 17. Taur. n. 2. iuxta alios verò dicta melioratio Tertij, si fiat inter viuos est cõtractus anomalus, prout ait Lara in l. si quis à liberis, §. nem rescriptum, ex n. 37. cum seqq. ff. de liber. agnoscend. vbi addit, quamuis hat in contractu, videri naturam vltimæ voluntatis referre, exceptis tribus casibus, de quibus ibi; in quibus sapit naturam donationis. Longè aliter in nostro Regno, vbi, quando fit in contractu donatio Tertij, est irreuocabilis, assumpta sibi natura communi contractuum, secundùm l. sicut ab initio, C. de obligation. & action. Etiam extra illos tres casus allegatus in d. l. 17. Tauri.

254 Casus autem, qui excipiuntur in d. l. 17. Tauri, vt meliùs intelligantur, qui reuocari nequeũt, sunt ibi: *Quando el padre, o la madre meiorareu alguno de sus hijos, o descẽdientes legitimos en el Tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por otro alguno contracto entre viuos fasta la hora de su muerte, la puede reuocar, quando quisiere; saluo si hecha la dicha meioria por contracto entre viuos, o vuiere entregado la possession de la cosa, o cosas en el dicho Tercio contenidas à la persona, à quien la hiziere, o à quiẽ su poder ouiere. O le ouiere entregado ante escribano la escritura dello: O el dicho contracto se ouiere hecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento, o por otra cosa semeiante, que en estos casos mandamos, que el dicho Tercio no se pueda reuocar sin reseruar si el que lo hizo en el mismo contracto se reuoc, el poder para lo reuocar, o por alguna causa que segun leis de nuestros Reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas, se pueden reuocar.* Hoc est, Præcipimus vt in huiusmodi casibus, vt prædictam meliorationem, seu augmentum ex Tertio, nemo possit reuocare, nisi quando contrahens in eodem contractu sibi reseruauerit facultatem illum reuocandi, aut quando interuenerit causa alia ex iis, propter quas etiam donationes perfectæ, & iure factæ secundùm leges nostrorum Regnorum reuocari possunt.

Differt etiam Tertium bonorum apud Hispanos: quia melioratio illa, seu augmentum datur duntaxat inter filios, & ille, cui relinquitur dicitur melioratus à parentibus respectu à fratrum, non item apud nos; quia potest relinqui apud extraneos, seu extraneis. Quinimò potest filius vnicus grauari si pater illi relinquat Tertium: quod in Regno Castellæ non ita certum est, quòd valeat melioratio ad effectum ponẽdi grauamẽ: nã ex d. l. 27. Tauri, habetur quòd in defectu aliorum filiorum possit pater, vel mater grauari filium in prædicto Tertio: ergo quamuis vnicus tantùm sit filius, potest poni prædictum grauamen in vtilitatẽ consanguineorũ, vel extraneorũ. 255

Nihilominus dicendum est, talem filium vnicum non posse meliorari in prædicto Tertio, neq; eo grauari: Argumento l. vnũm, l. 1. ff. de assignand. libert. vbi dicitur, quamuis pater possit libertum suum, & iura patronatus, vni ex filiis, cui voluerit, assignare; hoc esse intelligendum, quando plures sunt inter quos potest fieri electio: secùs quãdo est vnicus tantùm filius, tunc electio est nulla: per text. in §. 1. Inst. de assignat. libertor. ibi: datur autem assignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos habet in potestate. Item quia omnia bona patris, vel matris sunt legitima filij, excepto Quinto: ergo in illis non habet locum grauamen, cùm cætera hæreditas pertineat ad vnicũ filium de necessitate, ergo nun potest grauari. Iuuat l. 17. & l. 27. Tauri, & omnes aliæ loquentes de augmento Tertij, & natura illius, quæ omnes loquuntur inter plures filios, & non aliter, nec alio modo; ergo secùs quãdo est vnicus tantùm filius, ita Palat. Rub. d. l. 27. Taur. Nec obest posse meliorari nepotem, vt habetur in l. 18. Tauri. Quia id procedit, quãdo pater, vel mater habent plures filios, & ex eis, vel ex aliquo, habent nepotes: secus si habet vnicum tantùm filium, & ex eo nepotem: nam tunc non est locus meliorationi. Sed de hoc dubio supra, lib. 2. disp. 4. §. 5. num. 115. & 116 256

Quanta autem sit legitima de iure commũni vnicuiq; filio assignanda, quam de necessitate tenebatur pater filiis relinquere, colligitur ex l. Papinianus §. Quarta autem, ff. de inoffic. secundùm quam erat quarta pars bonorum patris, vel matris: & ex l. cum quæritur, C. eodem tit. Postea verò de iure nouo Authent. legitima habuit augmẽtum: vnde si pater vel mater habuit plures filios, quatuor scil. vel pauciores, legitima eorũ, erat tertia pars bonorũ: si autem plures filij essent, tunc erat legitima, hoc est dimidia pars omnium bonorum, per Authent. de Triente & Semisse. præter Quintum, in quo pater, & mater potest ad libitũ disponere in fauorem extranei, vel in fauorem cuiuslibet causæ, & præter Tertiũ bonorum inter filios, & descendẽtes tantũ, quia potest meliorare vnum, vel aliquos eorum quos voluerit in Tertio, in vita, vel in morte: vt habetur in l. 9. tit. 5. lib. 3. fori legum, & in l. 17. Tauri, & l. 17. tit. 2. part. 257

Porro

258 Porro in Regno Nauarræ, potest pater vni filio totã hæreditatẽ relinquere, & aliis filiis vnum palmũ terræ dutaxat loco legitimæ, vt apparet ex *l. 11. tit. 20. in foro Cantabriæ*, & in Regno Valẽciæ legitima filiorũ, quinque solidi præstandi singulis eorũ, qui nõ excedunt summã decẽ & octo morapitinorũ, & hoc modo potest pater cui voluerit ex filiis omnia bona sua reseruare, & relinquere, vt ostẽditur ex foro: *Totes aquelles persones. tit. de testa.* per quã legẽ fit potestas libera parẽtibus, vt possint de propriis bonis vnũ quẽ voluerint filiũ meliorare, etiãsi nõ sit bene meritus inter filios, cùm penes patrẽ lex cõstituerit liberã bonorũ administrationẽ: ita Cou. *in Reg. Peccat. 2. p. §. 7. n. 7.* Mol. *de primog. lib. 2. c. 5. n. 6.* Nau. *in addit. ad mann. c. 26. n. 23.* contra Mcoez. *in l. cùm quidam, de legat. 2.*

259 Quæstiunis tamen est an partitiones inter hæredes possint fieri iudicialiter & extraiudicialiter? Vt clariùs procedatur, partitionis definitio sic fieri potest: Est diuisio, quæ fit inter hæredes de bonis defũcti. Hæc autẽ tã in iudicio, quã extra illud peti potest ab ipsis hæredibus inter se: interdũ etiã possunt committi arbitris laudatis à partibus partitiones, & tũc cẽsẽtur factæ iudicialiter, quia arbitria redacta sũt ad instar iudiciorũ, & ad finiendas lites pertinent: *l. 1. de arbitr.* sed melius fieri possunt ex conuentione partium amicabiliter sine strepitu ad vitandos sumptus, & fraudes litium.

260 Fiunt item partitiones nedum de bonis, quæ defũctus reliquit tempore mortis, sed etiam de bonis aliis, quæ fuerunt defuncti, & sunt extra substantiã & patrimoniũ illius apud filios, data tamen à parentibus in dotem, vel donationẽ propter nuptias, vel aliquo alio modo, quæ omnia ad parentũ hæreditatẽ reuocantur, vt inter filios diuidantur; de quibus fit mentio *in l. vt liberis, l. dotis, l. si soror, & tototit. C. de collat. & ff. eod.*

261 Ille tamen dare debet partitionẽ de manu sua hæres, qui tẽpore mortis defuncti, siue sit filius, siue non, reperitur in possessione bonorum, aliis cohæredibus: Ordinat. Lusit. *lib. 4. tit. 96. §. 9.* Neque cohæredes petere possunt vt mittantur in possessionẽ: Ordinat. Losit. §. 23. ibi. *E elles naom entrara com elle na posse dos ditos bens, mas de fora lhe donc [illegible] a partilha delles.*

262 Item partitiones debent peti coram Iudice hæredum, vel vbi bona hæreditaria sunt, vt in *l. vnic. C. vbi de hered. agatur, l. iuris ordinem, C. de iurisd. omn. iudic. c. cùm sit generale, de for. compet. & in l. fin. C. vbi in rem actio. l. 32. tit. 4. p. 3:* vbi dicitur esse petendas partitiones etiam vbi sunt bona hæreditaria: *l. licet etiam, c. fin. de for. compet.* similiter possunt peti coram Iudice, vbi maior pars hæreditatis sita est, quando illa fuerit sita in diuersis territoriis, per *l. 1. ad mediũ, tit. 6. p. 6.* quòd si partitiones petantur a Clerico contra laicum, corã Iudice laico debent peti: *l. actor, C. vbi in rem actio.* Cõtra verò si cohæres laicus petat contra Clericum, corã Iudice Ecclesiastico, per Regulam *§ quædam, Instit. de action.* Cou. *in pract. c. 8. n. 4. in vers. Quarta conclusio,* & Azeued. *in l. 15. tit. 4. lib. 5. Recop. n. 6.* Similiter si defunctus fuerit Clericus, & hæredes laici, per aditionẽ hæreditatis bona fiunt laica, & hæredis qualitatem assumunt, & nomen nouum, ex persona adeuntis, *l. 1. § veteris,* vbi Iason *ff. de acquir. possess.* & ex consequenti tanquã de bonis laicorum iudicãdũ est: Menoch. *cons. 81. n. 24. & cons. 115. n. 49.* & peti possunt corã Iudice sæculari, quia bona accipiunt qualitatem Dominorũ: Menoch. *cons. 80. n. 3.* post Calcanium *cons. 45. n. 4.*

263 Quando autem aliqui hæredes sunt præsentes, & alij absentes; partitiones non præiudicant absentibus, nec valent respectu diuidentium; si absentes veniãt, & non consentiant, aut illi commodam partem singuli diuidentes dari non possint. Bald. tamen *in cons. 223. vol. 3.* putat nõ valere diuisionem etiam quoad fratres partitionem facientes, per text. *in l. si cùm fratres, C. Res inter alios acta, & in l. duo fratres, ff. de acquir. hæreditat.* Ayora tamen *in tract. de partit. 1. p. c. 5. n. 17. & 18. vers. Pero põgamos,* tradit valere diuisionẽ quoad cohæredes præsentes, qui partitionem fecerunt. Quod intelligitur quando præsentes alium cohæredem esse ignorabant, vel quia mortuum esse putabant, bona fide, & ideo inter se hæreditatem diuiserunt: Nihilominus si postea cõpareat cohæres, diuisio ista quoad præsentes valuerit, tenentur tamen de bonis diuisis, debitas portiones aliis cohæredibus assignare: vt probatur *in d. l. cohæredibus, C. famil. ercisc.* & tenet expressè Gloss. *in l. 2. in fin. in verbo, Panciores, ff. eodem,* & ibi Bart. & Alberic. & cæteri Scribentes: & hoc de iure communi, illæso manente iure absentium.

264 De iure tamen Lusit. *lib. 4. tit. 96. §. 2. vers. que se algũ dos irmaõs, ouerdeiros nam for na terra, os outros pederẽ partiçam dos bens, que lhe pertence erdar,* &c. Incipit lex nostra si cohæres sit in certo loco, in quo facilè, & sine periculo possit citari, quòd citetur, vt veniat ad partitiones per se, vel per procuratorẽ suum, & qui est in possessione rerum diuidendarũ, partitiones non concedet donec absens veniat, aut saltem constet fuisse citatum, vt appareat per se, vel per procuratorẽ. Vbi vides necessariã esse citationẽ quãdo absens est in loco certo, in quo facile, & sine periculo citari possit. Vnde si fuerit in loco incerto, vel loco certo, hoc est, hostili, vel nimis remoto hoc est apud Indos, excusabitur citatio, quia nõ residet in loco, in quo possit facilè cõueniri, & citari, prout disponit lex nostra. In quo euẽtu possunt fieri partitiones, manente illæso iure absẽtis, & remoto omni præiudicio: attamen cũ prædicta lex regia duo requirat copulatiuè, videlicet quod sit in loco certo, & quod possit citari, ibi: *Se o ausente estiuer em lugar certo, e sabido, onde bẽ possa ser citado,* non sufficit alterũ ex illis adesse, *l. si hæredes plures, ff. de condit. instit.* nõ possũt fieri partitiones, absque citatione eorũ, qui fuerint apud Indos in ciuitate aliqua certa: nihilominus maximum est incõueniens si præsentes fraudẽtur vsu fructũ bonorũ propter absentiã cohæredũ. Quare partitiones debent fieri inter præsentes, seruato iure aliorum cohæredum absentium, quoties ignoratur quo in loco morentur, vel si non ignoratur, quando in eo nõ facilè citari possunt ad partitiones faciendas. Quinimò attento iure nostro quando vnus ex hæredibus abest in loco incerto, aut certo, in quo benè, & sine periculo citari nequit, non debet citari per edicta, vt fit quãdo sunt absentes, iuxta Ordinationẽ *lib. 3. tit. 1. §. 8.* incipit: *O quarto modo.* Cò quia lex nostra non iubet citari cohæredes absentes, nisi sint in loco certo, *e sabido em que be possa ser citado, e requerido.* Item quia citatio per edictum est exorbitãs à iure cõmuni, atque ita restringẽda, & strictè, atque in suis terminis accipienda: vt per Marãt. *de Ordin. Iud. 4. p. 6. de citat. n. 84.* idẽ tradit Vantius *tit. de nullit. ex defect. citat. n. 125.* Marta *de Iurisdict. p. 4. casu 38. n. 8.* & alij, quos sequitur Barbos. *in Remiss. ad lib. 3. tit. 1. § 8. n. 2.* Quod est obseruandum, quamuis aliqui contradicant.

265 Quæritur potest an pater citari possit ad partitiones faciendas de rebus, quæ pertinent ad eius filios familias, & cõstituere ad hoc procuratorẽ, non expectato consensu filiorum, cuiuscunque ætatis sint. Dico primò, quãdo filij sunt in infantili ætate, seu minores septẽnio, satis esse solum patrẽ citari ad partitiones faciẽdas, aut ad hoc procuratorem constituere, non expectato consensu filiorum: secùs si filij fuor maiores septẽnio intra ætatẽ pupillarẽ: quod puto minùs benè dictũ, quia adhuc esse in prima ætate cẽsetur. Vnde post pupillarẽ ætatẽ non solùm requiritur quòd ad iudicium familiæ erciscundæ & partitionẽ bonorum ad filios familias attinentium, pater est citandus vti legitimus administrator eorundem filiorum, sed est necessaria citatio filiorum: per *l. fin. §. vbi autẽ in vnũ, C. de bonis quæ lib.* ibi: *adhibeatur autem etiam filiorũ consensus, nisi adhuc in prima ætate sint cõstituti.* Consonat Ordinat. nostra *lib. 3. tit. 41. §. 8.* qua cautum est quid agendum, quãdo debet

debet agi in iudicio de minori siue ciuiliter, siue criminaliter, si non fuerit emancipatus, nec coniugatus; vbi non sufficit patrem agere pro filiis famil. illis non citatis. si excedunt decimumquartum annum, & insuper illis datur ad litem curator, prout in dicto lib. 3. tit. 41. § 8. vers. Tertio, disponitur in habentibus tutores, vel curatores; ergo in nostro casu filij etiā citādi sunt.

266 Quid ergo quando fratres præsentes hæreditatem partiti sunt, & partes ita diuisas vendant, alius frater, qui propter absentiam non præstitit consensum in iudicio familiæ erciscundæ, poterit sane suam partē pretij totum venditarum exigere à fratribus, vt in l. inter coheredes, §. si coheredes, in fin ff. famil. ercisc. Idem dicendum si ante factam partitionem, aliquas res hæreditarias, quæ aliter non poterāt bene expediri, alienauerunt, quia in iudicio familiæ erciscundæ pretium cōmunicandū venit; vt in l. si quis putans, §. fine, ff. comm. diuid. Erit tamen venditio valida, quæ facta fuit etiam ignorantibus aliū cohæredā habentibus: Emptores tamen semper erūt secum, & pretiū in iudicio familiæ erciscundæ venit communicandum: l. verum autem, ff. de petit. hered. l. si d., & si lego, §. item si rem distraxerit, ff. eod.

267 Porro si partitiones fiant in nostro Regno inter coniuges contrahentes matrimonium secundùm consuetudinem Regni per Chartam medietatis bonorū, vt habetur lib. 4. tit. 46. in primis facto inuētario mē, cum declaratione mobilium, & immobilium, & cum nominibus debitorum, & creditorum, & ætatibus filiorum, illóque iurato, extrahuntur de illo aceruo in primis debita, quæ reliquit defunctus, & omne æs alienum; & postea quod residuū est diuiditur in partes duas, quarum altera medietas traditur cōiugi superstiti, & altera medietas diuiditur inter filios coniugis, defuncti, excepto Tertio relicto à defuncto alicui ex cohæredibus, vel extraneo. Quòd si Tertium nō distribuat, nec de eo disponat, diuiditur inter hæredes deductis legatis piis, aut profanis. Insuper præcipitur fieri collationes earum rerum, quas filij habuerunt à defuncto patre, vel matre ratione dotis, aut donationū; & medietas istorum bonorum collatorum, diuiditur æqualiter inter filios. In Regno tamē Castellæ, legitima filiorum est quota bonorum, & non hæreditatis, & assignatur filiis detracto ære alieno; & ita praxis obseruat, secundùm l. Papin. § quarta, vbi: Quarta autem accipietur, scilicet, deducto ære alieno, & funeris impensa. ff. de inoffic. testam. Imo in eo Regno pater potest assumere Tertium, vt relinquat vni ex filiis, non vero extraneis; insuper similiter Quintum distribuere in opera pia, vel non pia, vt sibi placuerit; per l. 3. & 29. Tauri, & l. 7. tit. 6. lib. 5. Recop. & totum reliquum est legitima filiorum, & inter eos diuiditur æqualiter, & tā apud nos, quàm apud illos, Tertium & Quintum, & Tertiū apud nos est quota bonorum, & non hæreditatis: debita tamen contracta à defuncto non soluuntur ex Tertio, sed ex medietate bonorum defuncti, quando fuerunt contracta ex culpa ipsius defuncti: secùs quando sunt contracta pro familia alenda, & in vtilitatem vtriusque coniugis Molin. de iustit. tract. 2. disp. 275. pag. 134. & disp. 421. §. Quando, & sequent. pag. 1104. & sequent.

268 Cæterùm quando partitiones fiunt tam in hoc Regno, quàm in aliis inter cōjuges per dotem & Arrhas, & altero defuncto sine prole legitima, partitiones debent fieri oblato prius in iudicio testamento, si factum fuit: deinde inuentario confecto à coniuge superstite omnium bonorum, eoque iurato; tunc maritus si decedat eius hæres tenetur restituere vxori dotē ipsam, etiam quando contingat amittere capitale cum quo intrauit, quia ipse tenetur actione personali, l. vnic. C. de rei vxor. action. & casus contingens nō excusat, nec liberat ab actione personali: l. incendium, C. si cert. pet. Cætera verò bona, quæ supersunt vltra dotem, & capitale mariti, vulgò dicuntur bona lucrata, seu lucra quæsita durante matrimonio: Couar. de sponf. 2. p. c. 7. § 1. ex n. 6. Chassan. ad consuetud. Burgund. tit. de acquisit. Rubr. 4. §. 2. Gom. in l. Tauri 50. ex n. 69. & Auend. respons. 20. ex n. 4. vers. & licet, & respons. 39. n. 1. Quæ lucra cùm sint quæsita constante matrimonio, sunt diuidenda inter defunctum, & alterum superstitem, qui fuerunt socij lucrorum: l. si non fuerit, 29. ff. pro soc. soluto prius ære alieno contracto constante matrimonio; non enim dicitur lucrum nisi detracto ære alieno: l. non amplius, cum similibus, ff. de legat. 1. si tamen nulla supersunt lucra, vel non sufficiant ad soluenda omnia debita, maritus soluet quod deest, cui soluta fuit dos pro oneribus matrimonij sustinēdis: l. pro oneribus, C. de iur. dotium. Neque excusatur ab onere soluendi, etiamsi fuerint contracta debita pro sustentatione vxoris, & filiorum; vt late Gam. decis. 186. & decis. 200. contra Palat Rub. in Rubric. §. 66. n. 5.

Ex vniuerso item aceruo bonorum mariti, conflato ex capitali ab eo allato, & ex dimidio lucrorum, soluendæ sunt Arrhæ vxori promissæ: vt deducitur ex Ordinatione Lusitan. lib. 4. tit. 47. per totum, & in Regno Castellæ l. 51. Tauri, & l. 1. tit. 2. lib. 5. ... Barbos. in Remission. ad Ordin. Regiam d. lib. 4. tit. 47. in princ. n. 1. & 3. vbi ex Cabed. 1. p. decis. 177. n. 2. & ex Valasc. cons. 3. n. 5. & cons. 137. n. 1. tradit, quando ex vxoris parte nihil in dotem datum fuerit, nihil vxori promitti posse nomine arrharum: sicque fuisse iudicatum refert Gam. decis. 370. n. 2. Sed de hac materia diximus latè lib. 2. disp. 5. § 4. n. 65. 66. 70. & sequent. 269

Relinquente tamen coniuge filios, & si omnia supra dicta sint seruanda antequam fiat partitio de reliquo inter filios, illud, quod est diuidendum, in tres partes partiri debet apud Nostros; quia legitima filiorum continet duas partes bonorum patris, & Tertium traditur, cui testator illud reliquit: Quòd si non reliquat alicui certo, ex eo debent solui legata, siue pia sint, siue non. Quinimò ad illas duas partes, quæ continent legitimas filiorum accedunt bona, quæ à filiis conferri debēt, & de toto hoc aceruo fit diuisio inter filios, per æquales portiones. Iam vero si pater fuerat antea coniugatus cum aliqua vxore, quæ nondum dotem priorem acceperat ab heredibus mariti, ex certis bonorum mariti, dos ante omnia est soluenda hæredibus prioris vxoris, quia dos prior posteriori est præferenda; & ex cōsequenti soluenda priùs; vt volunt Ayora de partit. 1. p. c. 7. n. 3. & alij, dummodò bona quæ apparent, non sint posterioris dotis; vt per Ayoram: quia contra illa bona nulla datur prælatio; præsertim quando nō supersint tot bona, quæ sufficiant ad soluendam vtramque dotem: secùs si bona omnia sufficiant. 270

Ambigitur quibus modis possint impugnari partitiones, etiā quando fuerunt ritè factæ: Pro declaratione aduertendum est partitiones rite factas indicari à Iudice, & signari ab illo, & à partitoribus, & vnicuique post hoc dari folium partitionis, quod habet vim sententiæ definitiuæ, & transit in rem iudicatam, ex quo pars non appellauit, sed sigillatur in Cācellaria, secundùm c. Concertationi, de appell. lib. 6. auth. hodie, C. de appellat. Concordat Ordinatio Lusitana lib. 3. tit. 70. in princip. & ex consequenti, partes non debent audiri per viam appellationis, quia ab ea non appellarunt intra terminum iuris, ex quo transiuit in rem iudicatā. 271

An autem possint impugnari per viam exceptionis, hoc est, por via de Embargos? Et videtur nō posse, quia non appellauit; imo videtur renunciasse appellationi, quia folium partitionis deduxit vt mitteretur in possessionem, per quem actum præstitus est consensus. Nihilominus nō est negāda audientia partibus, quando obiicitur læsio vltra dimidium: cui remedio, cùm de iure cōmuni possit à partibus renunciari; tamē de iure nostro nullo modo potest, nec tacite, nec expressè; vt habetur lib. 4. tit. 13. §. 9. & ibi Barbos. n. 1. post alios; & multo fortius si allegetur læsio in tertia parte, quod 272

permit

permittitur à lege nostra, ideò non debet pati pœnam ob factum lege permittente: *l. Gracchus, C. de adulter.*

Adde læsiones minores sexta parte contingentes in partitionibus in vna, vel alia re, quando omnes simul sumptæ non adæquant sextã partem, posse reparari per via appellationis, attenta praxi Regni, interposita tamen appellatione intra tẽpus legitimum, & in forma iuris à partitionibus iam factis; & ita audietur per viã appellationis non solùm in læsionibus in sexta parte, sed etiã in læsionibus intra sextã partem, quia per appellationẽ etiam reficiuntur minima grauamina: *l. & in maiorib. C. de appell.* cùm tamen per viã exceptionis, vulgò *embargos*, vel per viã actionis nõ possit: per Ordinat. nostrã *lib. 3. tit. 14. §. 6. ibi: Que ho aggrauado por elle na sexta parte,* & *lib. 4. tit. 96. §. 19.* Et eandẽ læsionem in sexta parte ibi lex nostra exigit, vt læsus audiatur intra annũ contra partitiones iã factas: aliàs si læsio sit vltra dimidiã, conceditur ab eadẽ lege inter quindecim annos: Valasc. *de partit. c. 9. n. 45. & 46.* vbi refert Ordinationẽ per hæc verba: *E se o aualiamẽto for huna vez feito, e affirmado pellos aluidradores approuados pellas partes, naõ se podẽ chamar aggrauados, saluo allegando aquelle que delle querelar que he aggrauado por elle ao menos na sexta parte do iusto, e verdadeiro aluidramento.*

274 Itẽ partitiones possunt impugnari, & annullari si fiãt corã Iudice incõpetenti, & hoc potest allegari omni tẽpore, *l. 1. & per tot. tit. C. si à nõ cõpet. iud. iudic. esse dic.* & cõstat ex Ord. Lusit. *lib. 3. tit. 75. in princ.* Gam. *dec. 219.* Itẽ possunt annullari partitiones ex defectu citationis: Vant. *de nullit. tit. null. ex defect. citat. ex n. 2. p. mihi* 516. Similiter partitiones factæ ex cõuentione partiũ de iure cõmuni, nequeunt impugnari, nisi læsio sit vltra dimidiã, *l. 2. C. de rescind. vend.* iuncta *l. 1. C. comm. vtriusq; iud.* quãdo autẽ factæ sunt per æstimatores iudicialiter, sufficit læsio in parte sexta, respectu cuius reductio ad arbitriũ boni viri peti potest; prout Bart. *in l. si societatẽ. §. arbitrorũ, ff. pro soc. n. 25.* & Dec. *cõs. 22. col. fin.* Nõ possunt tamẽ impugnari partitiones ob læsionẽ etiam vltra sextã partem, quando læsio euenerit in pretio vnius, vel alterius rei duntaxat, vel circa vnã, aut alteram rem, sed oportet quod læsio in sexta reperiatur totius portionis respectu, quæ de iure pertinebat ad læsum. Cagn. *in l. 2. n. 193. C. de rescind. vend.* Tiraq. *in l. retract. §. 23. gl. 1. ex n. 17.* Nisi sit minor læsus: is enim habet restitutionẽ in integrũ, quando conqueritur de læsione in minus sexta parte: per *l. Lusit. lib. 4. tit. 96. §. 18. in fin. & 19. in princ. & §. 21.* Nã minor etiã propter læsionẽ rei paruæ restituitur, prout volunt Bart. & alij *in l. 2. C. si aduers. vendit.* Alex. *cons. 67. lib. 5.* Costa *in l. Gallus. §. & quid si tantũ, n. 78. ff. de lib. & posth.* & hoc esse communius infertur ex Cou. *lib. 1. resol. c. 3. n. 11.* licèt alij teneant non solum maioribus, sed etiã minoribus pro minimis non esse concedendã restitutionẽ: Menoch. *casu 72. n. 16.* & Lud. Gom. *§. Pœnales, col. 2. inst. de action.* sed Valasc. *cons. 112. n. 4.* ait minorẽ læsum in minus sexta parte per restitutionem audiri etiamsi lapsum sit tempus annale, vel quindecim annorum, modò sit intra tempus petendæ restitutionis.

275 Sed quid si per decennium fratres, siue cohæredes possideant res hæreditarias diuisim, inter præsentes: & inter absentes per viginti annos? Præsumi factas esse partitiones notat Gloss. 1. cõmuniter recepta *in l. pen. C. comm. diuid.* & Abb. *in c. fin. n. 9. de caus. poss. & prop.* Balb. *de præscript. 3. p. princ. q. 10. n. 42.* Bald. *in l. 1. n. 18. C. de fideicomm.* Tiraq. *in l. si vnquã, verb. donat. n. 133.* Gam. *dec. 320. n. 5.* Tamẽ si aliquis ex cohæredibus nihil habeat ex ea hæreditate, aut cõstet non præcessisse partitiones, possunt de nouo fieri; quia supradicta habẽt locũ ad præsumptionẽ: Cardol. *in prax. verb. diuisio, n. 14. ad fin.* Præsertim quãdo aliqui possidẽt multo magis, quã ex recta diuisione sibi poterat cõtingere, & reperitur magna inæqualitas inter fratres, seu cohæredes: tunc enim ex hac inæqualitate præsumptio cessat & sequitur iniusta possessio: Valasc. *de partit. c. 38. n. 6. cum seqq.* Vide Molin. *tr. 2. disp. 245. per tot.* hac de re Cardol *in praxi Iudic. verbo, diuisio.* & Barb. *in Remiss. ad lib. 4. Ordin. tit. 96. per totum*, vbi de hac re late.

Pro diuisione facienda inter minores de bonis ad ip- 276
sos pertinentibus, illud certi iuris est, posse illos, quãdo sine solẽnitate bona diuiserunt, solennitate postea interueniente approbare illã, sicut fit in re Ecclesiæ sine solemnitate alienata: Decius *in c. quæ in Eccles. n. 3. de cõstit.* Corset. *in singul. verb. Pupillus.* Ias. *in l. cui hi, §. cũ transact. n. 2. vers. limita tamen, ff. de transact.* quod intellige si hoc minoribus expediat. Non poterunt tamẽ minores diuisionẽ nulliter factã approbare, postquam maiores dixerunt de eius nullitate: ita Bald. *in c. 1. col. 3. vers. capio primam, de præsumpt.* sequitur Palat. Rob. *in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 68. col. 1. vers. ex istis infertur,* & Pinel. *in l. 1. C. de bon. mat. 3. p. n. 33. vers. & tamẽ intellige.* Quinimò si minores faciant partitiones ante tẽpus præfixum ab illo, & ab ipsa lege, diuisio erit nulla, quia concurrũt prohibitio hominis, & prohibitio legis. Posse autem testatorem prohibere diuisionem minoribus vsq; ad certum tẽpus, affirmat cõmunis opinio, vt vult Grat. *cons. 66. n. 24. lib. 1.* Iul. Clar. *in §. Testam. q. 67.* Menoch. *de success. creat. §. 7. n. 7.* Nã diuisio bonorũ est quædã alienatio rei immobilis, *vt in l. 1. §. 1. & l. si pupillus ff. de reb. eor. l. 2. C. cõm. vtriusq; iud. l. inter omnes. C. de præd. min.* quæ alienatio nõ potest fieri nisi quãdo minori expediat, & causa cognita, vt *in l. mag. puto, §. ne passim. ff. de reb. eor. l. Omnes, C. de præd. min.*

Hinc sequitur diuisiones inter minores factas absq; 277
causa iusta, & decreto Iudicis non interueniente, non sustineri; cùm diuisio sit quædã alienatio, & permutatio: Dec. *in l. cũ proponas, n. 2. C. de pact.* Laçart. *de decim. vendit. & permut. c. 20. n. 45.* Requiritur item vltra decretũ Iudicis, & vltra iustã causam, quòd interueniat authoritas tutoris, vel curatoris; aliàs non valet alienatio rerum immobilium inter minores; vt *in d. l. non solũ.* Quòd si diuisio fiat causa cognita a minori, nõ obstante prohibitione testatoris ad tempus facta, valebit si minori expediat; prout tenet Bart. *in l. inter pupill. ff. de auth. tut. & curat.* & *in l. iubemus, el 2. C. de sacros. Eccl.* facta autem diuisione bonorum sine requisitis, & minor qui diuisionem fecit, si postea taceat vsq; ad quadragesimum ætatis suæ annum, non poterit contra diuisionẽ venire, nec petere vt iterum fiat: ita Bald. *cons. 282. vol. 2.* quia cursus decem annorum post vigesimũ quintum annum habet vim tacitæ, & solemnis diuisionis; atque ita minor debet illi consentire: per Gloss. *in l. placet. C. commun. diuid.*

Non obstante item prohibitione, possunt minores 278
diuidere inter se authoritate curatoris, seu tutoris prædia communia quoad culturam, & reditus; non tamen quoad proprietatẽ: vt per *l. Lucius, ff. famil. erciscũd.* secundùm intellectũ Glossæ, *ibi, in verbo, Patrimoniũ* quã sequitur *ibi* Bald. & Paul. de Cast. *in l. iubemus, n. 4. C. de sacros. Eccl.* dicens ita fuisse decisum. Idem tradit Roder. Soar. *in d. l. quoniã in prioerib. limit. 11. ad l. Regni in 2. dub. princ. n. 9.* & Guit. *1. p. de iuram. cõfir. c. 58. n. 12.*

§. IX.

De Collatione bonorum inter hæredes facienda, ac communicanda, vt scandala euitentur.

EPITOME.

279 *De Collationis materia qui agant?*
280 *Collatio est bonorum suorum communicatio, vel adductio ad hæreditatis paterna vel materna acervum.*
281 *Cõferre bona quinã teneatur, & quibus sit conferendũ?*
282 *Hæres qui vult esse confert totum: secus si nolit, & vult renunciare hæreditati.*
283 *Hæres tenetur restituere residuũ quod tangit aliorũ legitimam, quamuis se abstineat à successione parẽtum.*

284 *Dotis inofficiosa pars quando reddenda est aliis filiis, constante ne matrimonio, an eo soluto.*

285 *Dos, vel donatio, vt cognoscatur quando excedit legitimam, & Tertium, inspiciendum est tempus seu dotis datæ, seu mortis.*

286 *Bonorum æstimatio facienda est secundum tempus dotis, vel secundum tempus mortis.*

287 *Æstimatio bonorum quæ apud filios perierũt, quando est conferenda? & quando non, & n. 288.*

289 *Bona mobilia, quæ tempore partitionũ iam non extãt an sint conferenda a filiis secũdum æstimationem? Et quid de immobilibus, num. eodem.*

290 *Æstimatores bonorum debent esse periti, & eorum arbitrium habet vim iudicij: possunt tamen repelli exceptionibus.*

291 *Filius tenetur conferre donationẽ propter nuptias, & filia dotem, ad matrimoniũ etiam spirituale datã.*

292 *Filij debent conferre peculium profectitium, & quale illud sit.*

293 *Filius melioratus nõ potest deducere meliorationẽ de donatione propter nuptias, nec de dote; de iure Castellæ.*

294 *Donationes propter nuptias de iure communi, vbi sunt in vsu, debent conferri.*

295 *Donationes a socero nurui factæ in dubio censentur fieri contẽplatione filij sponsi, & quid de donatione facta vxori à consanguineis mariti.*

296 *Vestes vxori donatæ quando sunt conferendæ soluto matrimonio, de iure communi, & Lusitano, & n. 297.*

298 *Donationes simplices factæ filiis tam in potestate patris existentibus, quam non, de iure nostro sunt conferendæ.*

299 *Pater non potest donare filiis nisi intra limites legitimæ, & Tertij; & quidquid superest, est conferẽdum: quamuis Valascus neget.*

300 *Filius clericus potest disponere de bonis quæsitis post clericatum: & de quæsitis ante clericatũ quomodò potest disponere; & quæ teneatur conferre.*

279 DE materia Collationis agũt Scribent. *in l. in quartã, ff. ad l. falcidiam*, præsertim Ioan. Corras Paul. de Montepico, Ruyn. *ibi* & Doctor. *in l. 1. §. neque castrense, de collat. bonor.* Scribent. *in l. si emancipati, C. de collat. & in Auth. ex test. C. de eodem tit.* Hispani *in l. 16. Tauri*, Gom. *in l. 29. Tauri*, Greg. Lop. *l. 1. tit. 15. p. 6.* Ioan Garc. *de expens. & meliorat. c. 4. ex n. 1.* Mench. *de success. creation § 10. n. 382.* Cou. *in c. Raynald. §. 2. n. 7. de test.* Auend. *Resp. 57.* Aluarad. *de coniect. ment. testat. lib. 2. c. 4. n. 5. & lib. 4. c. 3. n. 31.* Royas *in Epitom success. c. 9. n. 15. & c. 3. n. 11.* quibus accedunt Duen. *Regul. 87.* Molin. *de iust. tom. 1. ex disp. 237. vsque ad disp. 245.* vbi de hac re latissime, Valasc. *de partit. c. 12. per totum, & c. 14.* & Cardol. *in prax. iudic. verbo, de collatione in bonis profanis, per totum.*

280 Ex quorũ omnium authoritate colligitur, quòd collatio est bonorũ suorum cõmunicatio, vt *in l. filia licet, de collat.* Quæ definitio est generalis, ideo meliùs definitur: Collatio est ad hæreditatis paternæ, vel maternæ aceruũ additio, à liberis hæredibus, rerũ propriarũ, vt inter eos legaliter cum cæteris bonis diuidãtur. Inductũ est, *hæreditatis paternæ*, quia ad hæreditatẽ extraneorum non fit collatio; nec ab aliis quàm à filiis, & descendẽtibus, *l. illud, §. si emancipati, de collat. bonor.* Proindeq; fuit introducta collatio per edictum Prætoris inter eos, qui succedebant ab intestato; non autem inter illos qui diuerso iure succedebant.

281 Ex his patet, quinã teneantur cõferre, & quibus sit conferendum: requirũt enim quòd sint hæredes, & qui cõferunt, & quibus conferendũ sit; quia filij, vel hæredes, si nolunt esse tales, non tenẽtur cõferre, *l. fin. ff. de collat. dot. l. 1. ff. de collat. bon.* tamen collatio dotis, vel donationis inofficiosæ fieri debet, siue filius, aut filia dotata velint hæredes esse, siue nõ: in vtroq; autẽ casu, diuersimodè; quia si vult esse hæres, cõfert totũ quidquid sibi in dotẽ datũ est, cum fructibus à tẽpore mortis patris, aut matris, si dos erat fructuosa: si verò nolit hæres esse, & vult renũtiare successioni, residuũ debet restituere acceptum vltra legitimã, & Tertiũ bonorũ, data sibi electione tempore mortis, vel dotis; & de iure cõmuni solum residuum vltra legitimã: prout vult Bald. *in l. si emancipati, in fin. C. de collat.* & colligitur *ex l. 4. tit. 15. p. 6.* Gom. *l. 29. Tauri, n. 23. in fin.* & quod excessus vltra legitimã inter alios filios sit diuidẽdus, iure cõmuni, habetur *in Auth. vnde si parens, C. de inoff. test.* vbi donatio maxima facta vni ex filiis, reuocatur per alios vsq; ad legitimã: & de dote extat text. *in l. vnica, C. de inoff. dot.* Nec obstat quòd dos, seu donatio facta sit propter benemerita: adhuc enim subiicitur reuocationi, quatenus lædit aliorũ filiorũ legitimas, vt per Glos. & ibi Scribent *in d. Auth. vnde si parens*, Arias *l. 27. Tauri, fol. 164.* Quãdo autẽ collatio dotis inofficiosæ debeat fieri, tradit Gom. *d. l. 29. n. 34.* dicens si excedat Tertiũ, & Quintũ, & legitimã ipsius filiæ dotatæ, & lædat legitimã aliorum filiorũ, teneri restituere illud residuũ, quod tangit aliorũ filiorum legitimã, quamuis se abstineat à successione parentũ: quia postquã soluto matrimonio redit dos ad filiã, habet ex causa lucratiua, vt *in l. manu. §. fin. in fin* & ibi Gloss. & Scri. cit. *ff. solut. matr.* Contra verò si loquamur durãte matrimonio, videtur non esse restituendũ à filia, neque a marito illud residuũ, in quo dos est inofficiosa; eò quia dos pertinet ad maritum constante matrimonio pro oneribus matrimonij *l. ex promissione. ff. de oblig. & action.* quinimò pater, vel mater, vel quilibet debitor potest bona sua vendere, vel alienare titulo oneroso etiã in fraudẽ creditorũ, quando recipiens non fuit particeps fraudis: text. *in l. fin. in fin. si quid in fraudẽ patron.* & text. *in l. fin. §. si à socero, ff. de his quæ in fraud. cred.* vbi dicitur, si pater vel mater in fraudem creditoru dotauit filiã, nequeunt creditores reuocare illam dotem cõstante matrimonio, nisi maritus fuerit particeps in fraude. 282 283 284

Nihilominus oppositũ dicendum est, videlicet partẽ dotis inofficiosæ reddendã esse aliis filiis etiã constãte matrimonio; quia iura supradicta, quæ disponũt quòd filius, vel filia, quæ renunciat hæreditati patris, vel matris, teneatur illud quod immẽse sibi est datũ in præiudicium legitimæ aliorũ restituere, habent tacitã cõditionẽ vt, mortuo patre, dos conferatur data marito, ad æqualitatẽ faciendã; siue pater moriatur cõstante matrimonio, siue soluto: vnde non videtur facta iniuria genero, quoniã ipse sub tali conditione, seu præcepto legis videtur accepisse vxorẽ, & dotẽ: Valasc. *consult. 188. n. 11.* post Cifuent. *in l. 29. Tauri, col. 2.* per text. *ibi: nesto que sea durante el matrimonio*, vbi ait per hanc legẽ corrigi in hoc puncto *l. dotis, C. de collat.* & communem *in l. vnica, C. de inoff. dotib.* per quã filia durante matrimonio nõ cogitur adducere ad partitiones dotẽ inofficiosam. Idem tenet Arias *in l. 27. Tauri, n. 12. col. 3.* vbi respondet argumentis in contrarium.

Ad cognoscendum autem quando dos, vel donatio excedant legitimã, & Tertium ex Ordin. nostra *lib. 4. tit. 97. §. 4.* inspiciendũ est tempus factæ promissionis, seu dotis datæ, aut tempus mortis prout voluerit donatarius: quæ electio habebit locum duntaxat in donationibus datis pro matrimonio contrahendo: in reliquis autem donationibus filiis factis, æstimatio bonorũ considerabitur secundùm tempus mortis donantis. Quocirca filia, cui parentes insimul constituerunt dotẽ inofficiosam continentem aliquid vltra legitimã, & insuper Tertium vtriusq;, potest mortuo patre eligere tempus ad illam æstimandam, & postea mortua matre tempus mortis; & solùm quisq; eorum tenetur dimidiã dotẽ conferre, quando vnus eorum moritur. Nã quamuis ambo dotem cõstituerint simul, tamen in persona alterutrius, diuersa dos est; & ita integrũ est filiæ, mortuo patre, eligere tempus dotis, vt illa æstimetur; & mortua matre eligere tempus mortis, 285

quia

quia in persona alterutrius est diuersa: Argum. *l. Reos, in §. cum in tabulis ff. de duob. Reis*: quam praxis seruari,& tenet Ayor. *de partition. 2. p. q. 36. n. 35.* & Valasc. *in prax. c. 15. n. 83. & c. 19. n. 5. & c. 24. n. 20.* quos sequitur Peretr. *de Emption. & vendit. c. 10. n. 7. per totum, & seqq.* prout refert, & sequitur Barbos. *ad Ordin. Reg. lib. 4. tit. 97. §. 4.*

286 An verò in bonis quæ debêt æstimari secûdùm valorê têpore donationis, seu dotis, vel secûd um têpus mortis, ad hunc effectũ, ne teneatur refundere accipiens id, quod excedit legitimã, & Tertiũ, veniant bona emphiteutica vitalitia, aut perpetua, & reliqua praeceptoria, & officia, quæ vita donatis expirât, & in quibus solũ habetur vsusfructus? Dicendũ est emphyteusim perpetuã iuberi, æstimari, & incapitari in vno filio post mortẽ, vt *lib. 4. Ordin. tit. 97. §. penult.* Emphyteusim autẽ nominationis ad vitas non conferri; nisi pretiũ quo fuit empta: cætera autẽ bona, hoc est officia, & tenentias, in vita non conferri, nec venire in partitionẽ, vt infra dicetur; cum alijs bonis hæreditatis: quia de illis non fit legitima, nec tertia. Adde supradicta bona, quæ durant per vitã, licet sint æstimanda ad effectũ non refundẽdi dotẽ, si dotatus eligat tempus dotis: nihilominus eorũ vsusfructus in bonis cõputarur, & datur in dotẽ: *l. vsufructu, ff. solut. matr. l. 4. ff. de vsufruct.* & lex Regia *supra*, loquitur in bonis, quæ dotãs, seu donãs habebat têpore mortis, igitur loquitur in vsufructu prædictorũ bonorũ. Confert, Emphyteusim venire sub nomine bonorũ immobilium, *l. 1. §. cum Emphyteuticar. ff. de reb. eorum.* Necnõ Ordinatio nostra *supra*, etiã loquitur de Emphyteusi empta, quæ cõputatur inter bona hæreditaria, quoad pretiũ quo fuit empta: quòd si tradatur in vita alicui ex filiis, cõputatur illud quod in vita valet: Valas. *cõsul. 188. ex n. 25.* vbi respõdet cõtrarius.

287 Quæri potest an conferatur æstimatio bonorũ dotaliũ, quæ apud filios perierunt? Respõsio sit, si bona dotalia sine dolo, vel culpa filij, vel filiæ perierint post mortẽ patris, non debere æstimari; nec secûdùm têpus dotis, nec secundùm têpus mortis; eo quòd non pertinent ad collationẽ: text. *in l. 2. §. de illis qua sine culpa, ff. de coll. bon.* Afflict. *dec. 247.* & Ayor. *de partition. 1. p. c. 3. n. 2.* Quod intelligitur de iure cõmuni, ex ea ratione, quia perierunt ipsi filiæ, seu filio dotatis, quorũ erãt: *l. 3. §. sed vtrum, in fin. ff. de mi. ior.* Tamen I. C. contrariũ sentit, ex verbis Prætoris, quatenus præcipit arbitratu boni viri bona conferri decernere; eo ductus, quia non est cõferendũ arbitratu boni viri, id quod filius, nec culpa, nec dolo desijt habere, nec de facto habet. Potest tamẽ addi alia ratio deducta ex *d. l. 2. §. de illis*, quia eo ipso quòd pater mortuus fuit, bona dotata, quæ filius apud se habuit, videtur numerari inter bona cõmunia, quæ pertinẽt ad hæreditatem patris ad effectũ collationis: atque ita æquitati consonũ est, vt pereat hæreditati, & non veniant ad collationẽ: argumẽto ancillæ hæreditatis, quæ periit; cuius æstimatio non venit in iudicium familiæ erciscundæ; partus autem veniunt: per text. *in l. sed & partus, ff. famil. ercisc.*

288 Contra verò, bona data in dotẽ, si pereunt, postquã pater decessit, culpã ipsius filij, nõ excusatur filius à cõferendo bona data in dotẽ, perinde ac si adhuc extarent, quia cẽsetur possessor bonorũ, qui ob culpã suã iam non possidet: *l. qui dolo, ff. de regul. iur. l. si quis dolo, ff. de rei vendi.* æstimatio tamen eorũ fiet cõsiderato têpore dotis: secùs si data in dotẽ pereant, superstite adhuc patre qui dotauit, sine culpa filij; tũc non pertinẽt ad collationẽ: prout volunt Afflict. *dec. 247.* & Ayor. *de partition. 1. p. c. 3. n. 22.* Cessat enim collatio in bonis sine dolo & culpa cõsumptis, vt *in d. §. de illis.* Aliud esset quando bona data essent in dotem æstimata: tunc enim pretiũ debet restitui, vt *in l. quoties, & in l. inter virũ, & in l. si cum dote, C. de iur.* dotiũ, & notatur *in l. æstimata, ff. solut. matr.* & ita fuisse iudicatum tradit Afflict. *d. dec. 247. n. 4.*

De iure tamen Lusit. *lib. 4. tit. 97. §. 15.* circa bona mobilia quæ têpore partitionis iam non extãt, quia forte perierũt, vinẽte adhuc dotãte, vel eo iam mortuo, siue culpa filij, vel filiæ, vel sine illa, dicẽdum est conferẽda à filiis vel alia æquè bona, vel secundùm æstimationẽ, considerato têpore dotis: circa tamen immobilia iam perẽpta, cùm ius nostrũ nihil disponat, ius cõmune est seruãdum. Atque ita de mobilibus datis io dotẽ loquitur lex nostra, per hæc verba, ibi: *Euam tendo os ditos bens moueis, que lhe assi forem dados em casamento perecidos, serã a tornar a partilha, trazera a dita partilha a estimaçã do que os ditos bens valiam, quando lhe foram dados em casamento.* Hæc ibi. 289

Requiritur tamen quod res hæreditariæ, quæ sunt cõsumptæ, & debent cõferri, æstimẽtur iusto pretio quod est regulãdum cõmuni hominum æstimatione: *l. pretia rerum, ff. ad l. falcidia*, Gloss. & omnes *in l. 2. C. de rescind. venditione*; ideo æstimatores debẽt esse periti, & omni exceptione maiores, si non fuerint à partibus cõcorditer nominati, cum habeant vim Iudicis. Cagn. *in l. 2. n. 158. C. de rescind. vendit.* tamẽ omnis exceptio, quæ potest repellere testem, potest repellere huiusmodi æstimatores: Aret. *in c. causa, de probat. not. 3.* Itẽ si vnus tãtum sit æstimator à partibus electus, eius æstimationi standũ est; vt *in l. Theopompus*, & *ibi* Bart. *ff. de dot. prælegat.* & idem sentiendum si talis æstimator est publicè constitutus, nisi sit ab eius æstimatione appellatum, vel reclamatũ: Bart. *in l. .... col. penult. ff. de regul. iur.* & *in l. 1.* per text. *ibi, C. de ponderat. & auri, lib. 10.* 290

Quænã ergo bona sint conferenda, ex dictis patet: clarioris tamẽ gratia singula oportet recensere. In primis filius tenetur cõferre donationẽ propter nuptias, si hæreditatẽ acceptauit. Idem filia dotata, vt *in l. 1. ff. de collat. dot. l. pia dot. C. de coll.* Idẽ de dote data filiæ monasteriũ ingredienti: Gom. *in l. 29 Taur.* 291

Itẽ filius debet cõferre peculiũ profectitium: text. *in l. cum oporteat, & ibi* Glos. *C. de bon. quæ liber.* & *in §. igitur, Inst. per quas person. nob. acquir. l. 3. in princ. tit. 15. p. 6.* & ex cõsequenti tenetur cõferre, & imputare in legitimã omne id, quod filio datũ est contẽplatione patris, eam filius acquirit patri, quidquid ex bonis patris, & eius contẽplatione acquirit: Greg. Lop. *in l. 2. tit. n. p. 4.* cuius opinionem *l. sed si plures, in §. in arrogato ff. de vulg. & pupill. subst.* & *in l. dotium, dedit, ff. de collat. bonor.* vbi dos data ab auo paterno censetur data à patre: & in *§. igitur*, ibi, *Ex re patris*, & *l. 1. §. profectitia, ff. de iur. dot.* text. *in l. 5. tit. 17. p. 4.* vnde minùs bene Velasc. de Auend. *in l. 29. Taur. à n. 8. ad n. 17.* nititur probare contra cõmunem opinionem peculiũ profectitiũ esse solum illud, quod immediatè procedit ex bonis patris; non autẽ quod contẽplatione patris filius acquirit per donationem extraneã factã. Quod etiã tradit Mend. à Castr. *in sua repet. l. cum oporteat, C. de bon. quæ liber. in princ. n. 7.* Sed fallitur vterq; cùm peculiũ profectitiũ sit quodcumq; ex patris bonis, & eius contemplatione filius acquisiuit: Molin. *de iust. disp. 233.* & constat ex Ordin. Lusitan. *lib. 4. tit. 97. §. 21. ibi: Per contẽplaçam de seu padre, ou madre.* Quod procedit quando contẽplatio est causa immediata: Valasc. *de partition. c. 13. n. 5. & n. 28.* Quare semper est profectitium quidquid donatur filio propter patrem ab amico patris; quando constat, quòd alias donator non esset donaturus, quia tunc donatio omnino videtur celebrata in filium, si d in patrem; & quod filius ita accipit, non videtur sibi accipere, sed patri quasi iendum: per text. *in l. qui mihi, ff. de donat.* & ita acceptum est conferendum. 292

Item filius melioratus non potest deducere meliorationem de donatione propter nuptias, nec de dote quæ cõfertur, vt *in l. 25. Tauri*, quæ nũc est *l. 9. tit. 6.* 293

tit. 6. lib. 5. noue collect. Azebed. in d. l. 9. recop. in g. of. in verbo. No se saque. n. 5. vbi ait esse intelligendam proptie hanc legem de donatione propter nuptias, non autem in donatione propter causam matrimonij, quia illa priuilegiata est, & assimilatur doti: Ista autem minime, & valde differt ab illa: & probatur; quia donatio propter causam matrimonij non valet statim, & ideo expectandum est tempus mutis, vt confirmetur: ita Angul. in l. 9. Melior. gloss. 4. n. 6. & Tellus Fernand. in l. 17. Tauri, n. 79. & in l. 22. n. 14. & in l. 29. n. 5.

294 Apud nostros tamē donationes propter nuptias, si essent in vsu, essent conferendæ, quia de iure communi conferuntur: l. vt liberis, C. de collat. Sed hodie non sunt in vsu apud nos; & id, quod parentes solent dare filio ducenti vxorē, est donatio ob causam matrimonij, vt tradit Ayora de part. p. 2. q. 15. & est obnoxia collationi, per d. l. vt liberis, C. de collat. his verbis, ibi: Ante nupt. donatio conferatur. Quod intelligitur nisi pater expresse in donatione propter nuptias filium melio auerit. Petr. Sanch. de dim. bonor. lib. 3. c. 2. n. 43. Tūc enim quamuis donatio propter nuptias imputetur in legitimam, vt Bald. in l. iubemus, C. ad Velle. an. & in l. 3. tit. 15. p. 3. Palat. Rub. in l. 19. Tauri, n. 5. hoc procedit excepta meliorationе: Valasc. de partit. c. 13. n. 44. dicens quod debeat conferri donatio propter nuptias, si fiat, vel promittatur a patre, vel a matre, auo, vel auia, vxori filij. Donationes autem simplices non conferuntur, quia censentur meliorationes, per l. 4. tit. 15. p. 6. contra Valasc. de Auedan. in l. 26. Tauri, dicentē donationes simplices esse conferendas: quod alij negant: qui intellectus est cōmunis in d. l. 26. Tauri. dum ait donationes simplices censeri esse meliorationes: quod si vere est, conferendæ non sunt, quia meliorationes nō cōferuntur; præsertim quia donatio simplex regulariter deducitur de Tertio & Quinto, vt ostenditur in d. l. 26. his verbis: *Si el padre que hiziere alguna donacion a alguno de sus hijos, ò descendientes, aun que no digan, que la mejoran en el Tercio, ò en el Quinto, entiendase que le mejoran en el Tercio, y Quinto.* Quod clarius dici nō potest. Atque ita donatio simplex debet deduci de Tertio, & Quinto: cui conuenit Palat. Rub. in c. per vestras, §. 22. & lex ipsa rationem reddit, ibi: *porque el padre ni a el, ni a otro no pueda meiorar mas delo que mas fuere el valor del dicho Tercio, y Quinto, y legitima delo que dexia auer de los bienes de su padre, y madre, y a buelos, y no mas.* Sed de iure nostro *infra vers. Nihilominus.*

295 Itē donata a socero nurui simpliciter, & in dubio, censentur donata contemplatione filij sponsi, & ipsi filio quæruntur etiam quādo aliter de contēplatione filij nō constat: Bart. in l. sed si plures, §. in arrogato ff. de vulg. per text. ibi, vbi tradit donata vxori à cōsanguineis mariti esse donata eidē marito, & ab ipso marito donata vxori: Gom. in l. 50. Tauri, n. 66. Rolād. cons. 10. n. 10. vol. 1. vbi multis id probat, scilicet, donata per consanguineos viri sponsæ effici secundū communem vxoris, si constat ipsos cōsanguineos vxori donasse, vt ei acquireretur, alias secus: Bartrum cons. 95. in 2. dub. que ... Iason in d. §. in arrogan fin. quod etiā ... Corneus in cons. 81. col. penult. in fin. vol. 1. Decius in l. vt liberis. col. penult. C. de collat. Vel etiam ... esse cōsuetudo in loco, quōd talia donata efficiantur vxoris, vt per Bald. in l. cum te. C. de dona. ante nupt. sequitur Alex. in d. §. in arrog. col. 4. quem ... intelligit, quando cōsuetudo esset talis, quod ... donata a consanguineis mariti fierent propria vxoris, & ... penes vxorem, & hæredes ipsius: ... Corneus vbi supra ... tamen in dubio secundum communem opinionem ... donata vxori, quæruntur marito, ex quo fuerunt donata contemplatione ipsius, vxori: Bart. in d. §. in arrog. quem ibi sequuntur Imol. Paul. & Alex. & Iason, qui col. vlt. subdit durum esse ab opinione Bart. recedere. Quare tutius erit similia conferri ab vxore.

296 Similiter sunt conferendæ vestes, seu ornamenta fæmica pretiosa, data per maritum vxori constante matrimonio, in dubio, soluto matrimonio per mortem viri; nisi cōsuetudo aliter se haberet in cōtrariū: Secus si sunt vestes quotidianæ: nā ipsæ statim efficiuntur vxoris: l. ex annu. in princip. ff. de donation. inter vir. & vxor. Idem esto de reliquis pretiosis, quæ vir mittit vxori, quando ducit eam; quia non videtur in dubio donata, sed missa propter se ipsum, vt vxor sua ornatior accedat, & incedat: l. mortis que causa, in princip. ff. de donat. inter vir. & vxor. Bart. post Iacob. de Aret. in l. ... §. ... ff. solut. matr. subdēs, plures ita cōsuluisse. Quod etiam dicendū est, si pater fecit nurui suæ vestes, & eo mortuo contenditur inter alios hæredes cum vxorato, vt vestes veniant ad collationē: decidituque pretiosa ornamēta esse conferenda quotidiana autē minime. Quæ distinctio probatur in l. si vestimenta, ff. de pecul. Rolad. ... cons. 10. n. 12. vol. 1.

297 Nihilominus Valasc. supra c. 13. n. 54. tradit considerato iure nostro lib. 4. tit. 97. in princip. quando non constat huiusmodi vestes, & ornamenta esse data à parentibus duntaxat ad hospitium, vsum, & apparatū nuptiarum, vel in partem alius emolumentum, seu ... esse cōferenda, siue res sit inter Nobiles, siue non, siue sint pretiosa vestimenta, siue nō: ex regula generali Ordinationis, ibi: *seo pay, ou may, ou ambos iuntamente ... rem alguna cousa mouel, ou de raiz, a alguns de seu filhos que tem casamēto, que tem outra qualquer maneira, sera obrigado tornar tudo a colaçam.* vbi nota, *quer em outra qualquer maneira,* cūm sit generalis decisio illius textus, l. in fraudem, §. fin. ff. de testam. milit. Cæterū hoc mihi non probatur, quia sicut pater potest extraneis donare vestem ad quotidianū vsum, sic etiā potest nurui suæ, ita vt fiant vestes statim ipsius nurus; atque ita non tenebitur nurus conferre vestes quotidianas à socero datas: Cardos. in praxi Indic. verbo, collatio. n. 35. quamuis oppositū asserunt n. 2 ... de donatione simplici facta à patre filio, qualicunque modo facta sit, esse conferendā ab ipso filio, cui facta fuit, vt post morte donatoris diuidatur inter omnes fratres: quod sine dubio ait esse obseruandū in nostra Lusitania, per lib. 4. tit. 97. in princip. quāuis alibi cōtrarium obseruetur in simplici donatione, de qua loquimur. Quod puto verū, quando donatio simplex, nisi cōferatur, lęsū fetat inæqualitate sensit ilē inter alios fratres; vt in specie l. pen. C. de collat. §. fin. vers. 298 eo quod. Atque ita cōferenda est donatio simplex, vt res reducatur ad omnē æqualitatē inter filios, quæ est potissima ratio collationū. Id enim vult dicere lex nostra, dū ait esse cōferendā donationem simplicem, quomodo facta, ibi: *Por qualquer outra maneira,* à filius, siue sint in potestate patris, siue nō; nā verbū, *quomodo,* importat omnē modū: Rota noua decis. 18. Rebuff. in praxi, de forma Signaturæ, pag. 141. n. 1. Ergo est conferendum quidquid datum fuit etiā per modū simplicis donationis: sequitur Soares Ribeira Lusit. Obseru. 33. & obseruat. praxis, Valasc. sup. n. 93.

Non est tamen sequenda ... Valasc. d. c. 13. n. 80 dū ait, quod si cuenit filiū renunciare hæreditati paternæ, quamuis, quæ illi sunt donata superent legitimā, & Tertiu, non cogendus est conferre, seu illud actu restituere, in quo ... excessit; qui ... obstat Concil. Trident. sess. 21. c. Reform ... 2. & eius intentio. Nā cū resfusum, iura patri non potest donare filio, si fiat, nisi inter vires sua legitimæ, & Tertij, prout disponitur in ... lib. 4. tit. ... §. 3. & si quid superest tanquam in eo sit inofficiosio, debet conferri vt sufficiantur legitimæ ... filiorum, prout disponitur per l. 1. C. de inoff. dotib. Authent. vnde si parens, C. de inoff. testam. 299

testam. Concilium tamen supracitatum non contradicit, sed tantùm habet locum in alienationibus voluntariis, quas dotatos Clericus non potest facere, nisi priùs legitimè constet de diligentia, quam supponit Concilium, putà, donec beneficium Ecclesiasticum habeat sufficiens, vel aliunde habeat vnde viuere possit, & non procedit in alienationibus necessariis, quæ fiunt ex legis authoritate: *ex l. 1. ff. de fund. dotal. l. alienationes, ff. famil. erciscund.* Gam. *dec. 199. n. 3.* & probatur ex constitutionibus Colimbriensib. *tit. 8. const. 4. §. 1. ibi: E sendo eque a dem pay, ou auo, veiase selhe cabe em legitima, o terça, e se tem casados outros filhos, ou ordinados primeiro aque sua terça se ia obrigada.* Per quæ verba ostenditur donationē factam à patre, vel ab auo filio ad suscipiendos Ordines sacros, non sustineri, nisi prout comprehendit legitimam, & tertiam; & præcipit Vicario vt inquirat diligenter, & cognoscat an similis donatio contineat legitimam, & tertiam.

300 Adde, filium clericum, si disponat de bonis suis quæsitis post clericatum in vita sua, posse disponere in proprietate, & in vsufructu; & de bonis quæsitis ante clericatū posse disponere de Tertia in proprietate, & non in vsufructu. Ratio, quia pater non habet vsumfructum in bonis filij quæsitis post clericatum, ex Bald. *in l. sacros. C. de sacros. Eccl. & in Auth. presbyteros, C. de Episcop.* Hostiens. & Abbas *in c. quia nos, de testam.* Royas *de success. c. 17. n. 5.* Thomas Vaz *allegat. 29. n. 131.* post alios, *& n. 133.* subdens de iure Lusitano habentem descendentes solùm testari de Tertia, relictis duabus partibus descendentibus pro legitima. Idem de iure Castellæ ex *l. 6. Tauri,* Molin. *de iust. & iur. disp. 158. vers. de iure,* Auendan. *in d. l. 6. gloss. 10.* Quod habet locum respectu filij habentis Ascendentes, quibus legitima est relinquenda, à qua non potest illos priuare sine causa legitima, ex text. *in Auth. de sanctiss. Episc. §. presbyteros,* ibi: *sic tamen vt horum filij, aut his non existentibus, parentes eorum legitimam partem ferant:* ita Nauarr. *in manu. c. 17. n. 142.* Molin. *disp. 138. in vers. clericatus,* & Mieres *de maiorat.* alios referens, *quæst. 1. n. 44. 1. p.*

---

§. X.

De reliquis bonis, quæ sunt conferenda inter fratres, & imputanda in legitimam.

EPITOME.

301 *An officia publica concessa parentibus gratis veniant ad collationem, & quid si emantur.*

302 *Castrensia, seu quasi castrensia an veniant ad collationem de iure communi, & quid de iure Regio.*

303 *Sumptus facti à parentibus cum filiis in studio, quando sunt conferendi.*

304 *Sumptus, quos pater fecit pro liberandis filiis ex delicto, vel à captiuitate, an sint computandi in legitimam.*

305 *Quæ dantur filio ratione dignitatis non computantur in legitima.*

306 *Filius legitimus qui potuit patrem ab hostibus redimere, & non redemit, an præferendus sit filio illegitimo patrem redimenti.*

307 *Filij furata an teneantur computare in legitimam patre sciente, & tacente.*

308 *Sumptus facti per filios ex bonis patris in nuptiis an sint conferendi, & computandi in legitimā.*

309 *Impensæ factæ à parentibus in expediendis bullis pro filiis ad beneficia Ecclesiastica, an sint conferenda.*

310 *Fructus qui dantur filio coniugato loco alimentorum ad onera matrimonij ferenda, non debent conferri.*

311 *Filius an teneatur conferre fructus perceptos ex Maioratu per matrem in se translato, siue eos percipiat in vita, siue post mortem matris.*

312 *Fructus translati in filium de bonis Maioratus à matre, an sint conferendi.*

313 *Dos data filiæ ad ingrediendum Religionem an veniat ad collationem simul cum vestibus, & supellectile vniuersa? & quid de propinis, quæ conferuntur singulis monialibus.*

314 *Quanam sint bona, quæ non veniunt ad collationem, data tamen à parentibus, & quid si donentur a Principe, seu Rege.*

315 *An veniant ad collationem bona lucrata à filiis industria propria, cum pecunia tamen parentum.*

316 *An fiat collatio de bonis aduentitiis; esto, pater in illis habeat vsumfructum? Pars negans est certa.*

317 *An dos data nepti ab auo sit conferenda post mortem illius, cùm fit diuisio inter patrem illius neptis, & inter fratres ipsius.*

318 *Collatio est facienda a filiis de bonis, quæ habent ex substantia patris; ideò acquisita per filium ex negociatione non videntur conferenda.*

319 *Donata à patre ad vsus licitos filio si ea male expendat, an teneatur conferre.*

Dubitatur primò, an sint conferenda Officia publica data parentibus à Principe gratis, & quid si emantur? Dico primò, de iure nostro donata à 301
Principe, *lib. 4. tit. 97. §. 10.* pertinere ad peculium quasi castrense, & ex consequenti non esse conferenda: Molin. *de iustit. tract. 2. disp. 231. vers. deinde.* Caldas Pereira *in l. si curatorem, verbo, læsis, n. 96. de in integr. restitut.* Cabed. *1. dec. 115. n. 4.* Idem dicendum de Officiis concessis à Camera Vlyssiponensi filiabus Officialium præmortuorum ad contrahenda matrimonia: vt colligitur ex verbis *eiusdem §. 10.* ibi: *Queremos que nam tragam a collaçam, e partilha os filhos, ou filhas, ou outros descendentes a mercee que a elles, ou a seus pays, e ascendentes pera elles fizermos &c.* Et infra subdit: *E esto que dito he hauera lugar om os casamentos, e aindas de casamentos dados, ou prometidos per quaesquer senhores fidalgos, e quaesquer outras pessoas.* Per quæ verba quamuis Camera sit persona ficta, continetur tamen sub verbo, *quaesquer pessoas*: ex dictis per Tiraq. *1. retract. §. 1. gloss. 7. ex n. 20.*

Dico secundò, Officia concessa à Principe filiis contemplatione patris tantùm, esse conferenda tanquam bona profectitia, prout confertur militia vendibilis, vel transmissibilis ad hæredes: Gam. *dec. 29. n. 3.* Auendan. *in suis Respons. respons. 9. n. 13.* Valasc. *de partition. cap. 3. n. 74.*

Dico tertiò, filiū teneri de iure Castellæ conferre æstimationē officij Tabellionatus, seu Decurionatus quod pater illi dedit propter causā matrimonij contrahēdi cum certa persona. Ratio, quia ex quo talia Officia venduntur, & emuntur communiter, & in bonis numerantur, tanquam cætera bona conferenda sunt: ita Couar. *lib. 3. variar. cap. 19. n. 4.* Auendan. *respons. 9. n. 3.* Cordub. *in tract. de casus de conscientia, q. 134. c. 26. n. 14.* Anton. Gomez. *in l. 29. Taur. n. 21.* Perez *in l. 8. tit. 2. lib. 1. Ordin. col. 80. vers. si tamen.* Æstimatio autem facienda est attento tempore mortis patris: sequitur Gutier. alios referens *lib. 2.*

lib. 2. practic. q. 64. n. 5 quod potest extendi ad similia Officia: quod intelligitur nisi ad emenda Officia pecunia detur; nam tunc pecunia data tantùm confertur, prout vult Gomes. *in d. l. 29. Taur. n. 22.* & non valor, nec æstimatio ipsius Officij tempore mortis: subdens huius opinionis esse Iason. *in l. illud, C. de collation. col. 2. n. 5.*

Dico quartò, Officia ex parentum substantia ad filios profecta illis esse imputanda in legitimã: Gutier. *practicar. lib. 2. q. 64. n. 6.* Garcia *de Expens. c. 4. n. 14.* & *de Nobilit. gloss. 35. n. 59.* Molin. *de iustit. tom. 1. disp. 241. vers. circa ea, & vers. seqq.* Consentit Gama, *dec. 29. n. 2. & 6.* vbi addit secùs in Lusitaniæ Regno, quando Militia, seu Officiũ, aut aliud simile à Rege, aut à quocunque alio precibus, & intuitu parentum filio, aut filiæ datur in coniugiũ; tunc enim filius, aut filia, totum habet tanquam bonum aduentitiũ, aut tanquam quasi castrense, quando à Rege, Regina, aut Principe ita donatur: vt diximus *supra vers. dico primò* sequitur Cardos. *in praxi, verbo, collatio, n. 32.* vbi loquitur de Officiis publicis emptis ipsi filio viuente patre, qui patre defuncto tenetur conferre pecuniam illam, seu officij æstimationem, aut illam computare in suam legitimam; eò quia fuit donatio ob causam: *l. quoniam nouella, & l. omnino, §. imputare,* vbi Scribentes, *C. de inoffic. testam.* vbi est sermo de Officio, seu de Militia; quæ vendi solet: de cæteris autem officiis, seu Militiis, quæ nec vendi, nec alienari possunt, nulla fit collatio, nec imputanda sunt filio in legitimam; sicut nec illud, quod pater insumpsit, vt filius Officium, vel Militiam consequeretur; cum in honorem filij sit datum patre adhuc superstite.

Dico quintò, Officia publica posse vendi licitè à Principe, seruatis debitis circumstantiis: ita Sotus *de iust. lib. 3. q. 6. art. 4. concl. 1. in solut. ad primum argum.* post D. Thom. *in Opuscul. 21. de Regim. Princip.* vbi consuluit Ducissæ Sabaudiæ, quòd licèt de iure Officia vendi possent, non tamen expedire: contra Gloss. *in c. sicut, 1. q. 6.* & *in c. fin. 1. q. 3.* quæ absolutè negat posse vendi de iure: quod etiam voluit Caiet. *in sum. verbo, Officiorum venditio,* eò quia, quæ sunt publici iuris, vt sunt Officia publica, non recipiunt æstimationem. Cùm ergo non reperiatur lege diuina prohibitum, vendi hæc officia, quæ cõsistunt in nudo ministerio; non est dubium posse vendi, vt fit aliquando sub hasta publica, ad solutionem debiti Regalis: vt non semel se vidisse Valasc. *de partition.* tradit *c. 13. ex n. 67.* & constat ex iure nostro *lib. 4. tit. 95.* ibi: *sem vossa especial licença.*

Dubitatur secundò, quando pater huiusmodi officia simpliciter, & nulla existente causa neque vrgente, dedit filio? Et videtur affirmandum, cùm talia officia de consuetudine sint vendibilia, & eorum æstimatio ad hæredes est transmissibilis; ergo cõferri debet: *l. illud, C. de collat.* & *l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testam.* & *ibi* Bart. vbi Militia empta filio ex pecunia patris cõputatur filio pro legitima, præsertim quia apud Hispanos nulla est distinctio inter ea quæ donantur matrimonij causa, vel non, quod filius tenetur conferre. Nec est dubium hoc subsistere de iure communi, per text. *in d. l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testam.* & *ibi* communiter Scribentes.

Nihilominus videtur obstare *l. 26. Tauri,* quæ est contra ius commune, vbi notatur, quòd donatum à patre filio simpliciter, est melioratio in Tertio, & Quinto, quamuis non exprimatur ibi: *Aun que no digan que lo mejoren en el Tercio, o en el Quinto, entiendese que le mejoraran en el Tercio y Quinto de sus bienes:* Et quod superest de Tertio, & Quinto imputatur in legitimam filij: quod videtur dicendum in prædictis officiis; siquidem illa censentur veluti cætera bona patris, nec videntur distincti, quia nemo potest negare posse patrem expresse meliorare filiũ in his officiis. Quinimò filium tacitè meliorari poterit lege: nam taciti, & expressi idem est iudicium, quando eadem ratio, quæ reperitur in tacito, est eadem quæ in expresso: *l. cùm quid,* & *ibi* Scribentes, *ff. si cert. petat. l. Triticum, ff. de verbor. oblig.* Flamin. *de confident. q. 1. n. 66. & q. 28. n. 52. & q. 36. n. 50.* propter quod videtur dicendum, si pater dederit prædicta officia filiis, illos esse in illis tacitè melioratos, per ea quæ habentur *in d. l. 26. Tauri.*

Sed quid si pater dedit prædicta officia filiis, & non est vsus verbo, *Done,* Tellus Fernand. *in d. l. 26.* non agnoscit in hoc meliorationem, & ideo officium imputabitur in legitimam. Tamen si aliquo modo constiterit patrem voluisse facere donationẽ, non est dubium tacitam esse meliorationem, alias minimè; quia donatio nunquã præsumitur nisi inter personas coniunctas: vt *in l. cum de indebit. ff. de Probat. l. Campanus, ff. de oper. libert.* Atque ita cùm *d. l. 26.* loquatur duntaxat in donatione simplici, in qua filius censetur tacitè melioratus, & Militia, seu officia empta filio ex pecuniis patris, sit donatio propter causam; imputatur filio in legitimam: vt *in l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. test.* Gutier. *lib. 2. practicar. q. 64. n. 3. cum seqq. & n. 6.*

Dubitatur tertiò an veniat æstimatio officij ad collationẽ, & imputationem, quando pater sibi ipsi coemit officium, & facta emptione obtinuit a Principe facultatẽ transferendi illud in filium? Respõsio est negatiua ex lege nostra *lib. 4. Ordin. tit. 97. §. 12.* & *ibi* Gam. *dec. 29. n. 5.* Cald. *de nominat. q. 14. n. 42. & q. 18. n. 7.* Eò quia talis concessio, seu translatio videtur donatio procedens ex munificentia, & liberalitate Principis, ac proinde exempta à collatione: per text. *in l. cum multa, C. de bon. quæ lib.* vbi donationes regales filiis acquiruntur sine obligatione conferendi, & probatur ex iure nostro *supra d. lib. 4. tit. 79. §. 3.* ibi: *Com per doaçam nossa.* Idem dicendum est de annuis redditibus gratuitò, & ex liberalitate Regis à principio concessis: nam si pecuniâ fuerũt empti, quamuis postea de licentia Regis transeant ad filios, non excusantur ab onere cõferendi: neque est locus Ordinationi, *d. §. 12.* si tales annui redditus cõcedantur filiis a parentibus ex suis propriis bonis, nisi casu, quo concedantur loco alimentorũ: in illis namque a principio pecunia cõparatis, considerandum est initiũ, in quo cum Regia munificentia non inueniatur, esto, postmodùm in translatione ipsorum redituum Regis licentia compareat; non habet tunc tantam vim, vt habeat rationem liberalis donationis & vt excusentur ab obligatione conferendi: Gam. *in d. dec. 29. n. 1. & 4.*

Cæterùm supradicta, vt iacent, non carent contradictione, proinde circa officium à patre sibi emptum, & post emptionem impetrata à Rege facultate transferendi illud in filiũ; quamuis teste Gam. *d. dec. 29.* decisum fuerit in Senatu Lusitano in fauorem filij, vt non teneretur ad collationem: Contraria sententia mihi verior videtur in officiis, quæ solent vendi etiam cum licentia Regis; quæ hodie facili negotio conceditur: & ideò iudicandum de illis, vt de bonis patrimonialibus, quæ conferuntur, imputantur, & cõmunicantur nulla facta distinctione, an pater sibi, vel filio emerit; vel Rex patri concesserit propter sua merita, aut alio modo pater acquisiuerit. Quod ita seruatur in his regnis, & ita fuisse iudicatum *anno Domini* 1617. refert Mendez à Castro *in praxi lib. 4. c. 3. n. 8.* & Barb. *in addition. ad patrem, n. 321. fol. 39.* non obstante decisione Senatus Lusitani, contra sententiam sapientissimi

Aoron.

Anton. da Gamm. nisi officia non venderentur, nec renuntiarentur; & Rex esset difficilis in côcedendo, aut filio data contemplatione sui ipsius essent: tunc enim supradicta secus procederent: ita Flores *in addition. ad Gam. decis.* 19. post alios. Valasc. *d.c.* 13. *de partition. n.* 62. vbi addit quoad reditus annuos, vulgò *iuros*, habitos à Rege, de quibus *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 97. § 12. ibi: *Eas cousas de iuro*, côsiderandum esse principium, hoc est fuisse pecunia patris comparatum, prout consideratur in Emphyteusi, quamuis à Domino primo concedente censeatur haberi: tamen contrarium expresè disponit ius nostrú, quòd filius conferre non teneatur, neque eorum æstimationem in legitimam esse imputandam; ibi: *Nam venbam a Collaçam, nem se impute em sua legitima.* Quare annui reditus siue in perpetuum, siue vitalitij, hoc est ad vitam impetrati à Rege, & de ipsius licentia in filios translati, non veniunt ad collationem, quando gratis conceduntur ex liberalitate Regis ab initio. Secùs si pecunia fuerunt empti, esto, postea concedente Rege in filios transferantur; tunc enim non excusantur ab obligatione conferendi, sicut collationi subiecti sunt, quando conceduntur filiis a parentibus ex suis proprijs bonis; nisi fortè dentur loco alimentorum: Gam. *d. decis.* 19. *n.* 5. Idem dicendum est de officiis gratuitò concessis à Rege patri, & postea de licentia Regis renuntiatis filio, non venire scilicet ad collationem: secùs quando fuerunt empta pecunia à principio, & postea ex licentia Regis fuerunt in filios translata: Gam. *vbi supra*, quem referens sequitur *ibi* Flores & Valasc. *n.* 179. *ad fin.*

302 Dubitatur quartò, circa bona castrensia, an sint conferenda? Dico primò, quamuis bona castrensia, seu quasi castrensia inter socios omnium bonorum communicentur, & diuidantur, *l. si fratres, in vers. idem Papinianus, & l.* 1. *& l.* 3. *cum specialiter, ff. pro socio, l.* 6. *tit.* 10. *part.* 5. attento tamen iure communi non conferuntur, siue à patre procedant, siue aliunde acquirantur: *l. fin. C. de collation. l. fideicommissaria, §.* 1. *vers. nec obeundem, ff. de fideicommiss. libert.* Quod etiam habet locum in Castella, per *l.* 3. *tit.* 4. *part.* 3. & *in l.* 5. *tit.* 15. *part.* 6. Quia sunt præcipua ipsius filij tum quoad proprietatem, tum quoad vsumfructum: *l.* 1. *§. Nec castrense*, vbi Bartol. & omnes, *ff. de collation. bonor.* Quæ autem sunt bona castrensia, & quæ quasi castrensia, tradit Cardos. *in praxi, verbo, Collatio, n.* 41. Barbos. *in Remiss. ad leg. nostr. lib.* 4. *tit.* 97. *§.* 18.

De iure tamen Lusitano non ita indistinctè excusantur ab onere conferendi bona castrensia; sed illa duntaxat, quæ donantur à patre filio non coniugato ad militiam terrestrem, nec non donata filio coniugato vt ascendat ad Equestrem dignitatem; vt habetur in Ordinatione *lib.* 4. *tit.* 97. *§.* 7. ibi: *Ou pera sua Caualaria.* Similiter non conferuntur ea, quæ donantur à parentibus eorum filiis, & ea consumpserunt filij in palatio Regis, Reginæ, Principis, vel alterius filiorum Regis: ita Molin. *de iustit. disp.* 230. *vers. inter castrensia*, aliàs *n.* 7. *& disp.* 237. *vers. quod si*, aliàs *n.* 8. Nomine autem *filiorum Regis*, cùm sit nomen naturæ, veniunt etiam Bastardi, hoc est, naturales, quia gaudent priuilegio patrum; & constat ex lege nostra *d. tit.* 97. *§.* 8. & *ibi* Barbos. *n.* 3. *Ou seada hum de nossos filhos.* Modò donata sint iam consumpta: secùs si adhuc extiterint tempore mortis illius, qui ea dono dederit, tunc tenebitur conferre secundùm legem nostram *d. tit.* 97. *§.* 9.

303 Dubitatur quinto circa expensas factas à parentibus cum filiis in studio? Respondeo dictum iam esse *lib.* 1. *supra disp.* 1. *§.* 7. *n.* 96. de expensis factis cum filio in addiscendo literas humaniores, nô esse conferendas, nec posse cogi patrem ad alendum filium in scholis, *n.* 96. *vers. Ad hæc.* Similiter *d. n.* 96. *vers. Quid de expensis*, non esse conferendos sumptus pro gradu suscepto in aliqua scientia à filio. De quo etiam aliqua, *d. §.* 7. *n.* 95.

Sed quid dicendum si filius in studio egit se negligenter, & nihil profecit culpa sua? Tunc non est dubium expensas conferri: nec non libros donatos filio ad studium, si non erant necessarij ad studendum, sed ad legendum: vt constat ex Ordinatione *lib.* 4. *tit.* 97. *§.* 7. ibi: *Pera aprender.* Caldas *ad l. si curatorem, verbo Lasis, n.* 102. Nisi ex aliqua coniectura appareat animus paternus donandi: Valasc. *d. cap.* 13. *n.* 162. *&* 163.

Dubitatur sextò circa sumptus quos pater fecit pro liberandis filiis ex delicto, vel ex captiuitate. 304
Videtur dicendum esse conferendos, si pater eos soluit pro delicto commisso ab illis; nam pater non tenetur soluere condemnationem pro filio, neque potest fieri executio in bonis patris: *l.* 1. *§. si impuberi, de collation. bonor.* & *ibi*, Bartol. & Bald. *in l. Omnimodo, §. imputari, n.* 5. *C. de inoffic.* Gregor. Lopes, *l.* 9. *tit.* 5. alias *gloss. Verbo porel bito, part.*.... quæ habetur etiam *in l.* 9. *tit.* 5. *lib.* 4. *fori*, præsertim quia bona patris eo viuente, non sunt obligata pro delicto filij: vnde si pater soluat aliquid, debet imputari in legitimam filij.

Nihilominus nec de iure communi, nec de iure Regio condemnatio est conferenda, vt habetur *d. lib.* 4. *tit.* 97. *§.* 8. vbi dicitur: *Nem menos trarao filho a partiçam o que lhe o padre, ou madre derem para sair de catiuo, ou de omisio:* censentur enim donata ex pietate, & affectione paterna: argumento text. *in l. Liber captiuus, C. de capt. & postlimin. reuers.* Bartol. *in l. Stichum, ff. de pecul. legato, col. fin.* Ant. Gomes. *in l.* 29. *Tauri, n.* 20. Bald. *in Authen. ex testam. col.* 6. *n.* 12. *C. de collation.* qui in expensis pro redimendo filio à captiuitate loquitur ibi: & pro delicto Gomes. *d. n.* 20. Spin. *d. gloss.* 18. *n.* 82. *ad fin.* vbi in dubio tradit conferendum esse à filio, quod pater soluit pro maleficio ab eo commisso, pro sua condemnatione, ex regula, quæ sic habet: Quidquid à patre filio inter viuos datum est, quanto magis respicit vtilitatem filij, tanto magis in eius legitimam debet computari: argumento *l. quoniam nouella, C. de inoff. testam.* & *l. si non mortis, ff. eod.* Atqui valde vtile est filio, ne verberibus afficiatur, vel aliqua alia infamia notetur; ergo imputabitur in eius legitimam quidquid pater pro condemnatione soluerit, vt filius illam infamiam euadat: Secùs de pretio dato pro filio redimendo à captiuitate; in tali euentu non tenebitur computari in legitimam, neque conferre inter reliquos fratres: Bald. *in Auth. ex testam. C. de collat.* Menez. *in Authen. Res quæ, C. commun. de legat. n.* 95. *cum sequent.* & Garcia *de expens. cap.* 4. *n.* 12.

Cæterùm de iure nostro aliter est dicendum, scilicet, nec pœnam erogatam pro quouis crimine, nec pretium solutum à patre pro redimendo filio à captiuitate, conferenda esse: Barbos. *in Remiss. ad ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 97. *§.* 8. Valasc. *de partition. c.* 13. *n.* 176. vbi addit etiam in captis à Christianis, per verba generalia Legis nostræ, ibi: *pera sair de captiueiro.* Tamen de iure communi, idem docet de pretio soluto pro filio captiuo: secùs pro condemnatione soluta; vbi censet, si pater soluat pœnam coactus, in legitimam filij esse imputandam; nimirùm quando habet penes se bona filij: si autem nulla cogente necessitate, sed volens soluit præsumitur soluisse ex affectione paterna: Gomes. *d. l.* 29. *ex n.* 20. quæ distinctio placuit Bart. *in d. l. Stichum, ff. de pecul. legat.* quam sequitur Alex. *in l. in quartam, ff. ad l. falcid. ad fin.* Surdus *decis.* 167. *n.* 11. Stephan.

Grat. *discept. forens. c. 50. n. 1.* vbi *n. 4.* excipit casum in quo pater consensit expressè, vel tacitè delicto filij.

305 Dubitatur septimò circa ea quæ dantur filio, ratione dignitatis adipiscendæ: Et certum est non conferri quod pater expendit pro aliquo honore filij non vendibili consequendo: text. *in l. 1. §. nec castrense, in 2. p. ff. de coll. bon.* ex eo quia videntur induere rationem bonorum castrensium, quæ sunt libera à collatione: argumento militiæ, quæ etiam non confertur nisi sit vendibilis: Gomez *supra d. l. 29.* Garcia *supra c. 4. n. 14.* Quin imò non tenetur conferre filius vestes datas à patre quando factus fuit Doctor, vel Aduocatus, vel quando Officium nobile fuit consequutus pecunia interueniente, vel quid simile: *l. 1. §. nec castrense, ff. de coll. bon. l. 5. vers. Esso mesmo, tit. 5. p. 6.* Nec donatū ob causam, quod transit in peculiū castrense, vel quasi castrense: Moch. *lib. 4. c. 13. n. 66.* & Card. *in praxi, verbo collatio, n. 32.* quia honorato filius est officium paternum; quamuis in hoc aliqua bona consumant parētes. Nec non quæ parentes expendunt vt filij beneficia Ecclesiastica consequātur; quoniā talia beneficia habentur loco quasi castrensis peculij, & dignitatis: vt *in l. sacrosancta, C. de Episc. & Cler.* & ideò non procedit imputatio, vt *in l. 1. § sed an id, ff. de collat.* Ayora *in tract. de partit. 2. p. q. 18.* Sequitur Gutier. *pract. quæst. lib. 2. quæst. 65. n. 12.*

306 Dubitatur octauò an filius illegitimus, qui patrem redemit, sit præferendus legitimo, qui cùm potuerit patrem ab hostibus redimere, noluit patri auxiliari: Greg. Lop. per text. *ibi, in l. 7. tit. 29. p. 2.* vult filium non redimentem in hoc casu fieri indignum successione patris, illique præferri filiū illegitimum redimentem patrem, etiamsi ex fœmina infideli natus esset: sequitur Aluar. *de coniect. ment. test. lib. 2. c. 3. n. 35.* Spin. *d. gloss. 18. n. 85.* Conson. Ordin. Lusit. *lib. 4. tit. 88. § 16.* ibi: *Se o pay, ou mae vierem a ser captiuos, e o filho, ou filha forem negligentes em os remir de captiueiro, e for posto em liberdade sem aiuda do filho, ou filha, podera o pay, ou mae deserdalos liuremente.* Sequitur Tiraquell. *de iure marit. gloss. 8. num. 284.* Peres *l. 2. tit. 2. lib. 3. Ordin. pag. 186.* & Molin. *de iustit. tract. 2. disp. 176. vers. decimotertiò.*

307 Dubitatur nonò, an furata per filios in vita parentum, & consumpta in malos vsus, teneantur filij mortuis parentibus imputare in suam legitimam? Negantèr videtur dicendum, & ex consequenti non esse conferenda; neque alij fratres videntur habere aliquid contra furem, eò quia cùm eo tempore esset filius in patris potestate; nulla est obligatio: atque ita potest adhiberi consilium, vt cæteri fratres ex fructibus bonorum tantundem accipiant: quo modo potest fieri compensatio super his, quæ viuo patre fuerunt furata. Item poterunt fratres se tueri per viam exceptionis, aliàs non dabitur illis actio: Bald. *in l. filia cuius, C. famil. erciscund. num. 9.* Alexand. *in l. si cum dotem, §. si post solutum, num. 9. ff. sol. matrim.* & Gomes *l. 19. Tauri, n. 25.* contra Bald. *in Authent. ex testam. C. de collat.* dicentem esse imputandum in legitimam filij, quod filius amisit ludendo, seu meretricando: Spin. *d. gloss. 18. num. 86.*

308 Dubitatur decimò, an sumptus facti per filios ex bonis parentum in nuptijs sint conferendi, & computandi in legitimam? Responsio est negatiua: Cardos. *supra, verbo, collatio, num. 35.* Sicut nec illa vestimenta, quæ succedunt loco alimentorum: *l. ex parte, § seruo libertatem,* vbi Gloss. *verbo, debita, ff. famil. erciscund.* Bart. *in l. 1 §. nec castrense, n. 9. ff. de coll. bonor.* & *in tract. de duob. fratrib. & l. donationes, §. species, ff. de donat.* Ratio etiam, quia huiusmodi sumptus ad honorem, & existimationem patris pertinent, ideò non debent conferri: Gomes *l. 29. Tauri, n. 15. vers. quinto infero,* & Garcia *de expens. c. 4. n. 10.* Item quia non reperitur lex aliqua, quæ obliget similes sumptus factos in nuptijs filiorum conferri; & de iure communi nihil confertur, quod ab eodem iure non caueatur: *l. illam, C. de coll.* cùm ergo nihil ex substantia paterna accedat ad filium ex sumptibus factis à patre in nuptijs filij, non est quod conferatur.

De iure tamen Regio huiusmodi sumptus *d. tit. 97. §. 2.* limitantur ad eos duntaxat, qui fiunt in prandijs, & cœnis factis in diebus nuptiarum, ibi: *E nam tornara a colaçam o iantar, ou cea, que o pay, ou mae lhe deram em os dias de sua voda.* Ex quo infertur cæteros sumptus, si fortè fiant in ludis in honorem nuptiarum vltra sumptus prandij, aut cœnæ, esse conferendos: Valasc. *de partit. c. 13. à n. 55. vers. cæterum;* quod procedit quamuis filius, vel filia, quæ celebrat matrimonium habeat apud patrem, vel matrem aliqua bona propria, ex quibus similes sumptus fieri possent; quibus non obstantibus, adhuc parentes videntur facere de suo: ita Bald. *in Auth. res quæ, n. 5. C. comm. de leg.* & Paul. *cons. 304. n. 5. lib. 2.*

Dubitatur vndecimò, an sumptus, quos parentes faciunt pro expediendis Bullis, vt filij beneficia Ecclesiastica assequantur, sint conferendi? Et existimarem negatiuè respondendum, quia beneficium habetur loco peculij quasi castrensis, & dignitatis; proinde cessat imputatio: vt *in l. 1. §. sed an id, ff. de coll. bon.* Gutier. *pract. lib. 2. q. 65. n. 12.* Iuuat non conferri, quod pater expendit pro aliquo honore filij non vendibili comparando, per text. *in l. 1. d. §. neque castrense, ff. de coll. bon.* vbi Bart. & Bald. *in l. omni modo, §. imputari, n. 4. C. de inoff. test.* & Mend. à Castr. *in d. l. cum oportet, n. 177.* & Garc. *de exp. c. 4. n. 14.* Argumēto militiæ, quæ etiā non confertur nisi sit vendibilis. 309

Cæterùm contraria sententia placet Valasc. *in d. c. 13. n. 75.* existimanti verius esse de iure nostro *d. tit. 97. in princ.* esse scilicet conferendos huiusmodi sumptus, per text. ibi: *Si o pay, ou mae, ou ambos iuntamente derem alguna cousa mouel, ou de raiz à algum de seus filhos quer em casamento, quer em outra qualquer maneira, sera obrigado tornar tudo.* Ducitur ergo illis verbis, *quer em qualquer outra maneira;* quæ verba debent intelligi, quando id quod comparatur est vendibile, vt non est beneficium; ideò non est conferendum accessorium, hoc est sumptus, qui in eo comparando fiunt. Nec est ratio friuola, vt notat sapientissimus Valasc. quia illā in alia quæstione sequuta est doctissimus Gamma *decis. 309. n. 15.* & Ant. Gom. *l. 29. Tauri, n. 21. vers. ex quo subinfero,* dicens non esse computandas huiusmodi impensas filio in legitimā, neq; in suam portionem. Ratio illius, quia talis dignitas Episcopatus scilicet, vel Canonicatus, vel præbendæ Ecclesiasticæ, nec potest vendi neq; ad hæredes transmitti: ergo nec debet imputari accessoriū: arg. text. *in l. omnimodò. §. imputari. C. de inoff. test.*

Dubitatur duodecimò, circa fructus, qui dantur filio coniugato loco alimentorum, ad onera matrimonij ferenda, an debeant conferri? Negatiuè resolue, quia sponsus sustinens onera matrimonij facit fructus suos: Bart. *in l. diuortio, in princip. n. 11. ff. solut. matrim.* & ibi Socin. *n. 7.* Azo *in summa, C. de iur. dot. n. 28.* quem sequitur Gloss. *fin.* & Bart. *in fine.* Gloss. *in l. 2. C. de dot. promiss.* & receptam esse sententiam tradit Angel. *§. aduersus, n. 4. Instit. de nupt.* Socin. *cons. 170. col. penult. post medium, lib. 2. & cons. 27. n. 4. lib. 4.* facit Thomas Vaz *allegat. 59. n. 9.* vbi fructus, ait, ex Maioratu perceptos, & in filium translatos à matre, esse conferendos, aut imputandos: prout tenent Baesta *de non meliorand. dotib. filiarum, cap. 26. à n. 9.* Gam. *decis. 118.* & Flores ad Gam. *decis. 140. n. 3.* vbi limitat, nisi tales fructus dati essent filio loco alimentorum, & ad supportanda onera matrimonij, quia pauper est, nec habet aliunde bona; nam 310

in

in his terminis non tenebitur conferre: ita Gam. *d.decis.*140.& 163 Molin.*de iustit.tract.* 2.*disp.*238. *vers. Gamma*, & Thomas Vaz *supra n.* 10. Barbos. *ad d.tit.*97.*in princip.num.*10.

311 Dubitatur decimotertiò, verùm filius teneatur conferre fructus perceptos ex Maioratu per matrem in se translato, siue eos percipiat in vita, siue post mortem matris? Pars affirmans ex eo sequitur, quia filius tenetur conferre, vel imputare ea, quæ ei veniunt ex substantia patris, de cuius successione agitur: *l. quoniam nouella, C.de inoffic.testam.in fin.* ibi: *Si ex substantia eius profecta sit, de cuius hæreditate agitur.* Probatur *ex l.vt liberis, C.de collat.* ibi: *Vt in diuidendis rebus ab intestato defuncti parentis, cuius de hæreditate agitur, eadem dos, vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur.* Idem probatur *ex l.* 29. *Tauri*, & ex Ordinatione nostra *d. tit.*97.*in princip.* sequitur Gomez. *in d. l. Tauri* 29. *num.*10. Auendan.*gloss.*7. Molin. *tract.* 2. *disp.*237. & Valasc.*de partition.cap.*12.

Nihilominus, pars negans in nostro casu est tenenda, filium scilicet, non teneri conferre tales fructus perceptos de Maioratu in vita matris ab ea in se translato. Ratio, quia mater non dedit fructus ipsos, sed transtulit in filium Maioratum, & aliud est donare rem, aliud fructus rei; per *legem, in ædibus, §. ex rebus, ff.de donat.* & *ibi* Scribentes. Accedit ad hanc partem Palatius *in rubric.* §61. *n.*10. & Greg. Lop.*in l.*8.*tit.*4.*part.*5.*gloss.*12. Atque ita non tenetur filius conferre, nec imputare fructus acceptos ex re sibi dotata, aut donata: quia ad hanc necessitatem collationis tenetur tantùm de fructibus quos percepit ex re donata post mortem; non autem de iis, quos in vita percepit: vt habetur in ordinat. Lusitana, *vbi supra*, ibi: *Sera obrigado tornar tudo à Collaçam aos outros Irmanos depois da morte do pay, ou mae, que fizeraon à doaçam com as nouidades que assi tiner em seu poder, e trouxer à collaçam, renderem depois da morte dos doadores, ate o tempo das partilhas.* Quod idem vult Molin. *disp.*238.*vers.quando*, citans pro concordia text.*in l.filius, §.vltim.cum Gloss. ff.de collat.dot.* Idem tradit Valasc. *de partit. cap.*13. *à n.* 14. vbi addit à tempore mortis patris, aut matris venire fructus, vsque ad tempus partitionis. Quòd si fructus principaliter donati essent, non autem Maioratus translatus; in eo euentu debuissent conferri: Gama *decis.*118 Valasc.*d.cap.*13 *n.*148. &
312 Thomas Vaz *allegat.*59. *n.*5. vbi in casu proposito de fructibus perceptis in vita matris concludit non esse conferendos: nec illos, quos post eius mortem percepit ex bonis illius Maioratus, quia à morte possessoris, successio Maioratus cum fructibus spectat ad successorem; vt est communis *in l. vnum ex familia, ff.de legat.*2. Molin.*de primog. lib.*1. *c.*4. *n.*6.& *lib.*3.*cap.*11. & alter Molin *tom.*3. *disp.*635. Ideò non conferuntur, quia pertinent ad successorem ex Bald.*in Authent.ex test.n.*16.*C.de collat.* Tiraq.*de primog.q.*51.*n.*1.Molin.*lib.*1.*de primog.c.*11. *n.* 2. Secùs dicendum quando fructus collecti post mortem ex re aliqua donata cum eadem conferuntur; tunc venient omnia ad collationem per *d. leg. nostr.* ibi: *E trouxer à collaçam* Vnde in nostro casu nec fructus collecti post mortem, nec collecti in vita conferuntur, vt post disputationem pro, & contra, decidit Roder. Aluard.*de coniectur.ment.testat.cap.*3. *lib.*2.§.1.*à n.*26. quia post mortem nihil recepit ad partitionē vsque de substantia maternæ hæreditatis.

Probatur aliqualiter argumento possidentis rem pro indiuiso, domum communem scilicet, qui non tenetur aliis sociis soluere pensionem, cum iure suo fuerit vsus, neque vllos fructus messuerit vltra vsum habitandi: eò quia domus nullum præter fructum habitationis concedere potest: atque ita si domus pluribus communis habitetur tota ab vno ex sociis, non tenetur illam inhabitans, cæteris, nec singulis aliquid pensionis soluere: argumento text. *in l. si quis putans, §.*1.*ff.commun diuidund.* text.*in l.hæred. §.si vnus, ff.famil. ercisc.* Quam sententiam tenet Gloss. communiter recepta *in l. Sabinus, verbo, constat, in fin.ff.comm. diuidund.* vbi dicitur datum esse cuilibet sociorum vti re communi pro indiuiso possessa ad vsum destinatum, etiam repugnante consocio, nec esse tribuendum consocio aliquid pensionis; eò quia vsus diuidi non potest, nisi domus ipsa diuidatur: ita Socin.*in l.si socius, ff.si cert.petat.* Iason *in l.iuris gentium, §.hodie tamen, n.*7.*ff.de pact.* Gomes.*de contract cap.*3. *de locat.n.*14. *vers. si vero talis fundus communis sit*, & Petr.de Vbald.*in tract.de duob. fratr.q.*9.*p.*5. sequitur Duen.*reg.*295. *factum, lim.*2. & Roman.*cons.*168.*in fin.* quare Salyc. *in l.iubemus, C.de sacros.Eccles.* tradit, si duo fratres, vel socij duo possideant communem fundum pro indiuiso, & alter vult quòd seminetur, alter verò partem suam seminare non vult; socium, qui seminauit, non teneri alteri socio partem fructuum præstare, cùm vtatur re communi: ita Iason *in l.*1.*n.*26. *C.qui test.fac. poss.& in l.quominus, ff.de flumin.num.*109.

Secùs dicendum, quando socius alij fundum, seu domum locauit pro certa mercede, seu pensione: quia tunc fructus ex re communi videtur percepisse, ac proinde debet consocio partem pensionis tribuere: ita Corneus *cons.*222.*lit.C.vol.*2. contra Gomes.*d.c.*3.*n.*14. *col.*1. *ad fin. vers. nec obstat superior doctrina*, & Caldas Pereira *de emptione cap.*9. *n.*20. vbi adhæret resolutioni Cornei, & Gomesio resistit.

Dubitatur decimoquartò, an dos data filiæ ad ingrediendum Religionem, veniat ad collationem si- 313
mul cum vestibus, lecto, & cum reliqua supellectile, & quid de propinis, quæ conferunt singulis monialibus? Responsio est affirmatiua quoad dotem, argumento matrimonij corporalis, in quo dos confertur; sic etiam in dote pro matrimonio spirituali. Bartol.*in l.*1.§.*si parens, n.*1.*ff.si quis à parent.* Menchac. *de success.creat.*§.20.*n.*251.& *de success.resolut.*§.19. *n.*47.Gom.*l.*29. *Taur. n.*14. quia valet argumentum de matrimonio carnali, vt *in cap.*2.*de translat. Episc. & in c.in præsent.de probat.& in Authent.nisi rogati, C.ad Trebell.* cum similibus; ad matrimonium spirituale: Euerard.*in Topicis loco* 33. Cantiunc.*in* 23.*specie loci à simili*, Hyppol.*sing.*215.incip. *Validum est*, Thom. de Tomassettis *in Floribus legum, regul.* 5 Sarm.*de reditib.p.*4.*c.*6.*n.*11. Menoch.*de præsum.pr. lib.*4.*q.*83.*n.*1.& *q.*189.*n.*90.& *cons.*145.*n.*8. Gutier.*in repet.c.quamuis pactum, verbo, dum nuptui tradebatur, n.*1. *de pact lib.*6. Benedict. Ægid. Lusit.*in repet.l.Titia; p.*1.*n.*53.*ff.de condit.& demonstr.& in l.*1.*C de sacros. Eccles.p.*4.§.2.*n.*10.& Francisc. Mol. *de ritu nupt.lib.*2.*differ.n.*20.& *differ.*7.*num.*69.& *lib.*3. *quæst.*99. *num.*2.

Nec obest si dicas data pro alimentis non esse conferenda, *l.*1.§.*si iudex, ff.de liber.agnoscend.* Gom. *in d.l.*29.*n.*16.*vers.primo quia*: quia etiam dos corporalis, seu secularis datur ratione alimentorum, vt per *l.Titio centum, §. Titio genero, ff.de condit.& demonstr.* ac propterea non desinit tota dos conferri; *l. vt liberis, cum multis aliis, C.de collat.* Sic ètiam in nostro casu; quin imò reliqua, quæ secum defert monialis ad Monasterium, videlicet vestes, quibus fuit induta, & vniuersa supellex sunt conferenda, sicut in dote seculari confertur supellex, vulgò *enxoual*, data à parētibus; vt est cōmunis: non tamen tenetur monialis cōferre certam quantitatē pecuniæ annuatim à parētibus relictam permissu Superiorū ad supportandas necessitates particulares per totam vitā, quia

Monasterium non illa fruitur, sed monialis tantùm, cùm habeat rationem alimentorum, & extinguitur mortua moniali.

Similiter non confertur conuiuium, quod fit à parentibus, daturque omnibus monialibus in die professionis, sicut non cōfertur conuiuium nuptiarũ: Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib. 4. tit. 97. §. 2.* & Valasc. *supra cap. 13. n. 37.* idẽ putat de propinis, solitis dari singulis monialibus, si dentur in locum conuiuij: Secùs si concedantur vltra illud conuiuium, quasi dotis augmentum, vt tenere videtur; nam tunc sicut dos confertur, sic augmentum dotis est conferendum: vt habetur ex *l. si ex toto, in principio, l. quod in rerum, §. si quid post, ff. de legat. 1.* cùm sit eiusdem naturæ, & eodem iure regatur dos, & eius additamentum, cui additum est, *l. etiam*, & *ibi* Bald. qui hoc tradit ad multas quæstiones, & alij, *C. de iur. dot. & l. inter, §. cum inter*, & *ibi* Alber. *ff. de pact. dotalib.* quibus addi potest textus *in l. si proprietati, ff. de iur. dot.* vbi accessio dotis dicitur eadem dos, non autem noua. Ex quo fit, vt sicut valet donatio patris in filium famil. pro dote, *l. Pomponius, ff. famil. ercisc.* Sic etiam pro augmento dotis, vt voluit Iason *in Rubric. ff. solut. matrim.* Francisc. Aret. *in l. Placet, col. 2. vers. extra gloss. ff. de acquir. hared.* ob quæ Corneus *cons. 32. Licet in propositione, col. 4. vers. confert etiam, lib. 3.* tradit supplementum legitimæ, & aliud quoduis assumere naturam illius, cui suppletur.

314 Dubitatur decimoquintò, quænam sint bona, quæ data a parentibus non veniunt ad collationem, & quid si donentur à Principe, seu à Rege? Dico primò donationes modicas, quæ fiunt a parentibus minutatim, non autem per modum Quotæ non esse conferendas; & ideo non esse computandas apud Lusitanos in Tertium, nec apud Hispanos in Quintum, secùs si donationes fuerint immensæ; Ordinatio nostra *lib. 4. tit. 97. §. 3.* ibi: *Saluo se a doaçam for tam grande*, & *l. 3. tit. 8. lib. 1. noua recopil.* Nam tunc ex huiusmodi singularibus donationibus cùm fiat grandis aceruus, præiudicatur cæteris filiis in legitima: Guttier. *pract. lib. 2. q. 68.* & Valasc. *consult. 188. & 189. num. 28.* Similiter non est conferendum quod pater expendit cum filio in perdiscenda quacunque arte, etiam mechanica: vt habetur apud nos *d. tit. 97. §. 7.* ibi: *Nam trara à collaçam o que lhe o pay, ou mae derem pera aprender in escollas, ou a quem o ensinar a qualquer outro mester.* Molin. *de iust. tract. 2. disp. 239. in princip.* Barbos. *ibi, d. §. 7. num. 8.* Eodem modo donata à Principe, seu a Rege: vt habetur *supra, in lege nostra, §. 10.* Cabed. *1. p. decis. 115.* Caldas Pereira *in l. si curatorẽ, verbo, lęsis, n. 96. & in cõment. ad §. sed hec, Instit. de inoffic. testam.* modò res à Principe donata non sit empta à patre: Rebell. *de iust. p. 2. lib. 1. q. 8. sect. 3. n. 38.*

315 Dubitatur decimosextò an debeant venire ad collationem bona lucrata à filiis industria propria, cum pecunia tamen parentum? Respondetur, si filius negotietur cum pecunia patris, & aliquid sua industria acquirat, totum id, quod respondet suo labori & industriæ, & in dubio, dimidium lucri censeri aduentitium, & acquiri filio quoad proprietatem; patri autem per tempus vitæ suæ, quoad vsum fructum; vt colligitur ea *L. cum oportet, C. de bon. quæ liber. & §. 1. Instit. per quas person. nobis adquiritur*, & ita in specie vult Bartol. *in Authen. ex testam. C. de collat.* & *ibi* Bald. *n. 8.* Velasc. de Auendan. *in l. 29. Tauri, gloss. 4. a n. 17. cum sequent.* Sequitur Ayora *in tract. de partition. p. 3. q. 2.* & Acebed. *in l. 3. tit. 8. num. 24. lib. 5. recopil.*

Et quamuis *l. 7. tit. 4. lib. 5. fori, & l. 3. tit. 15. part. 6.* videantur ostendere contrarium, videlicet quòd totum per filium acquisitum cum pecunia patris pertineat ad patrem, & sit conferendum post mortem patris: Hoc est intelligendum de his, quæ filius acquisiuit, & lucratus fuit sine labore suo, emẽndo scilicet annuos reditus, vel deponendo pecunias apud Campsorem; non autem quando filius acquirit suo labore, & industria: tunc enim, si totum quod lucratur adæquat laborem suum, & industriam, totum pertinet ad filium: contra vero, si est in dubio, diuidatur æqualiter inter patrem, & filium; quamuis Baldus hoc relinquat arbitrio Iudicis *in Authent. ex testam. n. 6. C. de collation.* Molin. tamen *de iust. tract. 2. disp. 234. fol. 1440.* accedit ad priorem sententiam sub eadem distinctione, dicens lucrum emanans ex bonis patris, pertinere ad patrem; procedens autem ex pecunia, aut ea re non fructifera, in qua pater non erat negotiaturus, totum lucrum pertinere ad filium: & in dubio, an alicui, hoc est patri, aut filio plus lucri sit tribuendum; dimidium censendum est aduentitium, & competere filio; & alterum dimidium profectitium, & proprium patris: quæ resolutio videtur secundum ius commune procedere. Neque ab ea est alienus Bart. *in l. illud, C. de collat.* Surdus *de Aliment. tit. 9. q. 20. n. 9. cum sequent.* Nec à iure Castellæ abest prout volunt Auendan. *in l. 29. Tauri, gloss. 4. à n. 17.* & Azeued. *in l. 3. tit. 8. n. 24. lib. 5. recopil.* qui approbant opinionem Bartol. & suam distinctionem; & sic intelligunt *l. 7. tit. 4. lib. 5. fori, & l. 3. tit. 15. part. 6.* quæ contrarium videbantur ostendere, teste Flores *lib. 1. variar. q. 8. §. 1. n. 27. fol. 79. ex n. 27.*

De iure autem Lusitano *d. lib. 4. tit. 97. §. 16.* ibi: *Saluo se o ganhou com os bens do pay, ou da mae, viuendo, ou estando com elles*, dicendum est, si filius, qui viuit cum altero, aut vtroque parente, & alitur de bonis eorum, & aliquid bonis parentum sua industria, & labore acquirit, id totum competere parentibus, & post mortem illorum conferendum esse ad montem substantiæ parẽtum, vt inter omnes fratres diuidatur: ita Molin. *de instit. d. disp. 234. num. 3.* Mendes à Castrò *in l. cum oportet, p. 1. n. 19. & 22. C. de bon. quæ lib.* Cald. pereira *in l. si curatorem; verbo, lęsis, n. 118.* Valasc. *de partition. cap. 13. num. 180.* & Barbos. *in remiss. ad d. §. 16. num. 2.* & iuuat *l. cum oportet*, & Gloss. *ibi, verbo, ex eius substantia*, vbi dicitur lucrum quæsitum ex pecunia patris per filium esse profectitium.

Contra verò quando filius non alitur ea bonis parentum, & de bonis illorum negotiatur, quasi inter illos societate contracta, potest exigere ab eisdem partem lucri suo labori, & industriæ respondentem, nisi gratis negotietur: Molin. *supra fol. 1452.* Quinimò si filios post mortem parentum aliquid acquirat cum bonis illorum, lucra non communicantur: Gregor. Lop. *in l. 3. verbo, Mercadoria, tit. 15. p. 6.* Surdus *de aliment. tit. 1. q. 85. n. 5.* Secùs si sit sub potestate patris, & laboret in re patris, tunc post mortem patris hæredes non tenentur soluere salariũ, quamuis opera illius eo digna sint: Nauar. *in manual. cap. 17. num. 144. & 148.* Guttier. *de iuram. confir. p. 1. cap. 5. a num. 17.*

Cæterùm si filius alatur à patre seu à matre, & negotietur aliena pecunia, etiam absque labore suo, sibi acquirit lucrum, nec tenetur conferre; quia in hoc caso nihil habet ea re patris, nec contemplatione patris, sed aliunde: ideò totum lucrum pertinet ad filium, vt aduentitium; neque ratione alimentorum patri aliquid fuit quæsitum: ita habetur in iure nostro *d. tit. 97. n. 16.* ibi: *Quando o filho que esta com seu pay, ou mae ganhar alguma cousa por seu trabalho, nã sera obrigado ao trazer a collaçam, saluo se o ganhou com os bens do pay, ou da mae.*

Vnde

Vnde nec ratione alimentorum aliquid patri, seu matri acquiri voluit ius nostrum, quoniam præsumitur quod pater tenebatur præstare alimenta, vel quod ex pietate paterna præstiterit, & multo fortius non tenebitur filius conferre lucrum acquisitum ex pecunia, siue aliena, siue paterna, per modos illicitos, puta, per vsuras, vel alios contractus illicitos; quia non sunt bona profectitia, nec patri acquiruntur. ita Bart. & Paul. & communiter Scribentes *in d. l. cum oportet*, contra Gloss. *ibi, in verbo, ex eius, C. de bon. quæ liber.* Iason *in l. illud, col. penult.* & Decius *ibi n. 22. C. de collation.* Baeça *in tract. de decim. tutor. c. 16. n. 3.* Sicut lucra illicita non communicantur inter virum, & vxorem: Suar. *in tit. de las ganancias, limitat. 4. fol. 16. in antiquis*, Palat. Rub. *in repet. Rubric. cap. per vestras, §. 62. fol. 41.* Baeça *de decim. tutor. cap. 16. n. 8.*

Sed quid si filio pater remittat pleno iure fructus bonorum aduentitiorum? Videtur dicendum, esto filius sit in potestate patris, validam esse remissionem, & filium non teneri vsumfructum aliis fratribus conferre; & si à patre fuerit melioratus, habebit dictum vsumfructum, vt suum, neque imputabitur in Tertio, & Quinto, in quo fuerit melioratus apud Hispanos, neque apud nos in Tertio; per text. *in l. cum oportet, §. sin autem, C. de bonis quæ liber.* Imo talis remissio, seu donatio erit irreuocabilis: ita Bartol. *in l. frater a fratre, n. 47.* vbi vult communem, Crot. *fol. 6. col. 3. ff. de condict. indebit.* Gutter. *in c. quamuis pactum, n. 31. de pact. in 6.* Tell. Fernand. *in l. 16. Tauri, n. 31.* Gom. *in l. 29. n. 29. & in l. 48. n. 9.* Matienz. *in l. 1. gloss. 4. n. 19. tit. 5. lib. 5. noua collection.* Tamen hodie per *l. 26. Tauri*, non videtur procedere distinctio, qua vtitur Comens *in d. l. cum oportet, §. sin autē, n. 3.* quem sequitur Mendez à Castr. *ibi, n. 30.* videlicet fructus, qui iam erant percepti ante dictam remissionem à patre factam, esse profectitios. Quia per *d. l. 26. Tauri*, donatio, seu remissio erit simplex, & ex consequenti melioratio, & non conferenda.

Porro filius sibi acquirit quidquid pecunia patris lucratur, quando pater dedit illi pecuniam vt sibi acquireret; vel expressè intereos fuit ita conuentum, quod lucrum diuideretur: nam in primo casu, quando pater animo donandi pecuniam assignauit filio vt sibi quæreret, in totum sibi quæsiuit: in secūdo autem, pactio est seruanda: Mendez à Castro *in l. cum oportet, n. 25. C. de bon. quæ liber.* Bald. *cons. 62. vol. 1.* Greg. Lopes *l. 3. in verbo, Mercadoria. tit. 15. p. 6.* Azeued. *in l. 3. n. 25. tit. 8. lib. 5. noue recopil.* Nec obstat filium cum patre viuentem, & eius bona administrantē præsumi in dubio ex bonis patris acquisiuisse, per Gloss. *in l. cum oportet, in princip.* Bart. *in tract. de duob. fratrib. q. 4.* & Greg. Lop. *in d. l. 3. verbo, de sa padre, tit. 15. part. 6.* Quia id intelligitur nisi filius esset industrius negotiator, seu mercator, vel pacta mercede conductus; tunc enim de bonis propriis præsumitur sibi acquisiuisse: ita Crot. *in l. frater à fratre, n. 119. ff. de condict. indebit.* præsertim si pater est inops: Ruin. *in cons. 23. n. 37. vol. 5.*

Idem dicendum de filio bona patris gubernante, & reddente rationem diligenter: censetur namque acquisiuisse opera, & industria, ac labore proprio, vt præsumitur de Officiali diligenti bona Fisci gubernante: vt ait Bald *in cap. 1. de content. inter Domin. & feudatar. in vsib. feud.* Barbat. *in tract. de præstan. Cardin. in 3. q. prima partis, n. 22. vers. Potest etiam*, & Marc. Anton. Peregr. *in tract. de iur. fisc. lib. 6. n. 6.* vbi *n. 7.* agit de Officiali Fisci opulento.

Idem esto iudicium de filio accipiente pecuniam datam mutuo à parentibus, aut clam acceptam, quando in suum commodum, vel periculum damni negotiatur: nam totum lucrum competit filio, cum onere tamen resarciendi damnū parentibus illatum; aut lucrum quod cessauit in detrimentum cæterorum filiorum: Molin. *d. disp. 234. fol. 1452. littera B.* Quinimò filius Officialis sua industria ac labore vlus, sibi acquirit quoad dominium totum detracto tamen à patre quod expenditur in filij alimentis. Cæterùm si filius plus acquirat in suo opificio, & arte, quàm pater cum eo expendit; non tenetur filius restituere patri, neque conferre si quid accipiat clā, aut malè consumat, si patri tantum relinquat, quantum cum eo expendit in alimonia quotidiana. Mol. *vbi proximè, p. 1453.* Adde si filius in potestate de mandato tamen patris, aut ex voluntate illius, seruiendo extraneis multa lucretur stipendia; quamuis pater illoru habeat vsumfructum dum viuit, eo defunctu ex aceruo paterno debent restitui filio tanquam bona aduentitia: ita Flores *variar. lib. 1. q. 8. n. 37. vers. vnum tamen obiter.* Quod multo fortiùs est intelligendum in filio emancipato, & in filio naturali, & in filio respectu matris, aut auorum; quia sunt extra potestatē, & seruire non tenentur, possuntque petere Salaria: Flores *vbi supra, n. 36.* post Nauarr. *in cap. 17. n. 147.* & Azeued. *l. 3. tit. 8. n. 24. lib. 5. recopil.* quos ibi referens sequitur.

Dubitatur decimoseptimò an fiat collatio à filiis de bonis aduentitiis, quamuis pater in illis habeat vsumfructum? In primis aduentitia bona ea sunt, quæ filij habent à matre, vel ab auis maternis, vel etiam quæ ab auis paternis de Tertio suorū bonorum sunt relicta, vel aliunde filius famil. habet quā à patre, aut proxime causa patris, modò castrensia, aut quasi castrēsia non sint: ita Mol. *de iust. disp. 232. tract. 2.* & Azor *instit. moral p. 2. lib. 2. c. 23. q. 3.* Ex quo apertè constat huiusmodi bona non esse conferenda, cùm competant filio quoad proprietatē: Mol. *d. disp. 232. per totam*, & est cōmunis: Valasc. *de partit. c. 13. n. 1. & sequent.* & Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 96. & 97.* vbi de partitionibus, & de collationibus: vbi *n. 19.* ait aduentitia non esse conferenda. 316

Dubitatur decimooctauò, an dos data nepti ab auo sit conferēda post mortem illius, cum fit diuisio inter patrē illius neptis, & inter fratres ipsius? Respōdetur dotē datā ab auo nepti non esse conferendam ab illa, si eam ab auo in vita patris recepit, quando mortuo patre ipsa cōcurrit cū auunculis, aut patruis in hæreditate aui; nisi constet datā fuisse nepti dotē contemplatione patris, vel dubium sit; ita Alex. *in l. in quartam, ff. ad leg falcid.* vbi vocat hanc partē veriorē post Angel. *ibid.* Greg. tamen Lopes. *in l. 3. tit. 15. p. 6. verbo, contar*, negat hanc distinctionē procedere in Regno Castellæ, vbi per matrimoniū, & velationē filius desinit esse in potestate patris; & ita onus quod de iure erat penes auū dotādi neptē propter filiū, de quo *in l. dotē dedit*, & *ibi* Bart. *ff. de collat. bon. & l. 8. tit. 11. p. 4.* est sublatū; atque ita nō est dicendū quòd sit profectitia dos data ab auo nepti contēplatione patris, & quòd ita interpretur: iuxta ea quæ notat Gloss. *in l. qui in aliena, §. interdū, vers. faciet hered. ff. de acquir. hered.* Confert *l. auus, ff. de iur. dot.* his verbis, ibi: *Auus neptis nomine ex filio nata genero dotem dedit, & moritur: Negat Seruius dotem ad patrē reuerti: & ego cum Seruio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex bonis suis habuisset.* 317

Gregorij opinionē suos habere cōtradictores ex sequentibus fiet palā; quamuis placeat Azeuedo *in l. 3. n. 3. cum sequent. tit. 8. lib. 5. noua recop.* Nam Bart. communiter receptus *in l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulgar. & pupill.* tradit, quando constat cōtemplatione patris auum constituisse dotem nepti, esse quid profectitium: si autem cōtemplatione neptis, non ita: quam distinctionem probat Doctores *ad l. dotem dedit, ff. de collat.* Alexand. & Iason

in l. quò in aliena, §. interdum, ff. de acquir. hered. Gomez. *in d. l. 29. Tauri, n. fin.* per text. *in l. socium qui in eo, ff. pro socio,* & Alciat. *in regul. 1. de præsumption. præsumpt. 17.*

Hæc autem opinio non se fundat in patria potestate, vt vult Greg. Lop. *supra*, sed in eo quòd Doctores autumant dotem datam nepti, prius datam videri patri, & postea eius filiæ; argumento existimantium *in d. §. in arrogato, & in l. cum oportet, C. de bonis quæ liber.* Donatum à consanguineis mariti cõtemplatione non vxoris, sed mariti, acquiri marito, quando ipso est causa proxima, & immediata donationis: vt tenet Bart. *in d. §. in arrogato, n. 3. l. sed si plures, ff. de vulgar.* per hæc verba ibi: *Ego etiam amplius puto, & si quid beneficio arrogatoris acquisiuit, & hoc substitutum posse habere: vt puta, si arrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit:* & text. *in d. l. dotem dedit, 6.* ibi: *quod pater meus propter me filiæ meæ nomine dedit, perinde est atque si ipse dederim, ff. de collation. bonor.*

De iure tamen Lusitano *Ordinat. lib. 4. tit. 97. §. 30.* Sic dispositum est. *Se ò avo fizer em sua vida doaçam de alguna cousa à seu neto, ou neta, filhos de seu filho, ou de sua filha, trazelaa a collaçam depois da morte de seu avo se quiser entrar à sua herança com seus tios Irmanos de seu pay, ou mae, filhos do dito seu avo que lhe fes a doaçã, se a esse tẽpo o pay, ou mae dos ditos netos vivo nam for,* Quod intellige vt ait Gom. *d. l. 29. n. 7.* siue sit vnicus nepos ex filio prædefuncto, vel prædefuncta filia, quibus dos data est, siue sint plures nepotes, vel neptes: quia quamuis plures extent, repræsentant tamen vnum patrem: vt volunt Romanus, Paulus, Alex. & Iason *in l. illam, C. de collation.* quam sic intelligendã ait Gom. *d. n. 7.* Si autem tempore mortis aui, viuunt filius, vel filia, pater, aut mater istorum nepotum; in hoc euentu si velit filius, vel filia hæredes esse patris, vel matris, qui nepotibus fecerunt donationem, tenebuntur conferre donata ipsis nepotibus: vt disponit Ordinatio Lusitana, *d. tit. 97. §. 21. vers. è sendo ainda ao tempo da morte do avo, vivo o filho, ou filha.* Quod sequitur Gama *decis. 34. num. 3.* Caldas *in l. si curatorem, verbo, læsis, n. 160.* Valasc. *de partit. c. 12. n. 57.* ibi: *Porà doaçam foi feita pello avo ao neto per contẽplaçam de seu pay, ou mae, se esse pay, ou mae quer entrar a herança do avo com seu Irmano, traga à collaçam tudo aquillo que per sua contẽplaçam foi dado pello avo a seu filho, ou filha, aindaque todos vivos sejam: ibid. n. 21.* Quod si noluerit ille hæres, seruabitur illud, quod lex ipsa disponit *supra §. 3. eiusdem legis.* Vnde si clarè constet fuisse datum nepoti, seu nepti contemplatione ipsius ab auo; est aducticiũ: vt per Gloss. *in l. quæ in aliena, §. interdum, ff. de acquir. hered.* Alciat. *supra, præsumpt. 17. n. 3.* Nec imputabitur patri, nec conferetur ab ipso; vt per Angel. *ad fin.* & Alex. *in d. l. in quartam, n. 29.* Ripam *n. 207.*

Similiter dicendum est de dote data filiæ, vel donatione data à patre filio suo, quando agitur de succedendo auo simul cum patruis, aut auunculis, non esse conferenda ab eodem filio, vel filia; quia cùm non tractetur de successione illius patris, vel matris, qui dotem constituerunt; sed aui, qui non constituit; nulla est obligatio conferendi: per ea quæ traduntur *in l. vt liberis, cum materia, C. de collation.* Sequitur Iason *in d. l. illam,* & Bartol. *in l. 1. §. ed ... fi. in fin. ff. de collat. dot.* Eodem modo nepotes succedentes auo cum patruis, vel amitis, non conferunt, quando ipse auus dedit filiæ dotem, aut filio propter nuptias donationem, & ipsi data sibi dissiparunt, & mortui sunt in vita patris donantis, & nepotes filij ipsorum hæreditatem noluerunt esse hæredes patris, & postea volunt esse hæredes aui post mortem illius; & quamuis patrui vel amitæ obijciant nepotes teneri conferre bona data ab auo patri suo, ipsi se eximunt ab onere conferendi, dicentes non esse hæredes patris sui, neque ex auo ad illos quicquam peruenisse, sed solum contendere obtinere aliquid de hæreditate aui, à quo nihil adhuc habent; ac proinde nulla potest esse collatio: & ita decisum fuit in Senatu Lusitano: cùm oppositum videatur dicendum, cùm nepotes non sint melioris conditionis, quam filij; sed filij tenentur adducere ad collationem, ex lege nostra *d. tit. 97. in princip.* quidquid acceperunt à patre, vel a matre, si volunt esse hæredes post mortem parentum, ibi: *Sera obrigado tornar tudo a collaçam aos outros seus Irmanos depois da morte do pay, ou mae, que fizerem a doaçam.* Ergo nepotes etiam tenentur conferre data a parentibus, si volunt esse hæredes suorum auorum, cùm nepotes patrem repræsentent: vt tradit Spec. *in suo specul. gloss. 8. num. 48.* dicens nepotem in successione, & portione patri suo adæquari, quando tractatur de succedendo auo in bonis difunctis illius, non solum de æquitate prætoria, sed iuris antiqui 12. tabularum, *l. 2. & 3. C. de suis. & legitim. hered. §. item vetustas, Instit. de hereditat. quæ ab intest.* & merito iura loco patris admittunt nepotem, propter vnitatem, & repræsentationem ex persona patris, quia vbi est filius, ibi est imago patris, *l. cum scimus, C. de agricol. & censitis,* & caro filij est vna cum carne patris, *§. hoc autem, 30. quæ l. 3.* & pater & filius vna persona iudicantur, *l. fi. C. de impub. & alijs.* Quare cum nepos per omnia succedat auo perinde ac si pater succederet, si viuus extitisset, & pater non succedit ex lege nostra, nisi conferendo omnia sibi donata si extant; vel si non extant, eorum æstimationem: igitur nepotes debent conferre donata patri, ne videantur melioris conditionis: vt latè probat in specie Molynech. *de diuis. bonor. lib. 4. cap. 13. num. 44.* ibi: Descendentes tenentur conferre, quod eorum parentes, si viuerent tenebantur conferre, & ideo nepotes, & neptes dotem, & donationem propter nuptias ab auo parentibus factam conferre debent. Similiter, & arrhas & sponsalitiam largitatem eorum contemplatione factam: quod idem priùs voluit Gomez. *in d. l. 19. Tauri, num. 40.* per text. *in l. vt liberis, l. illam, l. illud, C. de collat. & l. 3.* & ibi Gregor. *lin. 15. p. 6.* Quocirca tenendum est dotem, & donationem propter nuptias, & similia data parentibus, debere computari à nepotibus in legitimam, sicut computarentur patri, vel matri eorum prædefunctis, quando voluerint succedere auo cum patruis, vel auunculis, vel cum alijs nepotibus.

Probatur per iura *supra* citata, nec non per *l. quoniam nouella, C. de inoffic. testam.* vbi dicitur, quòd sicut dos, & donatio propter nuptias confertur à filijs, vel nepotibus; ita debet computari: quia in hoc casu valet argumentum, *confertur, ergo computatur.* Item nepotes ex filio, vel filia prædefunctis, succedunt auo ex persona, loco, & portione eorum, quos repræsentant, siue concurrant cum patruis, vel auunculis, siue cum alijs nepotibus, & succedunt in stirpes, & non in capita. Tertio quia, vt iam dixi, non debent nepotes succedentes auo gaudere potiore prærogatiua, quam pater, vel mater eorum; & ex persona hæredis non mutatur conditio obligationis. Atque ita cum dos, vel donatio semper habeat in se qualitatem [illegible] & computandi in ipso filio, vel [illegible] tas in nepotibus, vel descendentibus [illegible] hanc partem ita volunt Iacob. B[illegible] *in d.* [illegible] *§. repletio* [illegible], *quæst. 1. C. de inoff. test.* [illegible] Bartol. *in l. in quartam, ff. ad l. falcid.* [illegible] *num.* [illegible]

&

& alij, quos referens sequitur Anton. Gom. *d. n. 40. vers. ad ego teneo contrarium*, vbi concludit indistincte teneri nepotes conferre, & computare in successione aui, sicut ipse filius, & filia, pater, vel mater eorum tenerentur, per iura, & rationes supra dictas, & per textum expressum *in d. l. quoniam nouella, C. de inoffic. testam.* vbi indistinctè deciditur, dotem datam à patre vel matre, nec non ab auo, vel auia, conferendam, & computandam per descendentes; siue sint in potestate, siue emancipati: vt in specie etiam docet Carol. Ruyn. *in d. l. in quartam, ff. ad l. falcid. col. 4. n. 197.*

318 Dubitatur decimononò; siquidem collatio est facienda à filiis de bonis, quæ habent ex substantia patris, de cuius successione agitur, *ex l. quoniam nouella, C. de inoff. testam* ibi: *si ex substantia eius profecta sit de cuius hæreditate agitur*: & probatur ex *l. 29. Tauri*, & ibi Gom. *n. 10.* & ex iure nostro *lib. 4. tit. 97. in princip.* quæstionis est an veniant acquisita per filium ex negotiatione ad partitiones cum cæteris fratribus, & quæ acquisiuit ob seruitia facta patri? Quoad primum, ex dictis patet: nam in dubio filius cum patre habitans, eiusq; bona administrans præsumitur ex bonis patris acquisiuisse, nisi sit mercator diligens, quia tunc præsumitur de propriis bonis, vt dictum est. Quoad secundum, se offert illa quæstio, an filius teneatur seruire patri, & præstare illi operas suas; quia si tenetur, nihil debetur filio pro suo labore in seruitio patris, & si quid à patre recipit, totum est profectitium, & ex consequenti conferendum, ex iure Castellæ, ex *l. 3. tit. 20. p. 2.* vbi cauetur teneri filium exhibere parentibus operas suas. Quod probatur item ex *l. fin. tit. 7. p. etiam 2.* in vltimis verbis, ibi: *Otro si deben seruirse dellos en tiempo de paz, y en tiempo de guerra.* Ad idem probandum conduci potest *l. 10. tit. 17. part. 4.* per hæc verba: *Otro podera el padre a vn sobre el hijo, ca maguer alguno lo tenga per fuerça, o de su voluntad del fijo, puede el padre demandarlo por iuizio, y tornar lo en su poder. Esso mismo si el fijo andubiesse por su voluntad vagando por la tierra, no queriendo obedecer à su padre, ca puede el padre demandar al Iuez del lugar do lo fallare, que lo torne en su poder: y el Iuez de su officio es tenudo de lo fazer.*

Ex quibus apparet posse filium etiam inuitum à patre cogi vt sibi seruiat: & reiicitur opinio Additionatoris Alberic. *in l. veluti, ff. de iustit. & iur.* dum ait si filius se obliget alicui Officiali pro certo tempore ad præstandum operas suas eidem, non posse patrem cogere filium vt se abstineat à seruitio Officialis, vt sibi seruiat: ex eo fundamento, quia filios seruit patri ex obligatione naturali, ad quod tenetur; contra Bald. *in Authent. ex testam. C. de collat. n. 8.* existimantem filium debere patri solùm operas obsequiales, non autem artificiales; vt *in l. nullum, ff. de obseq. à liber. & libert. patron. præstand.* Sed fallitur; quia lex illa loquitur de filio emancipato duntaxat, qui per emancipationem exemptus mansit à iure ciuili, & solum obligatus extitit ad obsequium naturale: secùs de iure ciuili quandiu filius est in potestate, qui est res patris, & qui poterat occidi ab eo, vt *in l. in suis, & ibi* Scribentes, *ff. de liber. & posthum.* atque ita multo fortiùs debet operari ad mandatum patris. Confert *l. 3. tit. 20. p. 2.* de qua *supra.* Nec est dubitandũ de hac potestate in filios. Quodcirca tenetur seruire patri sine salario, & in dubio præsumitur præstitisse operas suas animo donandi. Nec opus est, vt vult Nauarr. *in manu. c. 17. n. 144. & 148.* quod protestetur se seruire sine salario: quia quamuis non protestetur, nihil illi debetur, nisi sit emancipatus. Igitur non est necessaria protestatio: quinimo si opus esset vt filio solueretur salarium de ipso labore, haberet pater vsumfructum; quod est absurdũ: quia ibi vsusfructus, & proprietas idẽ essent. Vnde sequitur patrem nihil percipere, nec illi deberi nisi seruitium filij ratione patriæ potestatis. Non erit tamen à ratione alienum, si filius laboret apud patrem vt extraneus, & augeat rem patris, quod de æquitate accipiat aliquam portionem præcipuam vltra alios fratres ex bonis lucratis, æstimatam arbitrio boni viri, modò non sit æqualis salario, quod extraneus laborando lucrari solet.

Ex dictis colliges aliter dicendum in filio emancipato, & in filio naturali, & in filio respectu matris, aut auorum, qui non habent patriam potestatem; & ideò filij illis non tenentur seruire, & possunt petere stipendium: & ita practicatur, ita Nauar. *supra*, & Flores *d. q. 8. n. 36.*

Dubitatur vigesimò an donata à patre ad vsus licitos filio, si ea malè expendat, teneatur conferre? 319
Responsio est affirmatiua. Morq. *d. c. 13. n. 59.*

§. XI.

De legatis relictis à parentibus in testamento, & quando incipiat obligatio de iure communi, ac Regio?

EPITOME.

338 *Si testator legauit vinum, & frumentum, quod habuit in certa domo, illo consumpto, an debeatur quod eius loco successit, & fuit repertum in eadem domo.*

339 *Si testator leget libros, quos habet in suo Musæo, an censeatur legasse quos ibi postea posuit.*

340 *Legata cruce aurea, an censeatur legata catena aurea ex qua crux pendebat.*

341 *Legata domo, si postea diruatur, an debeatur area; & an censeatur legatum augmentum, si domus augeatur, & melioretur.*

342 *Si legatarius ante mortem testatoris rem sibi legatam emat, aut alio titulo acquirat, an possit illud peti, testatore mortuo.*

343 *Si testator faciat prælegatum hæredibus institutis inæqualiter, an debeatur viriliter, an verò pro portionibus hæreditariis.*

344 *Legatum relictum à testatore fratri, & eorum filiis, quomodo sit diuidendum.*

345 *Legata pia, & profana in eodem testamento reperta, quæ eorum debeant præferri, & an vtraque possint retineri ex testamento nullo.*

346 *Legata dotalia quæ habeant priuilegia, & an transmittantur ad hæredes.*

347 *Legatum vestium, de quibus vestibus intelligatur.*

348 *Legatum relictum cum onere missarum singulis annis an sit perpetuum.*

349 *Legatum relictum ad matrimonium an amittatur propter fornicationem.*

350 *Legatum relictum annuatim præstandum si per plures annos non soluatur, an præscribi possit.*

351 *Legatum rei alienæ vtrùm valeat, & an saltem quoad æstimationem.*

352 *Legatum relictum sub conditione si nupserit de licentia hæredis, vel alterius; vel ne contrahat cum tali familia, an valeat si aliter fiat.*

353 *Testator si leget omnes seruos, seu equos cum certa qualitate, quæ duobus tantum inest, an omnes debeantur legatario.*

320 DE materia legati, & de obligationibus legatariorum, nobis in præsenti sermo est: incipiamus ergo à definitione legati quæ sic habet: Legatum est donatio ab hærede præstanda, text. *in l. legatum est, de legat. 2.* & *ibi* Gloss. Ordin. Bartol. & est communis; text. item *in l. legatum est, ff. de legat. 1.* & *ibi* etiam communiter Scribentes. Alii hoc modo: Legatum est donatio quædam à testatore relicta ab hærede præstanda. Sunt autem legata pars accidentalis, seu accessoria testamenti, non autem substantialis, nec essentialis; imo nec integralis: quia testamentum quoad essentiam & substantiam sine legatis consistere potest *l. 1. §. qui neque legaturus, ff. de hæred. instit.* Dicitur autem donatio, quia quamuis non ex mera volũtate videatur relictum à testatore, & potiùs ex necessitate, quàm ex liberalitate; nihilominus cùm in sua potestate sit illud relinquere, vel non relinquere, respectu legatarij, legatũ dicitur donatio: *argumento l. extraneum, C. de hæred. instit.*

321 Legatũ ergo relinquitur non solùm in testamẽtis, verum & in codicillis: vnde testari, & codicillari ad hoc æquiparantur, & qui potest testari, seu codicillari, potest legare & relinquere fideicommissum: & qui non potest testari, nec codicillari, non potest legare: *l. sciendum,* vbi Bart. & omnes Scribentes, *ff. de legat. 1.* quo fit vt non solum possit legatum relinqui in testamento à testatore, vt ab hærede præstetur, verùm & ipse testator potest illud legatum præstare in vita, vt *infra.*

322 Imo legatum potest relinqui nutu à testatore absque aliquibus verbis: text. *in l. nutu, ff. de legat. 3.* text. *in l. etiam hoc modo, ff. de legat. 1.* text. *in l. & in Epist. C. de fideicom.* & vtrobique. Gloss. & communiter Scribentes. Relinquitur autem per nutũ, quando testator interrogatus ab aliquo an sibi vel alteri equũ, aut seruum relinquat, & ipse non respondens verbo, quia fortè non vult, vel non potest, voluntatẽ suam exprimit annuendo corpore, vel capite, vel alio quouis signo: tunc enim dicitur nutu legatum relictum, & valet: *argumento text. in l. seruo inuito, §. si pupillo, ff. ad Trebell.* Oportet tamen quòd Notarius diligenter aduertat, & scribat interrogationem testatori factam, & signa simul per testatorem facta, quibus pateat voluntas testatoris apertè: ita Bartol. *in d. l. nutu, ff. de legat. 3.* idem Odofred. *in d. l. in epistol. C. de fideicom.*

Quid si testator viuens comite soluat legatario idem legatum, an desinat esse legatum, & transeat in contractum, & donationem inter viuos? Anton. Gom. *tom. 1. variar. c. 12. n. 4.* putat, si testator simpliciter rem illã tradat, non exprimendo se eam tradere legatario ex vi præcedentis legati, transire per traditionem in donationem inter viuos, purã, & perfectam, nec posse ampliùs reuocari, neque ex ea deduci falcidiam. Contra vero, si testator dum rem tradit, dicat se ex causa præcedentis legati soluisse illam, tunc remanere legatum intra limites puri legati, & non transire in donationem inter viuos, ac proinde posse ad libitum reuocari; quamuis transeat dominium in legatariũ, & lucretur interim ante mortem testatoris fructus rei legatæ: ita Bart. & Paul. de Castr. *in l. legatum est, ff. de legat. 2.* Molin. tamen noster *de iust. tract. 2. disp. 193. ad fin.* arbitratur potiùs transire in donationem causa mortis, neq; retinere naturam legati, cùm transierit dominium viuo adhuc testatore in accipientem: neque enim res illa præstari debet iam ab hærede ex testamento, aut ab intestato, quæ sunt à natura legati valde aliena, cùm legatũ dicatur donatio quædam à defuncto relicta, & ab hærede præstanda, atque ita legatarius debet rem accipere ab ipso hærede; quòd non fit in nostro casu, nec iam à defuncto relinquitur. Quòd autem reuocari possit dum viuit testator, in hoc conuenit donatio causa mortis cum legato. 323

Ego tamen addo distinctionis gratia, si testator in ipso actu testandi tradidit rem legatam legatario, tunc ipsam traditionem cum sit actus testamenti, sapere naturam testamenti, & posse reuocari vti legatum: quòd si hæc ex interuallo, non facta mentione ipsius legati, iudicari donationem inter viuos, & consequenter per aliud testamentum postea factum, non posse reuocari: ita Molin. *de primog. lib. 4. c. 2. n. 18.* Cou. *in Rubric. de testam. 2. p. in fin.* & Peralta *in l. Lucius, la 1. n. 2. de leg. 2.* & habetur *in l. 17. Tauri,* sequitur Spin. *in suo specul. gloss. 8. princip. n. 5.*

Sequitur an possit legatum relinqui Vniuersitati, & quibus aliis? Responsio est affirmatiua, siue fiat expressè alicui Communitati, Ciuitati, vel cuilibet oppido; siue tacitè, veluti si testator leget certam summam pecuniæ pro alimentis pauperum alicuius Municipij, vel loci pro erudiendis pueris, seu maritandis puellis, vel pro fabrica alicuius construenda, vel reficienda: valet namque tale legatum, & eius cura competit Reipublicæ, & Officialibus illius: prout habetur *in l. si quid relictum, ff. de leg. 1.* & *ibi* Gloss. & Bart. text. *in l. ciuitatibus, eodem tit.* & *in l. cum pater. §. fin. ff. de legat. 2.* & *in l. ciuitas, ff. si cert. pet.* & *ibi* plane Gloss. & communiter Doctores. 324

Item legatum relictum incapaci pertinet ad hæredem quando respectu personæ sibi pacis fuit relictum: *l. si in metallum ff. de his, quæ pro non script. hab.* & *l. pater, §. fideicom. ff. de leg. 3.* Contra autem si non sit legatum incapaci, propter respectum ipsius personæ

sonæ incapacis, sed ob contemplationem animæ defuncti in hunc euentu si deficiat illa persona, debet relictum in aliud opus pium conuerti, vt mens defuncti in effectu adimpleatur, *l.legatum*, & *ibi* Scribentes, *ff.de v,infr.legat.* Bart. *in l.pater filium, §.Tusculanus, n.1. ff. de leg.3.* & probatur *ex c.nos quidem, per text.* ibi: *Seu si ibi non potest, de test.* vbi notatur quod legatum relictum ad alicuius Ecclesiæ constructionem, non propterea fieri caducum, quamuis locus ædificio non fuerit designatus: vt per Couar. *ibi, n.12.* & Gonzal. *ad Regul.8.Cancel.gloss.5.§.7. num.85.*

Porro si legatum relinquatur duobus, quorũ vnus est incapax legati, tunc pars illius alteri non accrescit, sed remanet penes hæredem, *l. si Titio*, vbi Scribentes, *ff.de legat.2. & l.plane, §.si coniunctim, ff.de legat.1.* Tamen si aliquibus re coniunctis sub conditione relinquatur legatum, & antequam conditio impleatur, aliquis eorum decedat; in hoc casu integrum legatum debetur illis, vel illi, qui tẽpore existentis conditionis superstites fuerint; & nihil hæredibus illorum debetur, qui decesserunt ante aduẽtum conditionis, per *l.vnic. §.si autem, C. de caduc. tollend. & l si quis legat. §. fin.* vbi Bart. *ff. de condit. & demonstr. & l.re coniuncti, ff.de legat.3.*

325 Accedit quæstiuncula an legatum semel relictum possit per testatorem reuocari, & an censeatur reuocatum si res legata alienetur, & quibus modis legata reuocentur, aut adimantur? Tripartita est dubitatio; breuiter tamen dico, vt iam dixi, posse reuocari per testamentum postea factum; sicut testamentum semel factum reuocari potest à testatore ad libitum: est enim voluntas deambulatoria vsque ad mortem. Quoad secundum, an censeatur legatum reuocari per alienationem rei legatæ? Dicendum est, si non fuit facta traditio, modo supra dicto, & testator rem in testamento legatam alteri donauit; reuocari legatum in hoc casu, quia censetur pœnituisse legati: & hac ratione tradendo in vita rem alteri legatam, non potest testator amplius hac de re disponere: per *d.l. 17. Tauri.* Oportet tamen quod testator se declaret: nam aut ipse testator eam rem Titio semel legatam, postea alteri donauit; aut rem ipsam vni legatam alteri vendidit: aut pignori tradidit. In primo euentu censetur legatum reuocatum, quia videtur volũtatem mutasse, tradendo alteri rem legatam. In secũdo casu venditionis, seu pignorationis, si testator non faciat mentionem rei venditæ, nec pignori traditæ, potest legatarius petere æstimationem legati: ita Roderic. Suar *in l.quoniam in prioribus. q 9. super legem Regiam, C.de inoff.test.* Perez *l.16.tit.11.lib.4. Ordin.* Peralta *l.Lucius Titius, n.27. ff.de legat.2.* & Tellus Fernand. *l.17.Tauri, per text.in l.40.tit.9.p.6.* his verbis: *Donacion faciendo el testador em su vida de alguna cosa que ouiese mandado en su testamiento, desatasse por en de la manda, porque se veia que se arrepentio, pues la dio a otro. aunque moriesse, mas se la vendiesse, o empennasse, no se desataria la manda: porende dizimos que aquen fue mandada, deue auer el precio porque fue vendida, o la estimacion.* Ita lex. Iuuat Molin. aliquantulùm *de iustit. tract. disp.194. fol.1190. litera B.*

Quibus autem modis censeantur legata reuocari? Illud certum est præsumi reuocata propter inimicitias superuenientes, per *l.3.§.fin.ff. de adimend.legat.* & sentit simul. *in l.si ab hostibus, §.fin. in fin.* & Mol. *lib.2. de primog.c.9.n.38.* vnde legatum debet remanere penes hæredẽ, à quo relictum est; etiamsi testator expresè non dixerit se reuocare prædictum legatum. Ripa *in l. fin. n.155. C. de reuocand. donat.* Couar. *in c.Raynut. in princ.n.7. de test.* etiamsi inimicitiæ ortum habuissent ex culpa testatoris; vt probat Iason *in l.si filiam, n.2.C.de inoff.test.* Rip. *vbi proximè* & Couar. *in Rubr. de test. p.2. n.26.* Addo etiamsi testator ignoret causam inimicitiarum grauissimarum; adhuc etiam censebitur reuocatum; quia verosimile est ita voluisse testatorem, si causam inimicitiarum tenuisset: Gloss. *in l.fideicommissum, C.de fideicom.* & tradit Cost. *in c.si pater, 1.p.verbo, legauit: n.32. de testam. in 6.*

Quòd si contingat inimicitias incœpisse simul quando mortuus est testator intercedente rixa paulo antè inter legatarium & testatorẽ; & legatarium vulnerasse testatorẽ, qui statim mortuus est: in hoc casu legatum optimo iure legatario aduenit, & fiscus ab illo tollit. *l.1.* & *ibi* Bart. *n.4. ff.de his quib.vt indign.* Molin. *lib.1.de primog. c.9.n.46.* vbi *n.48.* addit iniuriam mortuo posse inferri perinde ac si viuus esset, & legatarium, qui post mortem testantis rem habuit cum vxore eiusdem, priuari legato, vel fideicommisso deferendóq; fisco. Bart. *in l.1.ff.de his, quib.vt indign.n.3.* Cifuent. *in l.14. Tauri, n.3.* Peralta *in l.si quis, in principio testamenti, ff.de leg.3. n.89.* & Padill. *in l.fideicom. n.2. C. de fideicom.* eò quia iniuria, viuo & mortuo fieri potest: *l.1.§. & si fortè, ff.de iniur.* Ex quo vidua luxuriosè viuens propter offensam, quæ ex hoc marito infertur, priuatur tutela filiorum, quam pater reliquit vxori in testamento, necnon tutela legitima, atque datiua; prout volunt Abbas *in c.ex parte, n.9. de accusat.* Pinell. alios referens *in l.fin.C.de bonis matern.n.18.* & Greg. Lop. *in l.2.tit.12. p.4. in gloss. verbo, Maldad de su cuerpo.* Quæ omnia, & alia similia confirmat Mant. *de coniect.vlt.volunt.* & extendit *lib.12. tit.5.n.5. & sequentibus.*

Censetur item legatum ademptum, si legatarius contumeliosa verba in testatorẽ protulerit: per text. *in l.si inimicitia, ff.de his quib.vt indign.* in illis verbis: *Testatori maledixerit, aut infaustas voces aduersus eum iactauerit.* Alber. *ibi*, illud verbum *infaustas*, hoc est calumniosas, exponit: & ex hoc quidem colligitur si legatarius dixerit testatorẽ esse cucurbitã; quod valet idem, quod vxorẽ eius esse adulteram; legatum censetur ademptum: per Gloss. *in d.l.si inimicitia*, quia sunt verba valde contumeliosa. Quinimò legatũ videtur ademptum, si legatarius fuerit negligẽs in curando testatore ægroto, ex tacita cõiectura voluntatis testatoris, per *d.l.3.§.vlt.de adimend.leg.* Iuuat quod notatur *in l.si ab hostibus, §.si vir vxorẽ, ff sol.matr.* vbi Angel. ait; paria esse, occidere, & ęgrotantis curã non habere, & Imol. addit, eum qui sperat lucrum ex morte alicuius, non esse dignũ illo, si causam mortis dederit faciendo aliquid, vel negligendo. Bald. *cons.26.n.4.vol.3.* dicẽs, qui occidit testatorem, vel etiam illum infirmum negligit, omni commodo successionis destitui. Quod intellige de negligentia, vel culpa lata, vel saltẽ leui, non autem de leuissima: putà, si medicum vel non vocauit, vel imperitũ adhibuit, quia peccauit in substantialibus, & non in cõtingentibus; ideò meritò priuatur omni commodo: secùs si Medicum peritum adhibuit, & in quibusdam contingentibus negligenter procedit, vt notat Bald. *in l.quæ fortuitis, n.13.C.de pig. act.* & ita pronuntiauit Natta, cuius responsum reperies *in cons.462.*

Quæri tamen potest quando legatarius videatur indignus legato, ita vt legatum fisco debeat applicari, & an legatum relictum propter benemerita possit reuocari ob inimicitias superuenientes. Nam quod aufertur indigno, fiscus rapit, vt loquitur text. *in l.indignum, ff.de his quib.vt indign.* & hoc regulariter traditum est *in l.Papin. §.meminisse, de inoff. test.* Quod etiam colligitur *ex l.Lucius, in fin.de iur. fisc. & in l cum ratio, in fin.* & *ibi* Bart. *ff.de bon.damn.*

Neque

Neque hanc indignitatē potest quisquam obiicere, nisi ipse fiscus; quia nemini licet opponere de iure tertij, Gloss. singul. *in l. his consequenter, §. 1. in verbo, non pertinere, ff. famil. ercisc.* sequitur Bart. *in l. vlt. ff. pro hared.* Quia ergo nemo præsumitur indignus nisi probetur, *l. cum quidam, & l. cum pater, §. Rogo, de legat. 2.* tamen si legatarius fuit in culpa, & negligentia, quòd testator mortuus sit, legatum auferetur, & fisco applicabitur. Item si legatarius surripiat testamentum, tanquam indignus legato priuabitur, *l. si legatarius, & ibi* Paul. Castrens. *in summa, C. de legat.*

326 Petes à quo die legatum debeatur, & transeat in legatarium, & à quo die peti possit, & cuius expēsis dari debeat? Dico primū per legem Papiam, diem legatorum cedere ab apertura tabularum; nouo iure à morte testatoris. Vnde diem cedere accipe, non vt ex illa die incipiat deberi, veluti in cōtractibus, sed quòd ea die illa, quasi debitum sit, & transmittatur in hæredem legatarij, vt volunt multi, de quibus Cuiacius *in notis ad Vlpianum, ad tit. quando dies legat. tit. 24.* & Bald. *ad l. Papiam. fol. 160.* Dico secundò Iustinianum caduca sustulisse, & emendasse L. Papiam, & ideò omisit Tribonian. titulū *de caducis*, vt cùm restituto iure cæpisset Catoniana Regula locum habere, meritò dubitabat à quo tempore diceretur legatarius dominus rei legatæ. Qua in re alij sic, & alij sic, Nam à die mortis trāsire colligitur *ex l. vnica, §. in nouissimo, C. de caduc. tollend. & ex l. cum pater, §. surdo, de leg. 2.* Contra verò quòd à die hæreditatis aditæ transeat, probatur per *l. si tibi homo, §. cum seruus, l. si seruum filij, §. 1. ff. de legat. 1. l. omnia de legat. 2.*

Hæc tamen controuersia difficultas ita componi potest, si dicatur quòd dominiū rei legatæ fictè trāsmittatur ad legatariū à morte testatoris, verè tamen ab adita hæreditate. Dicitur autē adire hæreditatem, quando hæres ait; volo esse hæres, volo hæreditatem: Mant. *de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 11.* vbi ostendit quibus verbis videatur quis adire hæreditatem.

Hanc tamen concordiam, quamuis probet Iason *in l. 1. n. 95. de leg. 1.* Couar. *in c. Raynald §. 1. de test.* & placeat Greg. Lop. *l. 34. tit. 9. p. 6.* displicet autem Fulgosio *in l. si parte, ff. quemadm. seruitut. amittātur,* opinanti rei legatæ dominium, venire à die mortis testatoris, per *l. huic scriptura, ff. ad l. Aquiliam.* Mihi tamen neutrum probatur: & ideò, saluo meliori iudicio: existimo dominium rei legatæ neque à tempore mortis transire fictè in legatarium, neque verè à die aditæ hæreditatis, per text. *in l. huic scriptura, & in l. si tibi homo, § cum seruus, de leg. 1.* Quocirca dicendum est dominium rei legatæ à tempore agnitionis trāsire verè in legatarium: agnitionem tamen, aut repudiationem retrotrahi ad tempus aditæ hæreditatis, & fingi fuisse acquisitū ab adita hæreditate: atque ita omnia iura, quibus probatur dominiū acquiri ab adita hæreditate, ita sunt accipiēda; vt etiā sentit Paul. *lib. 3. sentent. tit. 6. vers. per vendicationē.* Neq; obest *d. l. vnica, §. in nouissimo, C. de caduc. tollend.* vbi videtur probari dominiū rei legatæ à die mortis transire: tu tamen tene, quòd licèt dies legati cedat quoad transitum à tempore mortis testatoris; dominium tamen rei legatæ non transit ante agnitionem: vt etiam probat Cæpol. *cautel. 71.*

Dico secundò de manu hæredis legatum esse capiendū, & à die agnitionis peti posse. Quibus autē expensis, legatarij ne, an hæredis, sit præstandū legatum? Dicendum est, si legatū consistat in re egente pondere numero, & mensura, præstandum in domicilio hæredis, vel vbi hæres maiorem partem rei hæreditariæ habuerit. Nihilominus si legatum consistat in re certa in aliquo loco certo constituta, peti potest vbi res sita est, per tex. *in l. nō amplius, ff. de leg. 1.* Atque ita expensis, & sumptibus hæredis tradēda est; nisi fortè seruus sit legatus, & viuo testatore aufugit in vrbē remotam: tunc sumptibus & periculo legatarij, cui legatus est, debet tradi; eo quòd rem legatam debet hæres præstare eo loco, in quo à testatore fuit relicta, per text *in l. cum res, ff. de leg. 1.* vbi id expressis verbis deciditur: & sic intelligendus est text. *in l. si seruus legatus, de leg. 1.* quòd si seruus post mortem testatoris aufugit: tunc expensis hæredis est inquirendus, & tradendus ipsi legatario, secundum intellectum *d. l. cum res, ff. de leg. 1.* Vide Cardo. *in praxi, verbo, legatum, n. 40.*

Ambigi tamen potest an legata maneant obnoxia debitis defuncti pro rata? Respondeo legatariū in re sibi legata dici hæredem, *l. in tempus, §. 1. de vsuc. l. quoties, C. de hæred. instit. l. 1. §. si ex fundo, ff. eod* & ea consequenter non esse soluendum legatum certæ partis hæreditatis, nisi soluto priùs ære alieno: si tamen legatarius est quotæ bonorum, in eo euentu principale est soluendum, nec curandum est de ære alieno: Gloss. *in l. si quis seruum, in gloss. fin. ff. de leg. 2.* Anton. Gom. *in l. 21. Tauri, n. 2. per text. ib. Sean obligados a pagar las deudas del defuncto pro rata de la dicha meioria como se fuessen herederos en la dicha meioria de tercio, è quinto.* Idem Gom. *tom. 1. variar. c. 12. n. 21.* Vnde quamuis obligatio soluendi æs alienum competat hæredi, *l. quoties, C. de hæred. inst.* & Bald. *conf. 57. lib. 3.* hoc tamen procedit in leg. certæ partis hæreditatis pro rata suæ partis. Vualden. *de arte testan. cant. 42. n. 4.* 327

Quid de legato relicto à testatore suo creditori, an censeatur relictum pro debitis? Si constet debitum esse voluntariū, quòd quis videlicet debet alteri ex proprio facto, vel contractu, non videtur relictum animo cōpensandi, sed vtrumque potest creditor petere, & retinere, per *leg. 1. §. sciendum, C. de rei vxor. act.* vbi quando maritus legatum reliquit vxori, quia voluntarius contraxit cum illa, non videtur legasse animo cōpensandi cum dote: ita Bart. Bald. & Paul. *in d. l. 1.* quod ampliatur, quamuis eandē summam, numero, & quantitate, quæ est in dote, relinqueret vxori, ita præcitati. Quinimò si debitor relinqueret creditori rem siue mobilem, siue immobilem hypothecatā sibi pro debito, adhuc vtrumque consequi posset, & insuper ab hæredibus petere debitum, text. *in l. si creditorem, ff. de leg. 2.* & *ibi* Bartol. & Alberic. & communiter Scribentes. 328

Contra verò, quando debitum est necessarium, & testator ipsi creditori legat, videtur relictum animo compensandi; putà, si pater relinquat aliquid filiæ, tunc quia tenetur ea lege dare dotem filiæ, videtur compensare cum dote, sicut videtur relinquere pro legitima, quando legat filio, vel filiæ, & censetur cōpensare cum legato id, quod tenetur pro legitima relinquere. *argumento text. in l. quoniam nouella, C. de inoff. test.* Molin. *de iust. disp 200. tom. 1 pag. 1227. vers. hoc ita constituto fundamento, & pag. 1228. vers. secunda conclusio,* vbi hoc dubium post alios tam Hispanus, quàm Lusitanos plenè resoluit.

Legatario ergo à quo peti potest quando non est hæres, qui adeat hæreditatem, & quas actiones habeat legatarius in isto casu? Ratio dubitādi, quia legata habent tacitam conditionem, scilicet si adeatur hæreditas, vnde debentur post aditionem, Bald. *in Auth. ex causa, 11 & 15. col. C. de liber. præter.* & ante aditam hæreditatem legata non debētur, secundùm Bart. Bald. Gloss. & Doctores *in l. cum quam, C. de fideicomiss.* Bart. *in l. 1. C. de donat. inter vir. & vxor.* & Bald. *in l. 1. C. si quis omiss. caus. test. & in Auth. hoc amplius, C. de fideicom.* Quare cautela est vt aditio hæreditatis fiat, vt legata conseruentur, prout vult 329

Bart.

Bart. *in d.l.eam quam, & in l.1.in 2.lectur. C.de sacr. Eccles.* nisi sint legata ad pias causas, in quibus aditio non requiritur, vt debeantur: ita Doctores *in d.l.eam quam, & in d.l.1.* Dico igitur, quando non est hæres, qui adeat hæreditatem competere legatario actionem triplicem, personalem videlicet, quæ præsupponit personam obligatam, *§.omnium, Instit.de action.* actionem hypothecariam, quæ aliàs pro legatis solet competere, vt *in l.1.C.comm. de legat.* Bald. *in l.1.n.9. C. si quis omiss. caus. test.* & actionem rei vendicationis, quæ alias conceditur legatario, vt *in d.l.1.C.commun.de leg.* & hoc de iure Hispano *l.1.tit.4. de los testamentos, lib.5. noua recop.* per quam sicuti non requiritur aditio hæreditatis per hæredem scriptum, vt legatarius assequatur legatū, sic etiam non est necessaria aditio hæreditatis peruenientis ab intestato: ita Menez. *in d.l eam quam, n.79.* & Tellus Fernand. *in l.7.Tauri, n.83.* post Peraltam *in l.omnia, ff. de legat.2.*

Quare secundùm dictam legem Regiam omnes tres actiones competunt legatario nullo hærede adeunte, de quibus *in l.1.C.comm.de legat* secundùm quam etiam legata confirmantur, conseruantúrque omninò, statim à morte testatoris, sine vlla aditione. Sequitur à die mortis testatoris verè transire dominium rei legatæ in legatarium, & non fictè, & consequenter habet legatarius rei vendicationem, quæ domino solet competere, *§ omnium, Instit.de action.* quamuis attento iure communi, hærede non adeūte, non transfertur dominium in legatarium; & insuper legatarius non potest petere legatum; eò quia ad validitatem legatorum, quæ relinquuntur in testamento, necessaria omnino est aditio hæreditatis per hæredem scriptum: *l.si nemo, de regul.iur. l. eam quam, C.de fideicommiss.* Anton. Gom. *variar. c.12. n.11.* & Peralta *in l.omnia, n.15. de leg.2.*

330 Ex quibus iure communi non competit legatario pro re legata, non adita hæreditate actio personalis ex testamento, neque actio hypothecaria quia deficiente hærede persona obligata deficit, & per consequens deficit actio personalis, quæ præsupponit personam obligatam, *§.omnium Inst.de action.* & pari ratione deficit actio hypothecaria, quæ est accessoria ad personalem obligationem, vt *in l.si legati, ff. de pignor.* ita etiam deficit rei vendicatio, quæ conceditur legatario; præsertim quia nemine adeunte hærede, dominium rei legatæ non transmittitur in legatarium à morte defuncti; vt volt Aret. *in l.1.col.7.* & ita non habebit legatarius rei vēdicationē, quæ non nisi domino competit, *l.in rem actio, de rei vendic.* secùs de iure Hispano, *l.1.tit.4. de los testamientos, lib.5. noua recopil.* iuxta quam omnes tres actiones competunt legatario, etiam nullo hærede adeunte. Atque ita esto, nullus hæres adeat, tamen hæreditas iacens adest, quæ cùm sit persona repræsentatiua, vt *in l.hæreditas in multis, de acquirende rerum dominio,* in illa reperiuntur omnes obligationes tam actiuæ, quàm passiuæ, & consequenter in illam sic iacentem competit actio personalis ex testamento, & cæteræ actiones, dato priùs curatore hæreditati iacenti, qui illius partes defendat, & contra quem actio vtilis intētetur: ita Ripa, *l.1.de leg.1.n.66.* Tell.Fernan. *in l.3. Tauri, 3.p.n.8.* & *ibi* Burg.de Paz *n.839.* Item cōpetet legatario actio hypothecaria, quæ licèt præsupponat actionem personalem, vt *in l.si legati, de pign.* tamen in casu nostro ipsi hæreditati iacenti, & obligationi, quæ illi inest, adiungi potest hypothecaria, sicuti & fideiussoria, *l. mortuo Reo, de fideiussor.* ita Greg.Lop. *l.26.tit.13.p.5. gloss.verbo, Obligados,* & Menezius *in d.l.eam quam, n.79.*

Vnde ipsi legatario in hoc casu competit rei vendicatio dominij, quod illi datur *ex l.à Titio, de furtis,* Gom. *d.c.12.n.11.* Nam etiamsi considerato iure communi dominium rei legatæ à morte testatoris, fictè & non verè transiolet in legatariū *d l.a Titio, & l.si tibi homo, §. cum seruus, de leg.1.* & quamuis eodem iure communi ante aditionem legata nullam vim habeant, *l.eam quam, C.de fideicom.* Tamen attenta *d.l.Regia 1.tit.4.de los testamientos, lib.5. noua recop.* legata statim absque vlla aditione à morte testatoris confirmantur, & verè transit eorum dominium in legatarium, & illi competit rei vendicatio, quæ domino solet competere, & ab illo die lucratur legatarius fructus rei legatæ: sic Greg.Lop. *l.26. tit.13.p.5.& l.37.tit.9.p.6.in gloss.los frutos,* Peralta, & Ant.Gom. *in locis supra citatis.* Ex quibus omnibus apertè constat iure communi necessariam esse aditionem hæreditatis, vt legata conseruentur, & vt legatarius retineat tres illas actiones: secùs de iure Regio, secundùm quod aditio hæreditatis non est omninò necessaria.

Sed quæritur an legatum relictum pro puellis maritandis possit conferri puellis bastardis, seu naturalibus habētibus qualitates requisitas à testatore, & an possit etiam conferri viduis secundò nubētibus? Quoad primum respondetur posse, ex Bart. *in l.si constante, col.2.ff.solut.matr.* & ex Gloss. *in Clem.1.de Baptism.* quos referens sequitur Bertach. *in sua Repertor.verbo, legatum quibus personis fieri possit vel non diceos, n.30.* legatum filiabus factum debetur etiam bastardis, quia filiorum appellatione etiam bastardi continentur in fauorabilibus, nisi contrarium constet de voluntate testatoris Quoad secundum de viduis affirmat Syluest. *verbo, legatū, 1.q.5.n.9.* & alij, quos refert Sanch. *lib.7.de matr.q.91.n.54.* Sed verius est non esse conferendum viduis secundò nubentibus, nisi contrarium ex verisimili testatoris mente colligatur; quia regulariter legatum relictum pro maritandis fœminis de solis prioris nuptiis intelligitur; vt deducitur *ex l.boues, §.hoc sermone, ff.de verbor.signific.* ibi: *Hoc sermone, dum nupta erit, primæ nuptiæ significantur:* sequitur Bald. *in proœmio Decretal.n.25.* Iason *l.duobus, §.si ei qui, n.2. ff.de iureiur.* & Benedict. *in c. Raynut. de test.verbo, qui cum alia, n.79.* Addit tamen Sanch. nisi vidua noptima primum matrimonium non consummauerit, tunc enim vidua erit capax legati, vt ait Ripa, *Rubr.C.de secund.nupt.n.15.vers.sed an dicatur, in noua editione.* sequitur Decius *Rubr. C.de secund. nupt. n.4.* & *ibi* Gatton. *in noua editione, n.5.* Idem seruabitur quando primum matrimonium fuit irritum, adhuc enim consequetur legatum. Quia reuera non fuit vidua, nec primas contraxit nuptias. Nam vitiosè factum quasi non factum iudicatur: *l.quoties, ff.qui satisdare cogant l.4. condemnatum, ff.de re iudicat.* Sanch. *d. disp.51. n.43. & 56. vbi n.57.* subdit si fortè nullæ extent fœminæ ætate nubiles posse cōferri legatum viduis ex coniecturata verisimiliter testatoris voluntate, ne opus pium differatur, quia legatum non potest dari fœminæ ante ætatē nubilem: ita Gatton. *Rubr.C.de secund.nupt.in noua editione, n.5.* argumēto patroni, qui nō potest præsentare ad beneficium, nisi qui tempore præsentationis habeat ætatem, & qualitates requisitas: ita Bald. *in l.sancimus, C.de nup.* quod limitat ipse Bald. in legato relicto pro persona certa maritanda, eo quòd eam reddidit testator capacem legati eligendo certam, quamuis ante ætatem nubilem peti nequeat, cùm non vrgeat, nec instet causa propter quam legatum relictum est, *l. nec semel, § si in habitationem, ff. quand. dies leg. cedat.* si verò nobilis sit, tune illicò poterit legatum petere præstita cautione de nuptiis contrahendis. Mant. *de coniect.vlt.volunt.lib.11.tit.21.ex n.5.& 6.* 331

Cæterùm si pater reliquit filio legatum certæ summæ 332

summæ ea lege, quòd si fiat Religiosus illud filia obtineat? Felin. *in c. in præsentia, de probation.* cum Ioan. Andr. Bart. *in l. 2. ff. de his quæ pœnæ nomine,* & Abbas *in c. Eccles. de const.* opinantur non amitti legatum per ingressum Religionis quia est conditio retrahens à Religione, cuius ingressus assimilatur matrimonio spirituali, & sicut conditio retrahens à matrimonio carnali reijcitur, per *l. Titio, si non nupserit, ff. de condit. & demonstr.* ergo conditio retrahens à matrimonio spirituali habebitur pro non apposita in fauorem Religionis, non in odium Religionis: quare cùm in Lusitan. *lib. 3. Ordination. tit. 64. §. 1.* decernatur Bartoli receptam opinionem haberi pro constitutione, ac lege, vt etiam tradit Marta *de iurisdict. 1. p. c. 26. n. 72. & in votis nouiss. decis. voto 6. n. 5.* secundum illam non est dubium quod iudicetur.

Nihilominus oppositum mihi magis placet, filiũ scilicet per ingressum facta professione in Religione amisisse legatum, nisi constet clarissimè id fecisse patrem, vt filium ab ingressu Religionis retraheret. Ratio, quia parentes id solent efficere, quia filij in sæculo viuentes magis indigent diuitiis, & bonis pro suo statu conseruando, quàm qui ingrediuntur Religionem; præsertim filiæ contrahentes matrimonium, pro oneribus illius egent maiori dote, ad viuendum in sæculo. Atque ita cùm non constet id fuisse factum à patre, vt filius auerteretur ab ingressu Religionis, standum est voluntati testatoris: ita Couar. *lib. 1. variar. c. 19. à n. 7* & Molin. *de iustit. tract. 2. disp. 207. fol. 1267.* vbi addit intuitu alicuius boni finis posse patrem apponere in testamento illam conditionem; argumento instituentium Maioratus, à quibus excludunt Clericos, & Monachos in Religione profitentes, vt tradit alter Molin. *lib. 2. de primog. c. 12. num. 54.*

Nec obest conditionem perpetuò non contrahendi matrimonium de iure positiuo pro non apposita haberi. In quæstione tamen proposita nihil sancitum reperitur; & ita tenet Bald. *in l. Deo nobis, C. de Episcop. & Cleric.* idem Bald. & Imol. *in l. Lucius Titius qui fratrem ff. de hered. inst.* & Paul. de Castr. *in l. quoties sub conditione, ff. de condit. & demonstr.* Ratio, quia standum est voluntati testatoris, & ve ait Bald. *in d. l. Deo nobis.* Sicut in potestate patris est vltra legitimam filij nihil relinquere amplius, ita est limitate relictum.

Nec obstat *l. Titio si non nupserit. de condit. & demonstr.* Nam *ibi* erat conditio posita contra matrimonium, quæ repugnat vtilitati publicæ: *hic* verò in nostro caso apposita est conditio pro matrimonio indirectè; cùm maiori dote egeant coniugati ad sustentandam familiam: & si Religioni refragetur, fauet tamen matrimonio. Confert Bart. *in l. fin. C. de pact.* dicens valere statutum quòd ingrediens monasterium non succedat parentibus: concordat Lappus *alleg. 111.* quæ incipit, *In ciuitate Florentia,* quod Bald. etiam tradit *in d. l. Deo nobis, col. vlt.* quamuis Felin. *in c. in præsentia, de probation.* cum Angelo *in disp.* incipiente *Nobilis quidã genere,* cum aliis *ibid.* citatis, negent indistinctè tale statutum subsistere.

Cæterùm nostram sententiam monuit Salycet. & Corneus *in Auth. nisi rogati,* Iacob. a Bello viso *in Auth. de Sanctiss. Episcop. §. sed hoc præsenti,* Decius *cons. 419.* Ioan. Crot *in l. nemo potest. ff. de leg. 1.* Idem Decius *in c. in præsentia, n. 56. & cons. 426.* & Ancharan. *in regul. nemo potest, q. 5. de regul. iur. in 6.* dicentes, huic parti adhærendum esse. Ratio illorum, quia testator cogitauit de ingressu Religionis, cùm ita disposuit, ac prouisionem fecit; ergo eius voluntas est attendenda: nec retrahitur ingrediens Religionem per hoc; quia dum ingreditur, profitetur paupertatem: & pater voluit prouidere filiæ in sæculo remanenti, si filius ingrederetur Religionem; idcircò standum est voluntati patris. Sequitur Ripa *in l. ex facto, §. si quis rogatus, n. 39. ff. ad Trebel.*

Supradictis accedit, legatum relictum pro mari- 333
tandis puellis, an possit conferri puellis ingredientibus Religionem? Negatiua pars ex eo probatur; quia maritare pauperes virgines est pia causa, nec potest excludi per alium pium vsum. *Clement. quia contingit, de Religios. domib.* neque executores dati ad virgines maritandas possunt dare aliquid pro virginibus ingredientibus Monasterium, cùm hoc non habeant in mandatis: Felin. *in c. Ecclesia sancta Maria, n. 93. de constit.* Natta *in cons. 296. n. 1. & 3.* Bald. *in Auth. nisi rogati, n. 11. vers. quæro nunquid Monasterium, C. ad Trebell.* & alij quos sequitur Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 5. n. 23.*

Partem affirmatiuam probant aliqui per *Auth. de sanctiss. Episc. §. sed hoc præsenti, coll. 9.* quando non certæ personæ matrimonio collocandæ, sed indefinitæ puellarum matrimonio relinquitur legatum, vbi dicitur conditionem nuptiarum haberi pro non scripta, quoties sub illarum conditione quis aliquid donauerit, vel reliquerit liberis, & talis persona Religionem ingrediatur: quia non est maior ratio hoc relinquatur certæ personæ, siue incertis: atqui priori casu legatum debetur ingredienti Religionem, igitur posteriori potest distribui legatum ingredienti Religionem. Nam qui vult ingredi Religionem, dicitur contrahere spiritualiter; ita Cyn. *in Auth. nisi rogati, C. ad senat. consult. Trebell.* Nec obest ratio adducta de executoribus deputatis ad certam quantitatem distribuendam pro virginibus, dicentibus nihil posse distribuere pro virginibus ingredientibus Monasterium, se non habere hoc in mandatis; quia non intelligitur de legato, sed de mandato: atque ita in legatis in testamento relictis ampla est interpretatio facienda: Gloss. *in l. in testam. ff. de regul. iur.* & Gloss. *in l. si quis reum, §. idem Iulianus, ff. de liberat. legat.* & in specie, quòd in legatis fiat extensio, tradit Cinus *in l. fin. §. 1. C. commun. de legat.* Villalonga *in l. re coniuncti, col. 16. ff. de leg. 3.* & Iason *in l. qui se patris, n. 58. C. vnde lib.* & hanc communem opinionem vocat Corneus *in Auth. ex causa, col. 7. C. de liber. præter.* prout tradit Ceuall. *commun. contra commun. q. 126 in principio.*

Cæterùm ne discedas à parte negatiua, quæ tenet non posse conferri simile legatum ingredienti Religionem, sed solùm contrahentibus matrimonium temporale, vt bene notat Bald. *in l. fin. C. de sentent. quæ sine cert. quant. n. 14.* Ioan. Lupus, *in c. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. notab. 3. §. 12. n. 16.* Sanch. *lib. 1. de spons. disp. 33. n. 32.* Ægid. Lusitan. *l. 1. C. de sacros. Eccles. 3 p. §. 3. n. 17.* vbi negat dotem datam ad virgines maritandas erogari posse pro dote puellæ ingredientis Monasterium etiam de authoritate Episcopi: sequitur Thomas Vaz *allegat. 52. n. 7* quia executores testamenti non possunt excedere formã mandati, quæ diligenter obseruanda est, *l. diligenter, ff. mandat. cap. cum de non sacerdotali, de præbend. lib. 6.* Marienz. *in l. 14. tit. 4. gloss. 1. n. 14. lib. 5.* Item quia maritare virgines est causa pia, quæ non potest omitti propter aliud opus pium, vt habetur *in d. Auth. nisi rogati, C. ad Trebell. & in Auth. de sanctiss. Episc. §. sed & hoc præsenti, coll. 9.* His verbis.

Sed & hoc præsenti addimus sanctioni, si fortè quis sub conditione nuptiarum, siue liberorum, siue dotis causa, siue antenuptialis donationis donauerit, siue reliquerit suis liberis, siue alij cuicunque personæ hereditatem, siue legatum, aut ab initio forte relinquens onerauerit eos substitutione, aut restitutione, aut sub vna prædictarum conditionum reliquerit vel donauerit, substitutiones verò, vel restitutiones eis fecerit, quæ adiectis

conditionibus

conditionibus quibuscumque ex iis, quæ superiùs enumerata sunt, sancimus; si persona talibus conditionibus subiecta; siue masculi, siue fœmina monasteria ingrediantur, aut Clerici, aut Diaconissæ, aut Asceteria fiant, tales conditiones inualidas, & pro non scriptis esse. Hoc autem solatio, & Clerici, & Diaconissæ Ecclesiarum fruantur, si vsque ad suam vitam in his perseuerauerint, vt res sub tali conditione donatas, aut relictas ad pia opera expendant, aut relinquant; in personis enim, quæ in Monasterium ingrediuntur, & relinquunt huiusmodi conuersationem castam monasterio, aut Asceterio, vbi à principio ingrediuntur, res sub tali conditione donatas, aut relictas cum alia eorum substantia competere volumus: si tamen in redemptionem captiuorum, aut egentium alimenta supradictis conditionibus substitutio, aut restitutio fiat, ex nullo memoratorum modo eam excludi permittimus. Hæc ibi: ex quo deducitur maritare Virgines incertas, esse opus pium, quod non potest excludi per aliud opus pium, vt concludit Bald. in *eadem Authen. nisi rogati, n. 11. vers. Quæro nunquid Monasterium.* Feliu. in *d. cap. In præsentia, n. 93. de probation.* & Mantica *lib. 8. de coniectur. tit. 5. n. 22.* Secùs de legatis relictis pro certis puellis maritandis, verbi gratia, si testator relinquat certæ virgini matrimonio collocandæ certam summam, & ipsa ingrediatur Religionem, legatum consequetur, si puella, seu puellæ sint testatoris neptes, seu consanguineæ; nam tunc propter præsumptam testatoris affectionem erga sanguine coniunctos, latiùs est legatum interpretandum: *l. Aurelius, §. Titius testamento facto, ff. de liber. legat.* ibi: *Præsumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa*, vt Natta consuluit *cons. 296. n. 6.* & Mantic. *d. tit. 5. n. 22.* Contra verò de maritandis puellis incertis; quia hoc cùm sit causa pia, non potest excludi per alium pium vsum: vt habetur in *Clement. Quia contingit, de Religios. domib.* idem Natta *supra, cons. 296. n. 1. & 3.*

334 Iam verò si legatum relinquatur pro maritandis incertis puellis, contentio est an possit dari maritatis? Negat Sanch. *lib. 1. de sponsal. disp. 33. n. 32. & lib. 7. quæst. 91. n. 65.* subdens legatum pro certa persona maritanda relictum, esto tempore testamenti sit iam maritata, deberi; & à fortiori si adhuc superstite testatore nubat, ex *l. si iam facta, ff. de condit. & demonstrat.* similiter si verba testatoris sic se habeant: *dentur mille ad puellas dotandas*, possunt conferri iam nuptis sine dote, vel cum modica dote; quando vitea laborat paupertate, vt sustinendo onera matrimonij non sit; quia adhuc subsistit causa pia, & necessitas oneris matrimonij sustinendi, & verè illud est dotare fæminas: ita tenent Bald. Nouell. *de dote, 5. p. n. 12.* Ioan. Lupus, *in cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. notab. 3. §. 12. n. 8.* Quod si puellis maritandis concedatur, nequit conferri iam maritatis; quia in his minimè verificantur verba legati: Bald *l. fin. C. de sentent. quæ sine certa quantitat. n. 11.* Iason. *l. Quominus, n. 133. vers. 5. pro eadem parte, ff. de flumin.* & Perea *lib. 5. Ordin. tit. 2. lib. 1. fol. 79. vers. dubium est quotidianum.* Quinimo legatum relictum pro virginibus maritandis potest retineri in vtroque foro à femina, quæ pro virgine habetur, esto in rei veritate non sit virgo, nisi aliud ex voluntate testatoris constet: ita Girond. *de priuileg. & exempt. explicat. n. 1439.* cum Peres de Lara *de anniuers. lib. 1. cap. 21. n. 90.*

335 Quòd si pater leget filiæ centum, an debeatur totum si filia fiat monialis, quando pater ait; quòd detur dimidium, si non nupserit: Couar. *1. variar. cap. 19. à n. 7. vsque ad 11.* tradit, si non nupserit deberi dimidium. Bartol. autem, & post eum Panormit. *in c. in præsentia, de probation.* tradit totum legatum esse dandum, quatenus retrahi posset à vita cælibe, seu Religione ob metum amittendi totum, ex *Authen. de sanctiss. Episcop. §. Sed & hæc*, vbi, si aliquid donatum sit sub conditione nuptiarum, & donatarius nuptiis relictis, vitam cælibem elegerit, aut Religionem ingrediatur, conditionem nuptiarum habendam esse pro non apposita, per comparationem ad vitam cælibem, aut ad ingressum Religionis: & ideò si vitam cælibem eligat, deberi totum legatum filiæ: quò si ingrediatur Religionem, deberi totum Monasterio: ita colligitur ex *dicta Authen. de sanctiss. & ex Authent. Nisi rogati, C. ad Trebell.* Molin. *de iustit. tom. 1. disp. 207. fol. 1267.* Nihilominus non est reiicienda opinio Couarruuiæ fancita suis rationibus, sed amplectenda attentio iure naturali, secundùm quod standum est voluntati testatoris; vt ipse Mol. *ibid.* testatur, *vbi supra, vers. Tertia concl.*

Quid ergo dicendum quando testator legauit rem in qua habet ius, an præsumatur legare ius tantùm, aut legare totam rem. Videtur tantùm legasse ios, aut partem ipsius rei, si fortè illam habeat, & partem alienam non deberi, nec æstimationem illius: ita Bartol. Bald. & Angel. in *l. serui electione, §. fin. ff. de legat. 1.* per Gloss. *ibi*, text. *in l. si domus, §. fin. ff. eodem*, text. in *l. seruus ab hostibus captus, ff. de legat. 1.* vbi dicitur posse seruum legari à domino; esto, existat apud hostes, ratione iuris postliminij, quod in eo habet: per text. in *l. id quod, eodem tit.* ex quo Bartol. deducit in *d. l. id quod*, potuisse ab Imperatore Carolo dari Regnũ Siciliæ, quod erat apud hostes: & probatur expressè in *cap Pastoralis, extra, de donation.* quia donatio non censetur facta nisi iuris, quod quis habet in re, vt per Xuar. *allegat. 7. n. 3.* Gomes. *tom 1. Variar. cap. 12. n. 15.* Acued *l. 1. à n. 66. tit. 25. lib. 8. Nouæ recopil.* quos referens, sequitur Barbos. in *d. c. Pastoralis, n. 4.* per text. *ibi: quod suum est conferri videtur* Atque ita tantùm illud, quod testator habet in re ius censetur legatum, etiamsi tale ius sit periturum morte illius: text. *in l. quod in rerum, §. 1. ff. de legat. 1.* & *ibi* Gloss. Bartol. & communiter Doctores, text. in *l. vxor patrui, C. de legat.* quod procedit etiamsi testator fuerit sciens, aut ignorans, siue ius, vel pars rei testatori competat iure dominij, aut iure actionis personalis.

Vnde quando testator habet tantùm in re vsumfructum, & simpliciter rem illam indistinctè legat, non videtur legare nisi tantùm vsumfructum, quem habet in ea, & ex consequenti cùm vsusfructus expiret morte legantis, nihil debetur legatario: vt probatur ex *l. quod in rerum, §. 1. ff. de legat. 1. & in l. vxor patrui, C. de legat.* Secùs quando non habet nisi ius in re, & postea rem totam emat, & legando rem simpliciter relinquat nulla facta mentione iuris vel dominij, dicens: lego tibi talem rem; & tunc, esto illam postea emat, vel consequatur, tota debetur. text. in *l. si ex toto, de legat. 1.* & tenent communiter Scribentes *ibi* post Bartol. Bald. Paul. & Alexand. in *l. seruum filij, ff. de legat. 1.* Contra verò quando pater legat fundum, aut rem bonorum aduentitiorum, in quibus habet vsumfructum; non videtur legare nisi tantùm ius illud quod habet, nec valet legatum, nec debetur æstimatio: ita expressè Gloss. *in l. dotalem, ff. de milit. testam.* Quod procedit etiam quando maritus legat rẽ dotalem, tãtùm videtur legare ius, quod in ea habet, & sic dominium, vel ius vsusfructus morte extinguendum. Si autẽ non maritus leget vxori rem dotalem, sed extraneus, valet æstimatio;

quia extraneus nullum ius habet in re dotali: ita Paulus videtur tenere in *l. Apud Iulianum, ff. de legat.* 1. Gomez. *de legat. cap.* 12 *vers. Quinto.*

337 Item testator habens multa eiusdem naturæ, & ex multis istis, videlicet equis, seu seruis, si relinquat vnum consanguineo suo, & alium alteri, & contingat alterum alio esse meliorem, & maioris pretij, & inter eos quis eorum debeat eligere, sit contentio; quia testator non expressit quid faciendum, vt tollatur discordia, videtur dicendum debere eligere qui priùs postulet, & litem priùs contestatus fuerit, *argumento l. si pluribus, vers. fin. de legat.* 1. vbi dicitur, legata eadem re pluribus, ita vt vnus habeat rem & alter æstimationem, debere eligere qui priùs petit, & litem contestatus est. Nihilominus esse præferendum vt eligat qui priùs nominatus est; quia videtur magis dilectus: colligitur ex *l. quoties, ff. de vsufruct. & ex l. qui soluendo, ff. de hæred. inst.* prout volunt in *l. si ita scriptum, ff. de legat.* 1. Dynus, & *ibi* Alberic. & Bald. sequitur Bartol. in *l. qui duos, ff. de legat.* 1. & *ibi* Paul. de Castr. & Ang. de Perus. Consonat text. notabilis in *l. si ita legatum, ff. de legat.* 1. vbi habetur ita: lego decem seruos Seio, præterea alios decem, quos legaui Titio, & plures seruos habeat, priùs eliget Titius, primus legatarius & postea Seius, secundus legatarius: quem intellectum probat Paul. de Castr. & alij Scribentes *ibi*; ex ea ratione, quia ordo denominationis, designat ordinem dilectionis, *l. qui soluendo, la* 2. *ff. de hæred. inst.* Escobar *de ratiocin. comput.* 10. *n.* 2. quia primo nominatus censetur magis dilectus, vt dictum est; *l. si communis seruus,* 2. *ff. de stipulat. seruor. cap. si quis, de elect. in* 6. Thom. de Thomasset. *regul.* 235. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 11. *n.* 13. & *lib.* 8. *tit.* 4 *n.* 12. & *tit.* 9. *n.* 7. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 16. *n.* 3. *cum seqq.* Confert quod prior nominatio maiorem dignitatem arguit, vt per Tiraquell. *de iur. Prim. quæst.* 19. *n.* 2. quoniam descriptus dicitur dignior, & præcedere debet cæteros in eligendo, *l.* 1. *ff. de alb. scribend.* Peregr. *conf.* 3. *n.* 60. & alij, quos refert Marc. Anton. *Variar. resolut. lib.* 1. *resol.* 81. *n.* 1.

338 Quid dicendum quando testator legauit vinum, frumentum, & oleum, quod habuit in vna domo, illo consumpto an debeatur legatario, quod eius loco successit, & fuit repertum in eadem domo post mortem testatoris? Responsio est affirmatiua, eò quia ex voluntate testatoris censetur subrogatum loco primi, quod ibi repositum est: nam subrogatũ sapit naturam eius in cuius locũ subrogatur: vt per Tiraq. *de iur. primog. q.* 40. *n.* 43. & *seqq.* & Euerard. *in Topicis legalibus, loco* 93. Gamar. *in dialectica legali, lib.* 1. *de loco Subrogat.* Atque ita quæ successerunt in locum frumenti, vini, & olei consumpti, debentur legatario, *argumento textus in l. si seruus legatus, §. quicumq; de legat* 1. & ita in specie tenet Bart. *in d. §. quicunq;* & *ibi* Angel. Paul. & alij, idem Paul. in *l. Lucius Titius ff. de legat.* 2. quod intelligitur vsque ad concurrentem quantitatem, & qualitatem prioris legati: ita Paul. de Cast. *in d. §. quicunq;* & *ibi* Alex. *in addition.*

339 Contra verò videtur dicendum de legato librorũ, quod non intelligitur de libris, quos testator postea comparauit, & posuit in suo musæo: ita Baldus *in conf.* 284. *n.* 1. *vol.* 2. nam regulariter tempus testamenti debet spectari, & verba testatoris debent referri ad tempus testamenti, *l. si ita legatum, ff. de aur. & argent. legat. l. vltim. in princip. eod. tit.* & tradit Bart. per text. *in l. vltim. §.* 1. *de legat.* 2. quinimò si testator legauit Ecclesiæ Parochiali, & post factum testamentum mutauit habitationem, legatum debetur illi Ecclesiæ, in cuius Parochia morabatur tempore testamenti, non autẽ tempore mortis. Roman. *in Authent. similiter, n.* 93. *ad l. falcid. per l. si cognatis, de reb. dub.* Quare si testator leget libros filio, quos tunc habebat tẽpore testamenti, non censetur legasse libros quos postea comparauit; sicut si leget mobilia, intelliguntur tantùm legasse, quæ fuerunt testatoris tempore testamenti: præsens namq; tempus semper intelligitur, si aliud cõprehensum non sit: *d. l. si ita, de aur. & argent. legat.* quod procedit quãuis testator vtatur verbis vniuersalibus: Fulgos. *conf.* 99. *n.* 10 Corneus *conf.* 14. *n.* 15. *vol.* 1. Alex. *in conf.* 171. *n.* 1. *vol.* 6. Contra Caldas *de emption. c.* 10. *n.* 5.

Imo tempus testamenti non inspicitur, quando verba possunt respicere etiam futurum: nam si verba sint futuri temporis, tunc sine dubio ad futurũ tempus debent extendi: *l. filiam, ff. de aur. & argent. leg.* Bart. in *d. l. si ita, in princip. eodem tit.* Idem est intelligendũ si testator vtatur verbo, *præsens, in diem vel*, quod quidem habet significationem extensiuam, & ideò respicit etiam futurum tempus: per *l. si scripsisset, in princip. de legat.* 2. sequitur Ruin. *conf.* 160. *n.* 14. *vol.* 2. & communiter ita accipiendũ est, quando verbum præsentia temporis ita se habet, vt eius effectus in futurum differatur, *argumento l. filiam, de aur. & argent. legat.* Roland. *conf.* 39. *n.* 12. *vol.* 4. Secùs quando verba sunt temporis præteriti, vel præsentis; tunc enim restringuntur ad ea quæ sunt tempore testamenti. Bart. in *l. His verbis, in princip. ff. de legat.* 3. Idem in legato eius rei, quæ vsu consumitur, nam si consumpta est, & alia in eius locum successerit, non tempus facti testamenti, sed mortis inspicitur, vt exponit Bart. in *l. si ita, ff. de aur. & argent. legat. l. quidam hæredem, n.* 2. *de Tritic. legat.*

Eodem modo si maritus leget vxori omnia, vel vniuersa supellectilia, continentur in legato non solùm quæ habebat tempore testamenti, sed quæ post testamentum vsque ad tempus mortis acquisiuit. Bart. *in l. si ita, ff. de aur. & arg. legat.* vbi legatũ simpliciter factũ de omnibus bonis, ad bona postea acquisita trahitur. Bart. *in l. si cognatis, col.* 2. *ff. de reb. dub.* vbi vult legatũ factũ verbis indefinitis non restringi ad tempus testamenti, quando factum est consanguineo, sed continere etiã futura: sequitur Socin. *ibi, vers. secundo limita, & in l.* 1. *notab.* 5. *eod. tit.* docens legatũ generale factum consanguineo, vel piæ causæ, extendi etiam ad acquisita post testamentum: *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* & *l. eam quam, C. de fideicom.* Cald. Pereira *de empt. & vendit. cap.* 10. *num.* 5.

Non tamen leuis est dubitatio, an legata Cruce aurea, censeatur donata catena aurea, ex qua Crux è collo dependet? Pars negans videtur esse in cõfesso, 340
per *l. si quis in fundi vocabulo, ff. de legat.* 1. vbi si quis leget vestes, non intelligitur aurum esse legatum. Probatur, quia fundo legato via ad ipsum fundum non intelligitur legata, per Gloss. *in l.* 3. *§. loci, ff. de adimendis legatis.* Bald. in *l. vnic. n.* 9. *in fine, C. si Rector prouinciæ.* Item fundo legato non intelligitur instrumentum legatum; nam si instrumentũ intelligatur legatũ, boues aratorij pertinerent ad legatarium, cùm sint fundi instrumentum; quod non esse dicendum docet Bald. in *l. item si fundi, §. seminarios, in tertiò notabile, ff. de vsufruct.*

Dicendum tamen est partem affirmantem veram, legata scilicet Cruce aurea, legari simul catenulam auream, ex qua deferebatur Crux suspensa ad collũ, per text. aureum in *l. Cum aurum. vers. planè*, & *ibi* Bart. *ff. de aur. & arg. legat.* ibi: *Planè si cui vascula argentea sint legata, etiã plumbũ, quo continentur eum sequetur. Similimodo, si cui argentum legetur factũ, emblemata aurea, quæ in eo sunt, eum sequuntur, quoniam argento cedit, quæ ad speciẽ argenti iuncta sunt: quẽadmodum claui aurei, & purpura pars sunt vestimentorum, & quamuis claui non sunt vestimentis consuti, tamen veste legata contineri.* Hactenus lex.

Confit

Confirmatur ex traditis ab Stephano Aufrerio *in additionibus ad Capellam Tholosan. quaest. 385.* dicente: si alicui debeatur vestis aliqua,& habeat aliquid affixum, vel appensum, veluti clauos aureos, vel orbiculos aureos, vel laminam auream, vel argenteam, creditorem habere posse vestem illam, & quidquid vesti est appensum, seu affixum. Quod etiam probat Ancharan. *in cap. indicante, de testam.* Bald. *in l. cum te, C. de donat. ante nupt. & in l. 1. C. de legat.* & Bart. *in d. l. cum aurum, ff. de aur. & arg. legat. §. 1.* dicentes, legato vestium comprehendi monilia auri, & argenti affixa vestibus, nisi affixa sint prohibita ad vsum. Bartol. *in l. quaesitum, ff. de aur. & argent. legat.* & Caepol. *in l. mulieris ad fin. ff. de de verbor. significat.* ex quibus conijciunt quando Episcopus debet accipere meliorem vestem Clerici defuncti, posse eam sibi assumere vnà cum monilibus, & alijs affixis ad vsum non prohibitis: vt etiam sequitur Garcia *de expens. cap. 9. num. 87.*

Vnde quod dicitur ad *l. si quis in fundi vocabulo, de leg. 1.* legatum vestium, non continere aurum, est omninò verum; modò aurum non sit contextum, neque annexum, seu affixum vestibus: vt bene exponit Bartol. dictam legem, *cum aurum, ff. de aur. & argent. legat.* & Bald. *in l. cum te, ad fin. de donat. ante nuptias,* Imol. *in d. l. si quis in fundi vocabulo, num. 3. in fine,* & Alexand. *num. 8. de legat. 1.* quibus accedit Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 9. tit. 3. num. 23. argumento l. cum aurum, vers. planè,* & *ibi* Bartol. in specie, *de aur. & argent. legat.*

Nec refert si dicatur, fundo legato non contineri viam ad ipsum fundum, teste Glossa *in l. 3. §. si loci, de adimend. legat.* Nam oppositum est verius; quia in legato illud debet contineri, sine quo nullus esset fructus rei legatae; ergo fundo legato censenda est etiam via legata ad fundum, cuius sententiae est Bartol. *in l. 2. circa finem, de seruit. legat.* dicens, seruitutem itineris legatario esse praestandam: idque confirmat ex casu *l. Binas, de seruitut. vrban.* vbi deciditur haeredem non posse omninò occludere fenestras, atque obscurare domum, cuius proprietas pertinet ad legatarium: igitur à fortiori non potest negari aditus ad fundum legatario. Faciliùs namque erit aedes inhabitare lumine carentes, quàm possidere fundum absque introitu, seu via ad illum: vt etiam notat Oldrad. *cons. 225. num. 13.* & Alciat. *lib. 3. de verbor. signific.* Item quia vsufructu legato alicuius praedij, non est dubium, quin etiam iter censeatur legatum, *l. seruum filij, §. vltim. ff. de legat. 1.* & ibi Bart. & Iason. *num. 4.*

Ad confirmationem faciunt quae scribit Bald. *in l. 1. num. 3. C. communia de legat.* Nempe fundo legato censeri legatum palatium intra fines fundi extructum; aliàs legatum non cedit. Idem Bald. *in l. testatrix, in princip. ff. si seruit. vendic.* Quod si post conditum testamentum in area legata aedes extruantur, debetur vtrunque: vt habetur *in l. si area, ff. de legat. 2.* ibi: Si *area legata post testamentum factum aedificium impositum est, vtrumque debebitur, & area, & superficium,* ita lex.

Neque obstat quòd fundo legato, instrumentum non cedat legato, nisi expressè legetur, secundùm *l. vltim. de supellect. legat. l. cum fundus,* cum Gloss. *de fund. instruct.* modo instrumenta non sint fundo affixa, vt habetur *in d. l. cum fundus,* & Gloss. *in l. sed & si quid, § proprietatis,* & *ibi* Angel. *ff. de vsufruct.* quod si fundo sunt annexa, cedunt legato. Idem dicas si à cultura fundi non possunt amoueri: *l. cum scimus, C. de agricol. & censit.* Vnde inferes boues aratorios non pertinere ad legatarium, quia non sunt fundi instrumenta, ita Angel. *in d. l. sed & si quis, §. proprietatis, ff. de vsufruct.* Aretin. *cons. 159.* & Bald. *in l. item si fundi, §. seminarios, in tertio notabil. ff. de vsufruct.* Quando autem legatur fundus cum instrumento, cedunt legato spectantia ad fundi culturam: ita Abbas *cons. 88. num. 1. lib. 2.* latiùs tamen accipitur legatum si testator dicat: lego Berthae fundum instructum, quia in hoc euentu dicitur amplius legare, quàm dum ait, lego fundum cum instrumento, vt habes *in l. quaesitum, §. sed si fundus, de fund. instructo.*

Porrò si quis leget vsumfructum fundi, tunc sine dubio debetur legatario vsusfructus instrumentorum, cùm fructus aliter percipi nequeant. Bartol. *in l. 2. §. dotes, ff. de fund. instruct.* & habetur *in d. l. sed & si quid, §. proprietatis, ff. de vsufruct.* & *ibi* Gloss. Vnde boues aratorij censentur legati, quia sunt instrumenta fundi, & pertinent ad vtilitatem vsufructuarij, & in terminis confirmat Bald. *in l. item si fundi, §. seminarios, in tertio notabil. ff. de vsufruct.* quando maritus vsumfructum fundi vxori suae legauit, & ibi habebat boues aratorios, eos cedere legatariae respondit Alciat. *cons. 62. num. 14. lib. 9.*

Quaestionis tamen est, an si quis leget praedia sua, cedant legato horrea, in quibus fructus conduntur, & cellae vinariae, in quibus dolia continentur? Respondeo contineri sub legato. Ratio, quia tam horrea, quàm cellae vinariae destinata fuerunt à testatore ad recondendos fructus, & illis vsus fuit ad hoc, & voluntas testatoris ex vsu magis declaratur, quàm ex alia coniectura: per text. *in l. praedijs, §. Titio, ff. de legat. 3.* & *ibi* Bartol. & *in l. 1. §. editiones, ff. de edend.* item quia *in d. l. praedijs, §. Balneas,* habetur re à testatore legata, legato cedere omnia, quae à testatore possidebantur ad vsum illius, seu pro vsu ipsius rei legatae: quin addit ibi Iurisconsultus contineri sub legato hortum, quando domus causa hortus comparatus est, & legata domo hortus etiam legatus censetur, cùm domus causa emptus fuit: sicut fundo legato continentur pascua empta pro fundi vtilitate, si testator sub vno nomine ea possidebat: per text. *in l. fcia. ff. de fund. instr.* Alex. *cons. 169. n. 9. vol. 5.*

Idem dicendum quando quis legat praedia cum suis pertinentijs, continentur omnia loca, vbi fructus conseruantur: dicuntur autem pertinentiae, quae sunt pro vsu ipsius rei: ita Socin. senior. *cons. 47. lib. 1.* subdens, si quis vendat praedia, & possessiones cum suis iuribus, & pertinentijs vendere etiam nemus destinatum ad vsum illarum possessionum. Idem tradit Decius *cons. 516. n. 23.* Similiter si quis leget argentum potorium in quo bibi potest, & omne illud continetur quod ad praeparationem potandi inseruit, *l. in argento, in principio, ff. de aur. & arg. legat.*

De Lana legata dubitari potest quid intelligatur nomine lanae? Respondeo intelligi omnem lanam separatam à corpore animalium, siue tonsa sit, siue non; itaut si pellibus detractis adhuc haereat, debeatur simul cum pellibus, non tamen debetur lana adhaerens adhuc corpori animalium viuorum. Denique cedit legato lana omnis, de qua nondum tela facta est; nec non lana, quae non tincta est, eò quia lana iam tincta, vel contexta pluris multo valet, & accrescit in pretio. Secùs dicendum de lino legato, quia sub hoc comprehenditur linum etiam in tela positum, vel tinctum, vt constat ex *l. si cui lana, ff. de legat. 3.* & *ibi* Gloss. Bart. & communiter Scribentes, quem textum commendat valde Alberic. *in eadem l.*

Caeterùm legata domo si postea diruatur, debetur 341
area, quae superest, tanquam pars rei legatae: text. *in l. si grege, vers. fin. ff. de leg. 1* per haec verba, ibi: *quemadmodum insula legata, si combusta esset, area posset vendicari:* Bart. *ibi,* post Gloss. Ordin. eò quia meum est, quod ex re mea superest, cuius vendicandi ius habeo, per *l. solum, §. meum, ff. de rei vend.* & *ibi* Bart.

& Alber. Sed his obest quod disponitur *in l. mortuo bove. ff. de legat. 2.* vbi dicitur quòd mortuo bove non debetur pars, nec corium: quia ibi sermo est de re sub conditione legata, quæ periit pendente conditione in vita, vel post mortem testatoris. Item legatâ simpliciter areâ debetur ædificium postea super illa impositum, tanquam augmentum rei legatæ: text. *in l. si area, ff. de legat. 2.* his verb. *si area legata post testamentum factum ædificium impositum est, vtrumque debebitur, & solum, & superficies*: sequitur Paulus de Castr. *in d. l. si ita legatum, §. si domus, ff. legat. 1.* Spin. *gloss. 8. num. 36. & 38.*

Hinc fit vt si grex legetur, & illi aliqua capita accrescant viuo testatore, aut nascantur, aut emantur, pertineant ad legatarium; sicut si vendantur, vel pereant omnia capita illius gregis, vel pars illius, legatario pereant: habetur *in §. si grex Instit. de legat. l. si grege, ff. de legat. 1. l. equus, ff. de vsur.* Eodem modo si peculium legetur, & minuatur; incrementum, vel decrementum cedet legatario: *§. si peculium, in princ. ff. de legat. 2. l. denique, §. vltim. ff. de pecul. legat.*

Adde quando legatur fundus, qui postea accreuit, vel alluuione, vel emptione, vel aliqua alia ratione legans illum adauxit, ita quod partem adiectam fundo, non possederit tanquam prædium à fundo legato separatum, post testatoris mortem, incrementum veniet in legato, & cedet legatario. Similiter decrementum factum testatore superstite, legatarius patietur. Idem dicas, si quid augeatur domibus, vel cæteris rebus legatis, vel detrahatur, per *l. cum fundus, ff. de legat. 2. l. si statuam. ff. de aur. & arg. leg. §. ædibus, Instit. de legat.* Molin. *de iustit. disp. 194. §. item si fundus, fol. 1189. & seqq.* Spin. *d. gloss. 8. num. 36.*

342 Ambigitur item an legatarius ante mortem testatoris legatam sibi rem emens, aut alio titulo acquirens, possit illam petere mortuo testatore? Bart. *in l. plane, §. quod si ea rem, ff. de legat. 1 & in l. si à substituto, eodem tit.* & *ibi* communiter Scribentes tradunt, quando res legata erat aliena, & illam legatarius emit, & fuit consequutus à vero domino, vel ab alio tertio in vita testatoris, vel post mortem eius scienter, vel ignoranter, non amittere legatum, sed posse petere pretium, & æstimationem siue sit relictum pure, siue sub conditione. Contra verò si legatarius emat rem sibi legatam ab hærede, non potest petere pretium, neque æstimationem, quia censetur renunciasse legato; vt in specie vult Ioann. de Imol. *in d. l. si à substituto.* Quòd si res erat propria testatoris, & fuit legata pure, & legatarius illam emit, vel fuit assequutus ab ipso hærede ignoranter, superstite adhuc testatore, vel eo defuncto, potest petere pretium, vel æstimationem, quia non perdidit legatum: est communis *in l. huiusmodi, §. qui seruum, ff. de legat. 1.*

Cæterum quando res est propria testatoris legaturque in diem, aut sub conditione, bene potest legatarius emens illam ab ipso hærede, petere pretium, aut eius valorem, vsque ad aduentum conditionis, si eam acquisiuit pendula conditione, scienter, vel ignoranter in vita, vel post mortem testatoris: ita text. *in d. l. si à substituto. de legat. 1.* & Gloss. *ibi*, & communiter Scribentes, text. *in l. 4. ff. ad leg. falcid.* quia iuri de futuro non potest renunciare, vt *in l. si ita scriptum, §. 1. ff. de legat. 2.*

Aut si placet vt paucis plura complectamur, distinctione negotium temperetur ita: aut enim dominus factus est legatarius rei legatæ, ex causa onerosa, puta, emptionis, aut alia simili; & tunc ex testamento potest consequi pretium: aut ex causa lucratiua, veluti ex donatione dominus legati factus est, & in hoc euentu nequit agere vt sibi æstimatio soluatur, quia certi iuris est duas causas lucrosas in eundem hominem, & eandem rem non posse coincidere, *§. si res aliena, Instit. de legat. & l. omnes, ff. de act. & oblig.* & ex hoc quidem palam fit, si ex duobus testamentis res eadem debeatur eidem, multum conducere an eam, aut æstimationem ex testamento priùs fuerit consequutus: etenim si rem penes se habet, non potest agere, quia eam possidet lucrosa ex causa: si æstimationem, potest agere, *d. §. si res aliena, in fine, Instit. de legat.* Nihilominus qui præcipit rem alteri acquiri, non censetur legare rem, sed eius æstimationem, proinde, quamuis legatarius ex causa lucrosa consequatur rem ipsam, non propterea expirat actio: ita Bart. *in l. Titia, la 2. in princip. n. 1. de legat. 2.* Deinde obseruat agere posse legatarium vsque ad pretium tantùm, quod sibi abest: quare si paruo pretio, illud consequi debet, si res fuit empta ab eodem, quoniam in eo, quod non potuit amittere, & de facto non amisit, legatarius censetur habere causam lucrosam: *l. plane, 1. § quod si rem,* & *ibi* Iason *n. 4. in fin. de legat. 1.* Contra verò si acquisiuit rē magno pretio, debet esse contentus pretio iusto, vt Iason *in d. §. quod si rē, n. 4.* Neq; enim potest cogi hæres, vt redimat rē magno pretio, sed sufficit iustam æstimationem præstare. Alexand. *cons. 9. n. 15. vol. 1.*

Non erit tamen abs re dicere ex iure Pontificio, remota omni distinctione, nullius esse momenti legatum rei alienæ: & ex consequenti non esse præstandam æstimationem rei legatæ, etiamsi testator sciat rem esse alienam; secundum *cap. filius, de test.* vbi dicitur, quòd legatarius, qui virtute legati rem alienam legatam sibi retinebat, teneri illam vero domino restituere, cùm omni lege diuina, & humana teneatur quis alienam rem restituere; ideo debet restitui, vt text. *ibi* loquitur. Atque ita secundùm ius Pontificium, non valet legatum rei alienæ, quando testator, qui sciebat rem esse alienam, scienter illam detinebat, & non præcepit in suo testamento vero domino reddi, imo potiùs illam alteri legauit: in quo euentu præsumitur contra testatorem, quòd voluerit eam indebite vsurpare; ac proinde non valet legatum quo ad ipsam rem, cum sit aliena, neque quo ad æstimationem, quia repugnat voluntati testatoris, qui non valorem, sed rem ipsam legare voluit, & ita legatarius retinendo, vel petendo legatum, facit contra septimum præceptum Decalogi. Limitatur tamen in legato rei alienæ ad pias causas, vt per Tiraq *de priuileg. piæ causæ, priuileg. 66* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 116 n. 31.* vbi ex *n. 32.* disputat, quando præsumatur testator sciuisse, vel ignorasse rem illam legatam à se, esse suam, vel alienam.

Ex quo *cap. filius,* tacitè infertur aliud esse constitutum legibus Ciuilibus, quàm quod à Summo Pontifice ex iure diuino decernitur, vt expendit Abbas *in d. c. filius, n. 3. de test. & in c. cum esses, n. 18. eodem tit.* sequitur Felin. *in c. Ecclesia sancta Maria, n. 51. de const.* sequitur Iason *in l. apud Iul. §. constat, n. 45. vers. 2. de legat. 1.* Tamen hæc sententia ex *d. c. filius,* non omnino placet, nec probatur, cùm diuersis modis concipiatur intellectus illius capitis, vt vult Iason *in l. cum alienam, n. 11. C. de leg.* & Couar. *in d. c. filius, n. 5.* & communiter recipitur intellectus, quem tradidit Innocentius dicens, aliud statutum esse à iure Canonico, & aliud à Cæsareo, quando legatur res Ecclesiastica, sicut ille textus loquitur, qui cùm sit correctorius iuris Ciuilis, non videtur corrigere nisi modo, quo specialiter expressit, *l. præcipimus, in fin. C. de appell. c. cum expediat, de elect. & elect. potest. lib. 6.* Est communis, & sequitur Alexander sibi non constans *in d. l. cum alienā, n. 4. C. de leg.*

Quare non videtur dicendum abs re esse, legem ciuilem iniustam esse, & rationi contrariam; proinde si testator sciat alienam esse rem, quam legare vult,

&c.

& de facto legat, ne opinemur inutiliter voluisse legare, videtur tenendum, ipsum voluisse rem ab hærede redimi, vt tradatur legatario: quòd si dominus nolit eam vendere, iustam illius æstimationem esse præstandam, per *d. §. Non solum, Instit. de legat.* Neque lex dici potest iniusta, quæ disponit vltimam voluntatem testatoris esse mandandam executioni eo modo, quo potest, quia certum est illam modis omnibus esse adimplendam, *cap. Vltima voluntas, 13. quæst. 2.* & competit iuri publico sortiri suum effectum, *l. vel negare, ff. quemad. test. aper.* Quamobrem nihil gratius esse potest defuncto, quàm vt voluntas illius, eo in puluerem soluto, adhuc memoria hominum retineatur: *§. Hæc quidem, vers. & nullus, & §. vltim. in Authent. de hæred. & falcid.*

343 Illa autem difficultas occurrit, an si testator faciens prælegatum hæredibus institutis inæqualiter, debeatur viriliter; an verò pro portionibus hæreditariis? Dicendũ est si propriis nominibus hæredes sint vocati, vt, Petro, & Paulo hoc lego: æqualiter esse diuidendum prælegatum inter illos. Contra verò si testator dicat: hæredibus meis Petro, & Paulo hoc mando, diuidendum est pro portionibus hæreditariis, quia tunc non nominatim propriis nominibus, eos vocat, sed nominibus appellatiuis vt *hæredes meos*, text. notab. in *l. seruus vni, §. fin. ff. de legat. 1.* per hæc verba ibi: *si ex pluribus hæredibus ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit, hæredes non pro hæreditaria portione, sed pro virili ad legatum habere debent:* Sequitur *ibi* Gloss. & est communis Doctorum sententia, Gomes. *variar. c. 12. n. 42.*

344 Nihilominus si legatum relinquat testator fratri suo, & eius filiis; frater cum filiis æqualiter succedet in legato relicto, ita vt filij dimidiam partem habeant & pater alteram dimidiam, quia dictio *cum* magis quàm particula, *&*, coniungit, *l. si quis Titio, ff. de vsufruct. accrescend.* ita omnes in *l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthum.* vbi Iason *n. 3n.* vocat communem, & Iulius in *§. Testamentum, q. 8n. conclus. 4.* concludens filiis dimidiam partem, & patri alteram dimidiam adiudicari: ita Cæpol. *cons. 52. col. 2.* & alij quos referens sequitur Menoch. *de præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 18. n. 15.* argumento testatoris substituentis fratres, & eorum filios, quos tunc habebant, nec alij futuri sperabantur. In quo euentu pater, & filij eodem tempore, & æqualiter concurrent: Ioan. Baptist. à sancto Seuerin. *cons. 14. inter consilia Alexandri, vers. Interdum, n. 10. vers. Tertia conclusio, & vers. Quarta conclusio, lib. 4.* Idem dicendum quando vocantur filij nomine collectiuo; quia pro vna persona reputantur, vt in *l. liber homo, post principium, l. Titius fundi, ff. de hæred. instit.* quod ibi in *l. interdum, ff. de hæred. instit.* limitandum est; nisi filij æquè substituantur, quando videlicet testator ait: Fratrem, & eius filios æquè substituo: quia in hoc euentu in capita cũ patre succedũt: Afflict. *dec. 309.* & Alex. *cõs. 55. vol. 4.*

345 Sequitur dicendum de legatis piis, & profanis, si concurrant in eodem testamento, quænam eorum debeant præferri, & an vtraque possint retineri in testamento nullo? Quoad primum, dicas, legata pia esse præferenda: quinimò legata ad pias causas relicta in testamento ad non pia inualido ob defectum solemnitatis valent: Molin. *de inst. tract. 2. disp. 134.* & cum multis probat post Couar. *ibi, fol. 727.* subdens etiam deberi ante aditam hæreditatem, & esto hæreditas repudietur, *pag. 730. litt. B.* & est verum secundùm magis communem, de qua testatur Tiraq. *in tract. priuileg. pia caus. priuileg. 3.* Couar. *in c. Relatum, el primo, de testamen.* & Iul. Clar. *§. Testamentum, q. 7.* & indistinctè legata omnia in minus solemni testamento, quando constat de voluntate testatoris, debentur in foro conscientiæ, vt post multos tradit Ceuall. *commun. contra commun. q. 71. & q. 137.* post Bartol. *in tract. Minorit. lib. 1. c. 3.* quem sequitur Antonin. in *c. quia plerique, n. 9. vers. Ex his patet, de Immunit. Eccles.* vbi Abbas *n. 43.* Idẽ *in c. cum esses, n. 10. de testam.* vbi Couar. *n. 4.* dicit hanc opinionem cõmunem, post Mench. *de success. creation. §. 1. n. 23.* Gom. *l. 3. Tauri, n. 123.* Syluest. *verbo, Hæreditas, 3. q. 7.* Sotus *de iust. lib. 4. q. 5. art. 3.* Medin. *de restitut. q. 23.* Tiraq. *ad leges connubiales, gl. 4. n. 22.* Ratio, quia solemnitas iuris in testamentis solum requiritur ad vitandas fraudes: ergo cessante periculo fraudis, & comperta veritate de mente testatoris, illi standum est; valebitque saltem in foro conscientiæ: ita Innoc. *in c. quod sicut, n. 8. de election.* Felin. *in c. quoniam contra falsam, de probation.* Ideò hæres tenetur soluere legata in minus solemni testamento relicta in foro conscientiæ, quia veritas de voluntate testatoris facit cessare præsumptionem falsitatis; quibus accedo cõtra multos, de quibus Ceuall. *sup.*

Quæ verò habeant priuilegia legata dotalia, & 346
an transmittantur ad hæredes, controuerti potest: In primis dotis causa ferialibus diebus agi potest: Tiraquell. *de pia causa, priuileg. 156.* Caldas Pereira, *quæstion. Forens. lib. 2. q. 5n.* Cardol. *in prax. Iudic. verbo, Feriæ, n. 5.* & Lara *in l. si quis à liberis, §. si vel parens, n. 9. cum seqq. ff. de liber. & posthum.* Item dotis causa per testes singulares probatur, vt tradit Peregr. *cons. 106. n. 8. in fin. lib. 3.* Aldouin. *cons. 53. n. 5.* & Barbos. *de testib. c. 4. n. 67.* Quinimò in dotis causa alienatio rei litigiosæ valet, *l. fin. ad fin. C. de litigiosis.* Cardin. Tusc. *littera L, conclus. 386. n. 15. in verbo, litigiosi vitium.* Nam priuilegia dotis omnia generaliter cõpetunt & piis causis. Tiraq. *de causa pia, priuileg. 158.* vbi refert dotis priuilegia; vnde legatum dotis dicitur, pium, per text. *in l. Cum hic, §. si mulier,* ibi: *pietatis causa,* & *ibi* notant Bald. Angel. & Florian. *ff. de condict. indeb.* & voluit Ioan. Andr. *in c. sua nobis, in vers. Alios, extra, de decim.* Quod extenditur ad dotem à patre relictam filiæ: Alexand. *in l. si certis annis, col. 3. C. de pact.* & alij apud Tiraq. *ad præfationem causa pia, fol. mihi 12.*

An autem transmittantur legata dotis ad hæredes legatarij, contentio est? Ratio dubitandi est, quia dos regulariter est conditionalis, & quæ relinquuntur sub conditione, non acquiruntur plenè, nisi conditione adimpleta, & transmitti nequeunt. Requiritur ergo, vt transmittantur, quòd relinquantur purè. Bart. in *l. Titio, §. Titio genero, n. 2. de conditionib. & demonstrat.* & Paul. *in cons. 25. n. 58. lib. 2.* vt autem cognoscatur quando legatum dotis dicatur cõditionale, tradit Bart. *in d. l. Titio centum, n. 1.* videlicet quando legatum fit ab extraneo, censetur namq; relictum si nupserit puella illa: sequitor Baldus, & Castrens. *ibid.* & Angel in *l. Titio, de legat. 1.* & idem in *cons. 249.* nisi constet de voluntate testatoris extranei, quòd voluerit relinquere legatum purè. Crauet. *in cons. 101. n. 2. vers. 3.* Couar. *in cap. Nos quidẽ, n. 11. de testam.* Vnde sequitur si pater relinquat filię dotem, seu legatum dotis, præsumi eam purè legasse, ita Bartol. *in d. §. Titio genero, n. 4.* Ancharan. *in cons. 323. Ista omnia,* & Socin. senior in *cons. 92. n. 8. lib. 1.* Ruin. *in cons. 74. n. 19.* Ex ea ratione; quia pater tenetur relinquere legitimam filiæ purè, & sine conditione, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffi. testam.* Cùm autem dos loco legitimæ succedat, & pater dicatur relinquere id pro legitima, præsumitur purè relicta. Menoch. *cons. 251. ex n. 29. & à n. 32.* vbi cõcludit dotem legatam à patre filiæ, præsumi purè legatam, non autem sub conditione relictam, nisi relinqueret dotem vltra legitimam, vel contemplatione certi matrimonij; tunc enim idem dicendum, quod de extraneo, scilicet relictum sub conditione

si nupserit: Bartol. *in d. §. Titio genero, num. 4.*

347 His addendum est, quomodo sit intelligendum legatum relictum de vestibus vxori à marito, quas habet in domo. Tiraq. *post leges Connubiales, n. 15,* post Bald. in *l. ex facto, n. 4. vers. fuit etiam disputatum, ff. de hered. instituend.* tradit non solùm vestes, quas habet in domo, censeri legatas; sed etiam pannum apud sartorem ad vestem conficiendam existentem, cùm iam videatur esse in domo, considerata voluntate testatoris: sequitur Felin. in *c. Cum adeò, n. 5. de rescript.* Probatur, quia sub nomine eorum, quæ sunt in loco certo, veniunt quæ ibi esse consueuerunt, vel quæ sunt destinata vt ibi sint, quāuis alibi inueniantur, vt patet ex *l. quæsitum, §. vltim. de fund. instruct.* An vero de vestibus festiuis intelligatur legasse? Affirmat Bart. in *l. librorum, §. vltim. ff. de legat. 3. & l. vltim. §. vxori, ff. de aur. & argent. legat.* Bald. in *l. in legatis, n. 2. C. de legib.*

Sed quid dicendum, quando vestes relinquuntur pauperibus à testatore per hæc verba: Relinquo vestes meas pauperibus? Bartol. *in l. si ita esset legatū, ff. de aur. & argent. legat.* & Gomes. *1. variar. c. 12. n. 49.* & Bertachin. *in Repertor. verbo, legatum vestium, in principio,* volunt subintelligi legatum de vestibus tantùm, quas habebat tempore conditi testamenti, non autem vestes, quas postea obtinuit, siue sericæ sint, siue non. Si autem addat vestes meas etiam sericas, & festiuas relinquo pauperibus; tunc debent vendi, & pretium distribuendum inter pauperes, quia tales vestes non competunt egenis, sed æstimatio illarum.

Quid si testator leget vxori domum suam, & omnia, quæ in ea sunt; nunquid veniunt sub legato, quæ ibi sunt venalia? Respondeo negatiuè, sicut nec illa, quæ mercimonij causa sunt comparata, per *l. Generali, §. vxori. ff. de vsufruct. legat.* per quem text. Bartol autumat, quòd quando testator legat vxori omnia, quæ in domo habet, non contineri frumentum quod habet ad vendendum: accedit Iason in *§. Item Seruiana, n. 45. cum sequentib. Instit. de action.* Proinde legata domo cum omnibus ibi contentis; ea duntaxat censentur legata, quæ ad vsum domus sunt deputata; atque ita non comprehenduntur sub legato ea, quæ in domo existunt, non vt ibi perseuerent perpetuò, sed vt transferantur huc, atque illuc: ita Paris. *cons. 80. n. 40. cum sequentib. vol. 2.* & Purpurat. *cons. 301. num. 1.* addítque tapeta, & peristromata etiam serica, quando testator legat domum cum reliquis spectantibus ad vsum ipsius, contineri sub legato, quamuis tempore, quo fuerunt legata non essent in domo, cùm ad ornatum domus essent destinata. Vnde colliges mobilia existentia in domo, non tamen ad vsum domus comparata, legato non cedere: secus si ad vsum domus sunt deputata, etiamsi tempore testamenti domi non essent: Purpurat. *supra.*

Contra verò si testator dicat: lego fratri meo quidquid haben in tali domuncula, non cedunt legato nisi quæ ibi erant tempore conditi testamenti; non autem quæ postea fuerunt in domūcula posita, testatore ignorante: secùs si fuerunt posita sciente, & volente testatore, vt habetur in *l. Cum ita legatur, ff. de legat. 2.* & *ibi* Gloss. Bald. Imol. & est communis. Nec refert quod dicitur in *l. si ita legatum, ff. de aur. & argent. legat.* vbi decidit legatis vestibus, vel rebus suis certi generis, venire dumtaxat illas in legato, quæ erant propriæ testatoris, quando testator fecit testamentum; non autem, quæ deinceps fuerunt comparatæ, quia est ratio diuersa: nam primo loco legans remisit se ad res inuentas in loco certo, hoc est in illa domuncula: vnde postea illatæ veniunt in legato, & sunt legatarij: In posteriori autem loco retulit se testator ad res suas proprias: ideirco non obtinebit legatarius, quæ postea acquiruntur, *d. l. si ita legatum ff. de auro & argent. leg.*

Porrò legatum relictum cum onere missarum 348
singulo quoque anno consanguineæ, aut extraneæ; an sit perpetuum, aut vitalitium, ambiguum? Esse vitalitium ex eo probatur, si verba legantis dirigantur in personam consanguineæ, seu extraneæ immediatè, argumento priuilegij personalis, quod censetur tale si in personam verba scribantur: *l. Priuilegia, ff. de regul. iur. Instit. de iur. nat. gent. & ciuil. §. sed & quod principi* Bald. in *l. Maritum, ff. soluto matrimonio.* Secùs si verba tendant ad rem, tunc priuilegium est reale: Gloss. *Clement. 1. verbo, Excolendas in fine, de censib.* Gloss. fin. *cap. tua, de his quæ fiunt à Prælato.* Petrus Barbol. in *l. Quia tale, n. 2. & 3. ff. solut. matrim.* Contra tamen, si verba legantis immediatè dirigantur ad personam, vt vult Tiraquel. *de primogen. quæst. 59. num. 1.*

Dicendum tamen est legatum annuum factum Conuentui, vel Ciuitati, non deberi post centum annos, Glossa notabilis in *l. si vsusfructus municipibus, de vsufruct. legato,* Alex. *cons. 60. 1. p.* & notatur in *l. penult.* cum Gloss. *ff. de annuis legat.* Fauore tamen Reipublicæ quoad imponendam rationē falcidiæ, legatum annuum perpetuum, triennale censetur; *l. 3. §. Item si Reipublica, ff. ad l. falcid.* Bertachin. *in Repertor verbo, legatū annuū, vers. 9.* Item legatū annuum simpliciter factum intelligitur perpetuum, *l. Annua, in fin. ff. de annu. legat.* nisi fiat Reipublicę vt dixi; quia intelligitur scilicet pro triennio tantum, *l. 3. §. fin.* per Doctores, & Angel. *ad l. falcidam,* sed si fiat Ecclesiæ, vel pauperibus, intelligitur perpetuum. Bertachin. post. Bartol. & Angel. *supra n. 20* Cum ergo legatum consanguineæ relictum cum onere missarum induat rationem causæ piæ; censebitur perpetuum, & non vitalitium.

Quid si relinquatur legatum ad matrimonium, 349
an amittatur per fornicationem? Respondetur si legatum factum fuit à patre sub modo, & non sub conditione vt nubat consequi legatum non obstante fornicatione, Molin. *tom. 1. de iust. disp. 249. ad fin. ex l. 2. § vltim. ff. de donation.* Ratio est quia fornicatio interueniens se habet quasi disparatè ad dispositionē testatoris legatu conferentis, vt enim subsisteret non apposuit conditionē vt legataria nō fornicaretur, vel vt caste viueret. Sed tantū apposuit modū illum conferendi legatū in ordine ad nubendū, cū quo modo cohærere potest turpitudo præsertim clancularia, nec adeò frequētata: at verò legatū, quidquid dicat Dec. *ad reg. in testam. 12. n. 3 ff. de reg. iur.* non debet numerari inter odiosa, quibus danda est stricta interpretatio: sed quod benè, & latè cōfirmat Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 7. tit. 1. n. 14.* Legatū recensetur inter fauorabilia, quæ sunt benigne interpretanda, atq; ita mens testatoris non est cum eo rigore sumenda, vt poterit noluisse tribuere legatum in ordine ad matrimonium: si labes, cuius nō meminit, ex parte personæ legatariæ interueniret. Est autem longe dispar ratio huius euentus, & illius alterius, quo testator legatum reliquerit mulieri si pudicè viuat; circa quod variant sententiæ, vt videre est apud Sanch. *2. de matrim. disp. 91. à n. 31.* ibi enim vita pudica est conditio, sine qua testator noluit beneficentiam suam expromere. quæ conditio, sine qua non, deest in euentu, de quo agimus.

Iam si legatū sit sūmæ pendendæ quotānis, & per 350
annos quāplures non soluatur, dubitatū est an præscribi possit? Qua in parte idē statuendū de legato, quod de aliis debitis, quæ passim quidem dicuntur tēporis longitudine non præscribi; attamen si bona fides non deest, & debitor ob dilatam, & non petitā

tanto

tanto tempore solutionem persuadeat sibi bona fide debitũ esse condonatũ; vtiq; præscribitur debitũ, idq; fieri spatio triginta annorũ, habetur *in l sicut in rẽ, C. de præscript. 30. vel 40. annor.* & ita docent Cardin. Tuschus *tom. 6. cõcl. 568.* Couar. *ad reg. possessor, p. 2. §. 11. n. 4.* Ant. Bellon. *ad decis. 203. Rotæ Genuẽsis*, aliiq; non pauci: idẽ ergo statuendum esse de præscriptione legati annuatim pendendi, & longo illo tẽpore non persoluti: Neq; enim esse potest potior ratio legati à testatore assignati vt præscribi non possit, quàm cæterarum rerũ, in quibus præscriptio valet, & transfertur dominiũ etiam in foro conscientiæ, si supponatur bona fides præscribentis: qua de re *suo loco* pleniùs.

351 An legari possit res aliena, controuersia est in qua DD. inhærẽtes iuribus ciuilibus respondẽt affirmatiuè, Ita enim statuitur *l. cũ alienã, C. de legat. & Inst. de legat. §. nõ solũ*, vbi dicitur, rem alienã legari posse: adhibẽda tamen est limitatio, quę apponitur *d. §. nõ solum*, nimirum vt si testator sciuit rem, quã legabat, esse alienã, teneatur hæres illã rem alienã comparare, & tradere legatario; quòd si Dominus rei nõ consentiat in rei legatæ distractione, teneatur hæres dare legatario quantum iusta æstimatio tulerit; in dubio autẽ an testator sciuerit rẽ esse alienã, incumbit legatario onus probandi, quod testator sciuerit rem legatã esse alienã: alioquin hæres exsolueretur ab obligatione persoluẽdi legatũ: cùm enim constet rem legatã esse alienã, nec dubitetur, rem simpliciter alienã legari non posse, præsumptio stat pro hærede & necessitas probãdi scientiã, mentémq; testatoris incũbit actori, qui in hac parte est legatarius, & ita latissimè Menoch. *lib. 4. de præsumpt. tot. præsũpt. 116.* Subscribũtq; Cou. *ad c. filius noster, à testam. à n. 2.* Mãtic. *de coniect. vltim. volun. lib. 9 tit. 9. n. 4.* Ant. Gom. *tom. 1. var. c. 12. n. 13.* Molin. *tom. 1. disp. 196.* Sanch. *lib. 4 Decalog. c. 15. n. 45.* qui alios præterea adducunt. Sic igitur res habet, cùm testator sciuit rem a se legatam esse alienã. At si testator ignorabat rem, quam legabat, esse alienã, tunc Auctores prædicti fatentur legatũ esse nullũ, nisi sit factum personæ valdè coniunctæ, vt vxori, fratri, aut amico admodũ intimo, quibus præsumi posset testatorem, etiamsi sciuisset rem esse alienam, voluisse tamen eam legare, aut eius æstimationem, si comparari ab hærede non possit: ad hunc igitur modum DD. inhærentes iuribus ciuilibus statuunt de illa controuersia an res aliena possit legari.

Est tamen contra prædicta iura Ciuilia difficilis text. *in c. filius noster, de testam.* vbi Pontif. Gregor. IX. agens de legato ad pias causas, claré decidit legatũ rei alienæ esse inualidum: Verba Gregorij sunt ista. *Filius noster sic cõquestus est quòd quondã P. pater suus aliqua Ecclesiæ vestræ sepulturæ suæ gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges sæculi hoc habent, vt hæres ad soluendum cogatur, si alter eius rem legauerit alienam: sed quia lege Dei, non autem lege huius sæculi viuimus, valde mihi videtur iniustum, vt res tibi legatæ, quæ cuiusdam Ecclesiæ esse perhibentur, à te teneantur, qui aliena restituere debuisti.* Ita Gregor. IX. Pontifex Maximus.

De intellectu autem huius difficilis text. agunt Marcus Antonius Genuen. *in practicab. Eccles. q. 187.* Girond. *de priuileg. & exempt. explicat. n. 1437.* & Gregor. Lop. *l. 10. verbo, de la comprar, tit. 9. part. 6.* & Spin. *Gloss. 8. n. 45.* vbi *n. 46.* ex aliis vult quòd ex vi huius text. non fuit in dubio circa valorem legati quoad æstimationem, sed solùm actum fuit de obligatione legatarij retinẽtis virtute legati rem alienam sibi legatam; teneturque illam vero domino reddere, cùm decernetur deberi restitui. Quod probatur ea lege diuina, & humana rem alienam esse restituendam. Vnde attento iure Canonico tale legatum non posse sustineri dicendum est, quando testator sciens rem esse alienam, scienter illam detinebat, cùm teneretur præcipere in suo testamento vt res suo domino restitueretur: ex quo facto cùm illam alteri legaret, præsumitur contra illum, quòd voluerit rem sibi vsurpare, eius proprietatem legare, & consequenter legatum non valere quoad ipsam rem, quæ est aliena, nec quoad æstimationem, & repugnat voluntati legantis, qui rem ipsam, & non æstimationem illius legare ostendit, & hoc modo legatarius iniustè retinet, & iniustè petit; excepto si legetur ad pias causas: Tiraquel. *de priuileg. piæ caus. priuileg. 66* & Menoch. *lib. 4. præsumpt. 116. n. 31.* Non tamen ex hoc interdicitur legatario æstimationem legati petere iuxta leges Ciuiles, secundùm quas valet legatum quoad æstimationem, vt constat ex textu in *l. Cum alienam rem, C. de legat.* & resoluit Anton. Gomes. *tom. 1. variar. cap. 12. n. 15.* Tamen secundùm ius Canonicum, declaratur legatum non subsistere, neque quoad æstimationem, neque quoad ipsam rem; quia leges Ciuiles fundant se in præsumptione, & excludunt præsumptionem peccati in testatore: Ius autem Canonicum præsupponit tanquam certum testatorem scientem rem esse alienam, scienter illam detinere, & noluisse illam vero domino restituere; vt tenebatur in conscientia: sed potiùs illam alteri legauit: ex quo sequitur præsumi contra testatorem, quòd voluerit illam sibi vsurpare, & eius proprietatem legare; atque ita nihil valet legatum nec quoad rem alienam, nec quoad æstimationem illius; quia rem ipsam legare voluit, & non æstimationem: ita Tiraquell. *de priuileg. caus. piæ, priuileg. 66. §. sed tu tene*, vbi excipit legatum rei alienæ piæ causæ factum, & relictum coniunctæ personæ, etiam ignoranter factum, quod valet, & debetur æstimatio: per text. in *d. l. Cum alienam*, ibi: *Nisi proximæ personæ, vel vxori, vel alij tali datum sit, cui legaturus esset, & si sciisset rem alienam esse.* Consonat Mantic. *de coniect. vlt. volunt lib. 6. tit. 11. n. 22. vers. Ex personarum autem coniunctione*, vbi concludit legatum rei alienæ, si testator ignorauerit rem esse alienam, non valere, nisi sit relictum coniunctæ personæ, vt vxori, & aliis, ex verosimili voluntate testatoris, qui præsumitur eodem modo legasse, si sciuisset.

Cæterùm vt redeamus ad verum intellectum *cap. Filius noster*, dicendum est communem huius capitis intellectum esse, vt nihil in eo statutum sit à iure Ciuili; attamen id solùm in eo interdici, vt res aliena repugnante domino sub specie legati a legatario non vsurpetur: legatarius namque cogi debet eam quamprimùm reddere domino suo, etiam si ab hærede valeat æstimationem illius postulare secundùm iuris Ciuilis decretum; & hoc solùm velle Epistolã Gregorij, quod Gloss. in *d. cap. Filius*, sentit, & Cyn. Salycet. & Paul. in *d. l. Cum alienam*, & Corneus *cons. 32. vol. 1. col. 11.* opinans hunc sensum esse communem, cùm iustum sit rem alienam inuito domino retentam suo domino restitui ex lege diuina, quæ iubet alienum restitui: atque ita leges Ciuiles nequeunt hanc restitutionem impedire: non tamen Summus Pontifex ex hoc leges Ciuiles quoad æstimationem improbat: vt ait Fortunius *in tract. de vltim. fin. illat. 12.*

Verus tamen, *huius cap. Filius noster*, intellectus est, Ecclesiam rei legatæ dominam rem ipsam requisiuisse ab alia Ecclesia legataria, & hæredem fuisse conquestum ex eo, quòd ipse tenebatur damnum compensare Ecclesiæ, cuius erat res legata in eo euentu, quo propriam rem non fuisset assequuta, vel quia sibi non erat in votis soluere Ecclesiæ legatariæ rei legatæ pretium, credens se non teneri ex iure aliquo soluere pretium rei legatæ, cùm non esset

clarum rem alienam legatam fuisse à testatore scienter. Quin imò licèt id constaret de scientia testantis Diuus Gregorius *in prædicta Epistola*, liberat hæredem à soluenda æstimatione rei legatæ, eò quia in pretium sepulchri Ecclesiastici legata esset, & ab illo qui filios hæredes instituerat, & hoc quidem Angel. etiam perpendit in *l. Cum alienam, circa principium, C. de legat.* & filiis relictum erat exiguum patrimonium. Ex quibus rationibus Pontifex fuit inductus vt tale legatum rei alienæ adeò detestaretur, vt neque æstimationem præstari voluerit: quæ æstimatio præstari debet, nisi aliud impediat vt in nostro casu: sicut regulariter in legibus Ciuilibus decernitur quibus ius Pontificium concors est, nisi expresse contradicat: *cap. 1. de noui oper. nunciat.* & hæc est communis Doctorum sententia; vt tradit Ruman. *cons. 176. n. 12.* Nam sicut leges non dedignantur imitari sacros Canones, sic etiam sacrorum Canonum statuta constitutionibus Principum adiuuantur. Quinimò quando in foro Ciuili casus est dubius, iuri Pontificio standum est: Menoch. *de arbit. lib. 1. q. 30 n. 3. & q. 74. n. 54. & cas. 185. n. 11. 12*

Apud Lusitanos etiam ex Ordinatione Regia *lib. 3. tit. 64. in principio*, ad ius Canonicum recurritur vbi de materia agitur, quæ peccatum concernit: & apud Castellanos deficientibus Legibus Regiis, & consuetudinibus Prouinciarum, recurritur ad ius Canonicum: prout Perez *in proœmio Ordinam. quæst. 3.* Burg. de Pace *l. 1. Tauri, n. 62. cum sequent.* Molina *in Emporio iuris par. 1. tit. 1. quæst. 16. n. 36.* & Azeued. *l. 5. n. 6. tit. 1. lib. 2. nouæ recopil.* Cùm ergo in casu *cap. Filius noster*, cùm sit dubius, non possum apud me statuere in hac ipsa huius capitis specie deberi legatario æstimationem rei alienæ legatæ, etiam scienter ab hærede, neque legatarium posse retinere eam rem sibi legatam, & traditam ab hærede, donec hæres æstimationem soluat: ita Couar. *in d. cap. Filius, n. 9. de testam.* & Mantic. *de Coniect. lib. 9. tit. 11. num. 6. & sequentib.* vbi *n. 10.* docet æstimationem non deberi si res Ecclesiæ Romanæ legetur, & multo fortius non deberi, si res legata data fuit Ecclesiæ ad certum vsum cum speciali interdicto alienandi.

352 Sequitur dicendum de legato relicto sub conditione, si nupserit de licentia hæredis, vel alterius, aut de eius consilio: Item de legato ne contrahat cum tali fæmina, vel de tali familia, & an valeat si aliter fiat: Item de legato relicto sub aliis similibus conditionibus? Quoad primum, an sit necessaria licentia patris ad consequendum tale legatum, ex eo probatur, quia voluntas patris non repugnat matrimonio, quando aliquid relinquitur, si placuerit patri; quia hæc conditio in contractu matrimonij tanquam honesta adiici potest; vt ex Theologia tradit Angel. de Clauas. *in sua summa, verbo, Matrimonium, impediment. 3. n. 3.* Syluest. *in summa, in verbo: Matrimonium 3. n. 4.* & probant text. in *cap. super eo, & cap. per tuas*, vbi Scribentes, *de condition. appos.* Ergo legatum relictum filio à parentibus vltra legitimam si contrahat de licentia alterutrius, valet; vt in specie volunt Anton. de Prato *cons. 136. à n. 17 tom. 1. consil. Ziletti de vltim. voluntatib.* Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib. 11. tit. 18. à n. 8.* Flores *in addition. ad Gammam decis. 316. aut 317.* vbi pro hac parte affert Menoch. *cons. 69. à n. 20.* & Cephal. *cons. 112. n. 5.* dicentes, conditionem appositam, si contraxerit de licentia patris, esse iustissimam, & honestissimam; quia lex multùm de patre confidit, & iniustum iudicat filium ducentem vxorem sine consensu patris: quinimò credit filium delinquere si sine causa faciat, neque credi potest quòd pater filios impediat, & se opponat contra matrimonium decens; atque ita non aufertur filio iusta libertas, sed iniusta ad contrahendum.

Contraria tamen sententia obligatio, scilicet ad obtinendam licentiam à parentibus, repugnat libertati requisitæ: est communis, & ex consequenti reiicienda indistinctè: probatur; quia leges, & iura reprobant similes conditiones, vt contrarias libertati matrimonij: ita Gamma Lusitan. *decis. 314. n. 3.* Suar. *lib. 3. fori, tit de los casamientos l. 2. n. 21.* Molin. *lib. 2. de primog. c. 13. n. 35.* Vasq. *de Controuers. illustrib. lib. 3. c. 94. à n. 14.* Molin. *tom. 1. de iustit. disp. 207. vers. in hoc tamen Regno*, vbi tradit sic fuisse iudicatum à Senatu Lusitano. Cùm ergo talis conditio repugnet libertati matrimonij, quod oportet esse liberæ voluntatis, cùm perpetuæ seruituti homo addicatur; ea conditione non obstante, legatum consequetur: & ideò quamuis filius debeat subesse patri, non tamen ita vt seruus, & mancipium; quemadmodum diceretur subesse, si cogeretur contrahere matrimonium de consensu patris: vt ponderat Sotus *in 4. dist. 28. quæst. 1. ar. 1. in fin.* Petrus Sotus *de matrim. lect. 4.* post D. Th. *in 4. dist. 19.*

Quoad secundum, de conditione contrahendi de consilio patris, certi iuris est huiusmodi onus non esse reiiciendum; sed admittendum: eo quia iussus facere aliquid cum consilio patris, vel alterius, tenetur petere consilium; sed non sequi: ita ex Theologis ferè omnib. Sotus *vbi supra*, & ex Professoribus iuris Pontificij, Nauar. *in manual. cap. 14. n. 15.* Mantica *d. lib. 11. tit. 18. n. 10.* Nam requirere consilium consanguineorum, & amicorum in matrimoniis cōtrahendis nō repugnat libertati matrimonij; imò potiùs fauet consuetudini illius: vt colligitur ex *l. 1. & l. viduæ, C. de nupt.* & hanc opinionem tradunt Iason in *l. Turpia, n. 4. de legat. 1.* Decius in *l. Femina, n. 38. de Regul. iur.* Crauet. *in cons. 1. num. 3. vers. solum superest.* Couar. *in Epitome de matrim. c. 3. §. 8. n. 3.* Ex quibus constat hanc esse communem, contra Aret. in *cons. 67. n. 1.* existimantem etiam hanc conditionem de contrahendo matrimonio cum consilio alterius, obstare libertati necessariæ ad ducendam vxorem; sed fallitur.

Cæterùm, si Paulus moriatur antequam illius consilium fuerit requisitum, tanquam defecta conditione, legatum non esse præstandum opinatur Ias. *in d. l. Turpia, de legat. 1. n. 4.* & Ruyn. *cons. 126. vol. 2.* & videtur probari ex *l. cum tale § Rescriptum in fin. de condit. & demonstr.* vbi si conditio ita exprimatur si Bertha nupserit arbitratu Titij, si Titius in vita testatoris moriatur, quamuis desit conditio, mulieri subuenitur: ex ea ratione, quam textus reddit, quia suspensa quoque pro nihilo foret, nam illa conditio habetur pro non apposita, cum videtur afferre obstaculū matrimonio. Nihilominus conditio, si nubat cum consilio Titij, non obstat nuptiis; ergo non reiicitur: igitur, si non reiicitur, conditione deficiente, legatum debet intercidere.

Probabilius tamen est non amitti legatum, quoties per legatarium non stetit quominus impleatur conditio, quando decessit ille, cuius consilium erat requirendum: vt bene tradit Cardin. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib. 1. tit. 18. n. 11. vers. sed ego considero*, vbi vult hanc conditionem esse potestatiuam, quæ est quando eius impletio à sola voluntate eius, cui imponitur, pendet, vt in nostro casu. Molin. *de instit. tom. 1. disp. 206. fol. 1260.* si ergo est conditio potestatiua, qui parere conditioni non potuit: nec per ipsum stetit quominus impleretur, legatum subsistit: Sequitur Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 34. num. 27.* vbi *num. 26.* docet, si is, cuius consilium requiritur, absens sit, & periculum sit in mora, posse expediri actum absque eiusdem consilio: Gloss. *in Clement. 1. de for. compet. verbo, Diœcesanis*, Bart. *in l. si plures, ff. de exercit.* &

Abbas

Abbas *in d. Clem. n.* 17. Addit etiam Mantic. *d. §. sed ego considero*, si conditio merè potestatiua deficiat per casum fortuitum, non deficere legatum, quia tunc testator non censetur voluisse quòd dependeat ex viribus fortunæ. Cùm ergo obligatio sit petendi, non autem sequendi consilium, sequitur si per legatarium non stat, quòd impleatur, haberi debere pro impleta, quia parere conditioni non potuit.

Si autem conditio sit non nubendi alicui viro, aut aliquibus viris ita vt moraliter loquendo liberum sit fœminæ aliis nubere, & sub hac conditione illi relinquatur legatum, tenebit conditio: quod est verum nisi fœminæ auferatur legatum per modum pœnæ si cum aliquo matrimonium contrahat: quia in hoc casu conditio apposita per modum pœnæ non sustinetur; vt habetur *in l. Titio centum, §. Titio centū, ff. de condit. & demonstr.* Mol. *tom.* 1. *disp.* 207. *fol.* 1265. Mantic. *vbi supra, n.* 3. subdens posse testatorem alicui auferre legatum, vel hæreditatem sub conditione, si cum certo genere personarum contraxerit matrimonium: nam quamuis ademptio videatur facta nomine pœnæ, non tamen verè pœna infertur, per quam aliquid, quod sit proprium, absit, vel abfuturum sit: atque ita non potest dici propriè pœna, sed est certa lex & conditio rei, quæ datur, quod licet: & hoc modo inuitatur fœmina ad honestas nuptias propter lucrum: quod fieri posse tradit Oldrad. *cons.* 16. *n.* 1. & sequitur Felin. *in c.* 1. *n.* 19. *circa medium, de sponsalib.* Roland. *de lucro dotis, q.* 31. *n.* 9. vbi vult validam esse conditionem positam à testatore, quando legauit filiæ vltra legitimam vt non nubat nisi mercatori, vel filio mercatoris, aliàs cortuat legatum si filia primò nubat mercatori, & illo defuncto, nubat viro nobili, qui non est mercator, nec filius mercatoris, legatū amittere.

Quoad alia legata relicta sub similibus conditionibus, si Bertham scilicet vxorem duxerit, dicendum est intelligi completam si per illum non steterit, cui conditio fuit adiecta: *l. vier ex fratribus, & seqq. de condit. instit. & l. si post diem, § item si qua conditio, ff. quand. dies legat. cedat*, vbi dicitur espressè, si ita legatur, si Seiam vxorem duxeris, nec illa velit nubere, dies legati cedit; quia non sterit per legatarium, & per illam sterit quominus impleretur conditio. Mantic *vbi supra n.* 39.

Similiter conditio prohibens nuptias est valida in homine viduo, & in fœmina vidua. *Authent. de nupt. §. qua vero, col.* 4. *Authent. cui relictum, C. de indict. viduit.* A Costa *in l. cum tale, §. si arbitratu, limit. vlt. n.* 1. *ff. de condit. & demonstr.* Anton. Gom. *l.* 16. *Taur. n.* 8. *&* 1. *variar. c.* 12. *n.* 78. Couar. *in epitom.* 2. *p. c.* 3. *n.* 11. *§.* 9. Mant. *de coniect. vlt. volunt. lib.* 11. *tit.* 19. *n.* 2. quinimò valet conditio, & legatum viduæ relictum si arbitratu alicuius nupserit, & consensu: A Costa *in d. §. si arbitratu, ampliat. vltim. n.* 5. Matienz. *lib.* 5. *recopil. tit.* 1. *l.* 3. *gloss.* a. *n.* 17. & tenetur fœmina sequi eius arbitrium: quòd si noluerit arbitrari & fœmina nupserit, consequetur legatum cum per illam non steterit: ita A Costa *ampliat. vltim. n.* 6.

Item idem est dicendum, si prohibeantur nuptiæ non perpetuò, sed ad tempus, vel respectu aliquarum personarum, vel ob aliquam piam causam, vt paulò ante diximus. Hinc fit vt si legetur virgini, si nuptias non contrahat, vel arbitrio Titij nupserit; quod si contra fecerit, deuoluatur legatum ad aliquod opus pium: valet conditio fauore piæ causæ; quia tunc conditio non reiicitur: Mantic. *d. lib.* 11. *tit.* 18. *n.* 9. quamuis A Costa de hoc dubitet *in d. l. cum tale, §. si arbitratu, limit.* 10. *n.* 8. *ff. de condit. & demonstrat.* sed de hoc non dubitant Tiraquell. *de priuileg. pia caus. priuileg.* 18. Guiliel. Benedict. *cap. Raynutius, de testam. verbo. Qui cum alia, n.* 95. & Anton. Gabriel. *tom.* 1. *commun. lib.* 10. *verbo, legatum, fol.* 19. Vnde valet conditio vt fœmina non contrahat matrimonium ante vigesimum quintum annum; eò quia vsque ad eam ætatem non censetur grandis mora: Henriquez *in summa lib.* 11. *de matr. cap.* 6. *n.* 6. Secùs si matrimonium differatur in tam longum tempus, vt moraliter virgo non inueniret tam facilè virum, cui nubat: ita Gutier. *lib.* 2. *Canon. c.* 25. *n.* 3. & Mantic. *supra tit.* 19. *num.* 8. quia tunc quasi apposita in fraudem nuptiarum conditio est reiicienda: *argumento l. cum ita legatum, & l. hoc modo, ff. de cond. & demonst.* sequitur Aret. *cons.* 67. *cons.* 1. *vers. venio ad primum.*

Denique valet conditio legari, ne contrahat matrimonium cum viro ignobili descendente à Saracenis, vel Iudæis: quia non aufertur libertas contrahendi cum aliis: probatur exemplo relato *Genes.* 28. vbi Isaac præcepit filio suo Iacob vt non acciperet vxorem de genere Chanaan. quod est adeò compertum, vt nulla supersit dubitandi occasio. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 28. Gratian. *regul.* 83. *n.* 12. Pelaez *de Maiorat.* 1. *p. q.* 51. *n.* 1. Henriq. *lib.* 11. *de matrim. cap.* 6. *n.* 6. Azeued. *lib.* 5. *recopil. tit.* 6. *l.* 11. *n.* 20. si tamen iussus ne ducat vxorem ignobilem, aut Iudeam, aut Saracenam, & in primo matrimonio non obediat, in secundo tamen obediat, vel vice versa, amittit legatum sub ea conditione negatiua relictum; quæ quia perpetua est, ad omnes nuptias se extendit, quia in omnibus illis eadem est ratio prohibitionis: ita Pelaez *de Maiorat.* 1. *p. q.* 51. *n.* 36. dicens *n.* 37. huic esse locum, quamuis matrimonium non copuletur coniuge decedente, vel Religionem profitente. Vide Pelaez *d. q.* 51. *n.* 37. & Sanch. *de matrim. lib.* 3. *disp.* 2. vbi probat pœnas latas in matrimonium clandestinum validas esse, & incurri, licèt matrimonium sit irritum, *n.* 3. *iuncto* 4. sed verius est nō incurri pœnas, eò quia quod nullū est, nullū producit effectū; & non entis, nullæ sunt qualitates; & actus appellatione non venit, qui inualidus est: *l.* 4. *§. condemnatum, ff. de sentent. & re iudicat. c. illud, de iur. patron.* & ex consequenti in hoc casu non amittitur legatum: Pelaez *de Maiorat. d. q.* 51. *num.* 37.

Quid dicendum si quis leget omnes seruos suos, 353
seu equos, quibus certa qualitas, quæ duobus tantùm inest; an omnes debeantur legatario, vel tantùm illi in quibus inuenitur illa qualitas; vt si dicatur: lego ancillas meas cum liberis suis, vel equos meos cum ornamentis? Responsio indistinctè est affirmatiua; legata scilicet esse omnia illius generis, quamuis non in omnibus reperiatur illa qualitas, sed in aliquibus tantùm ex ea ratione, quia illa qualitas, aut accessorium ponitur augmentatiuè, & declaratiuè vt præstetur legatum, & soluatur etiam illa qualitas cum re ipsa principali cui adhæret. Vnde si legentur serui cum peculio, quod habent, & ancillæ cum liberis, debentur etiam serui, & ancillæ etiam non habentes peculium, neque liberos, nisi limitatiuè loquatur testator; puta si dicat: lego seruos, & equos, vestes, vel res, quæ habent peculium, aut ornamentum: quia tunc ipsæ tantum res videntur legatæ, & non aliæ debentur. Constat *ex l. si cui, la* 2. *ff. de legat.* 1. per hæc verba, ibi: *si cui serui omnes cum peculio legati sunt, etiam hi serui debentur, qui nullum peculium habent:* & ad hoc ibi notant Alberic. Bald. Paul. & Imol. text. *in l. cum vinum, ff. de tritic. vin. & oleo legat. & in l. si quis legauerit, ff. de aur. & argent. legat.* vbi dicitur, si legauit testator aurum quod habet cum gemmis, etiam videri legata alia aurea, in quibus non inueniuntur gemmæ: text. *in l. si mancipia, ff. de fund. instruct. legat.*

§. XII.

§. XII.

De reliquis legatis ſub conditione relictis, & de conditionibus, & earum ſpeciebus.

EPITOME.

354 *Legatarius an poſſit propria authoritate, vel ſaltem de licentia teſtatoris capere legatum.*

355 *Legatario debetur æſtimatio, vendita re legata à teſtatore, non facta mentione de venditione.*

356 *Filius, cui relinquitur legitima, & prælegatum, an poſſit acceptare illud, & renuntiare legitimæ.*

357 *In legatis alternatiuis eſt electio legatarij; & in contractibus alternatiuis eſt electio debitoris; & cur ita ſit, oſtenditur.*

358 *Teſtatore repetente in teſtamento pluries legatum alicui relictum, an ſit vnum legatum, aut plura.*

359 *Vtrum legatum relictum Eccleſiæ poſſit Prælatus repudiare ſine ſcrupulo? communis contra communem.*

360 *Legatum filio naſcituro, an debeatur vnicuique in ſolidum ſi plures naſcantur.*

361 *Legatum eiuſdem rei pluribus relictum quomodò ſit diuidendum, & quid ſi res non extet in rerum natura.*

362 *Legatarius an poſſit pro parte acceptare legatum, & pro parte repudiare.*

363 *Teſtator an teneatur exprimere rem legatam eſſe alteri pignoratam.*

364 *Heres habens rem ſubiectam reſtitutioni an poſſit ſumptus factos a ſe ipſo in eadem re repetere.*

365 *Teſtator ſi deputet rem in qua ſoluendum eſt legatum, pereunte re, an pereat legatum etiam.*

366 *Quis debeat ſoluere legatum ambiguum, hæréſne, an fideicommiſſarius honoratus.*

367 *Quid legatarius debet obtinere quando teſtator tantum legat, quantum heredes habebunt.*

368 *Si in duobus teſtamentis reperiantur facta alicui legata diuerſæ quantitatis, quæ quantitas debeatur.*

369 *Legatum relictum ſub modo an tranſeat ad heredes, & quibus verbis intelligatur modus appoſitus.*

370 *Modus legato, aut donationi ſi ita apponatur, vt qui contrauenerit, eo ipſo amittat legatũ, ſeu donationem, quomodò ſit hoc intelligendum.*

371 *Modus appoſitus legato in vtilitatem legatarij, ſeu tertij, ſi per illum ſtet quominus impleatur, an habeatur pro impleto.*

372 *Modus legato appoſitus quando obligationem implendi illum inducat, & quando non: & quando obliget ad implendum, ſed non ad reſtituendum.*

373 *Modus adiectus legato quamuis deficiat per caſum fortuitum, non reddit legatum inutile.*

374 *Modus ſi non abſorbet totum ferè relictum, non videtur ſublatum legatum.*

375 *Modus ſi reſpicit vtilitatem legatarij tantùm, non eſt cauſa finalis, & ea adempta debetur legatum.*

376 *Modus in dubio potiùs præſumitur quàm conditio; & intelligitur modus, quando onus iniunctum poſt emolumentum debet impleri.*

377 *Modus legato adhibitus ad cauſas pias non dicitur appoſitus hac intentione, vt ſit nulla diſpoſitio ſi modus non ſeruetur; ſecùs ſi conſtet eam fuiſſe legantis mentem.*

378 *Legata ſub quibus conditionibus teſtator poteſt relinquere, & quot ſint ſpecies conditionum? Oſtenditur.*

379 *Conditiones etiam poſſibiles, & impoſſibiles de facto, vel natura, vel de iure fieri non poſſunt, & an vitient legata?*

380 *Conditio de futuro pro impleta habetur, quãdo ad alteram partẽ terminatur ſicut conditio de præſenti, aut præterito, facitque diſpoſitionẽ puram.*

381 *Conditio poteſt eſſe poteſtatiua, caſualis, & mixta, & poteſtatiua negatiua.*

382 *Quæ dicantur conditiones contingibiles, & quæ neceſſariæ, & cuius ſint naturæ, & quæ ſint tacitæ, & quæ expreſſæ, & an debeant impleri in ſpecifica forma quando apponuntur in legato.*

383 *Mobilibus legatis ſub conditione, vel ſub modo; quæ comprehendantur ſub appellatione mobilium ex communi vſu loquendi? Et an veniat pecunia ſub nomine mobilium deſtinata ad emenda prædia. ibid. Et quid de pecunia deputata ad negotiandum, n. 384.*

385 *Mobilibus legatis an nomina debitorum contineantur, & an veniant fructus ſolo cohærentes tempore teſtamenti.*

DVbitatio prima; an poſſit legatarius propria au- 354
thoritate rem ſibi legatam aſſumere? Reſolutio eſt negatiua, ſed de manu hæredis capere debet: *l. non dubium, C. de leg. l. 1. C. quorum legat.* Burgoſ. de Paz, *l. 3. Tauri, concl. 7. n. 9* & 8. Peralta *in l. omnia, §. fundum, n. 7. de leg. 1.* Gomeſ. *l. 45. Tauri, n. 132.* Teſtator tamen poteſt præcipere vt legatarius rem ſibi legatam propria authoritate accipiat impunè. Gloſ. *in l. Titia tum teſtamento, §. Lucius, de leg. 2.* Bartol. *in l. nemo poteſt, n. 32. de leg. 1. & in l. creditores, C. de pignor. q. 2.* Gom. *1. tom. variar. c. 12. n. 10.* & Menoch. *de adipiſcend. poſſeſſ. remed. 2. n. 31. & remed. 5. n. 44.* Quòd ſi legatarius ſine authoritate teſtatoris violenter capiat rem legatam propria authoritate, illam amittit, & eius dominium; vt vult Olanus *de concord. iuris commun. & regij, verbo, legatarius,* ſed Couar. oppoſitum tradit *lib. 3. reſolut. c. 16. n. 7.* quod defendi poteſt quando de licentia teſtatoris rem legatam capit.

Sed quid dicendum quando teſtator vendidit rem 355
legatam nulla facta mentione venditionis? Diximus *ſupra §. 11. n. 228.* non cenſeri legatum reuocari, ſed poſſe legatarium petere æſtimationem legati, vt traditur *in l. 4. tit. 9. p. 6.* ibi: *Mas ſi la vendieſe, o la empennaſſe,* hoc eſt rem legatam, *no ſe deſataria, ni reuocaria la manda: porende dezimos que aquien fue mandada deue auer el precio porque fue vendida, o la eſtimacion.*

Hoc iure tamen remoto, indiſtinctè dicendum videtur alienationem non eſſe cauſam adimendi legatum; ſed voluntatem ipſam, quæ poſtea ex ſubſequenti alienatione datur intelligi: Bart. *in l. cum ſeruus, de adimend. legat.* Sucin. iun. *conſ. 162 n. 2. vol. 2.* quare legatum intelligitur ademptum quando fit alienatio de re legata, etiam inualida: Socin. ſen. *in conſ. 104. n. 11. vol. 3.* Quod procedit quamuis legatum expreſsè eſt relictum, ita Alex. & Aret. *in l. ſeruum plu, §. iiſdem ſeruus, de leg. 1.* etiamſi diſcordet in hoc Angel. & Iaſón *ibi n. 9.* vt tradit Didacos *in rubr. de teſt. 3 p. n. 19. in princ.* ſed verius eſt reuocari legatum expreſsè, vt vult Gabr. *conſ. 103. n. 10.*

Quinimò præſumitur legatum ademptum per alienationem, etiamſi dominium non fuerit tranſlatum, quia ſcilicet traditio non fuerit ſubſequuta, *d. l. legatum, §. hortos, de adimend. legat.* quod extenditur ad legatum etiam pium; præſumi ſcilicet ademptum per alienationem: ſicut libertas relicta ſeruo, ſi

poſtea

postea alienerut ipse seruus, præsumitur adempta, *l. verum est, ff. de manu. testam.* Quæ libertas data non solùm expressè, sed etiam tacitè reuocari potest: vnde non solum libertas purè relicta per alienationem serui intelligitur reuocata, quando alienatio facta fuit ex libera voluntate; sed etiam si fiat vrgente rei familiaris necessitate, quamuis in aliis legatis contrarium obseruetur: ita Socin. sen. *in l. si in dicm, §. seruo, n. 3. de condit. & demonstrationib.*

Porro per alienationem necessariam non videtur ademptum legatum, secundùm tradita in *l. Fideicommissa, §. si rem suam, de legat. 3.* nisi probetur animus adimendi: proinde si alienatio fiat titulo oneroso, distinctione opus est; quando scilicet fit ex libera voluntate, tunc enim ademptum est legatum: contra verò, quando fit cogente rei familiaris necessitate, non ita: *d. l. fideicōmissa, de legat. 3. §. si rem suam:* atque ita si testator rem ipsam postea redimat, debetur legatario: quòd si nō redimatur, hæres debet eā redimere, si potest, quòd si nequeat, præstet æstimationem: *d. l. Fideicommissa, §. si rē suā,* & in terminis id existimat Paul. de Castr. *in d. l. 3. n. 3. in fin. C. de legat.*

Proinde limitatur primò non adimi legatum per alienationem, quæ fit ex necessitate: Bart. in *d. l. Rem legat. in d. §. si rē, de adimend. legat.* quod procedit nisi testator recedat à priore animo & voluntate; quod probari debet ab hærede, qui recusat soluere legatū; vt vult Alex. *in Apostill. ad Bartol. in d. l. Rem legat.* & sequitur Socin. iun. *cons. 162. n. 24. & 25. vol. 2.*

Limitatur secundò ex permutatione non præsumi ademptum legatum: quia permutatio est alienatio ex causa onerosa, & in dubio præsumitur fieri ob vrgentem necessitatem, vt tradit Corneus in *l. 3. circa medium, vers. in dubiis autem, C. de legat.* post Angel. & Salycet. *ibi.* Secùs quando constiterit factam fuisse permutationem, nulla cogente necessitate; tunc enim non censetur ademptum legatum: sicut non præsumitur ademptum, quando alienatio facta est ex necessitate rei familiaris, vt loquitur text. *in d. l. rem legatam, de adimend. legat.* sed neque, quamuis facta fuerit alienatio ex necessitate imposita ab ipsa lege. Hæc resolutio est contra mentem Alberici in *l. Filia legatorum, C. de legat.* Sed Ripæ probatur in *l. Lucius, n. 57. in fin. de vulgar. & pupill. subst.* qui respondet Alberico, dicens textum in *l. filia legatorum,* non probare. Nam quamuis pater cogatur dotem constituere filiæ, non tamen per illam obligari magis vnam, quàm aliam rem in dotem assignare: quare dici non potest, quòd *d. l. filia legatorum, C. de legat.* patrem compellat assignare filiæ in dotem res eidem filiæ prælegatas. Quinimò Iason tradit *d. l. Filia legatorum,* loqui quando alienatio facta fuit in ipsum legatarium: quo casu præsumitur facta animo compensandi; & ideò *ibi* non dicitur legatum sublatum, sed solutum, cùm censeatur facta traditio propter eandem causam, propter quam etiam fuerat relictum, prout intelligit Bald. in *cons. 163. n. 1. & n. 5.* & Crauet. *cons. 784. n. 1. in fin. & n. 8.*

Limitatur tertiò non adimi legatum si testator rem venditam non tradidit, aut pretium non accepit: Bald. *in d. l. 3. n. 3. C. de legat.* Sequitur Paul. de Castr. *n. 3.* & Iason *n. 2. in vers. secundo notabiliter limita.* Similiter non videtur ademptum legatum per locationem factam ad longum tempus, quia non intelligitur testator recessisse à priore voluntate, vt vult Alex. *cons. 168. vol. 6.* Idem dicendum non videri ademptum legatum, si testator alienauit rem legatam ad pias causas, ex qua voluit solui illud legatum; non enim censetur ademptum per alienationem ipsius rei, sed pro legato potiùs voluit esse obligatam: iuxta Gloss. in *l. Caius,* in illis verbis: *Neque in rem, ff. de annu. legat. & in l. Lucius, in verbo, Ex reditu, ff. de alimentis legat.* Iuuat Tiraquel. *de priuileg. piæ causæ, priuileg. 63. in fin.* Cùm ergo testator noluerit rem alienatam oportere ex ea legatum solui, sed pro legato esse obligatam, non censetur ademptū legatū per ipsius alienationē: Rom. *in sing. 430.*

356 Secunda dubitatio, an filios, cui relinquitur legitima, & vltra illam, prælegatum; possit repudiare legitimam, & acceptare prælegatum? Ratio dubitandi quia legatarius nequit pro parte acceptare legatum & pro parte repudiare, cùm nequeat testantis voluntatem diuidere, ita Bartol. in *l. 2.* communiter receptus, *de acquir. hæred.* Cuman. *in Auth. bona damnatorū, C. de bon. proscriptor. & in l. si solus, n. 1. de acquir. hæred.* Peralta post alios in *l. Et Proculo, n. 8. de leg. 3.*

Dicendum tamen est posse filium renunciare hæreditati, seu legitimæ, & acceptare prælegatum, *l. qui filiabus, §. fin. cū ll. seqq. de legat. 2.* Idem de filio meliorato iudicium, quòd possit repudiare hæreditatē patris, & acceptare melioramentum: *l. 5. tit. 9. pag. 6. l. 5. tit. 5. lib. 5. recopil.* Secùs dicendum quando vnicus tantum filius relictus est; quia tunc si eidem relinquatur hæreditas, & in solidum ei defertur, nequit diuidere hæreditatem, cùm tota sit legitima filij; non enim in vnico filio potest cadere melioratio: Mench. *de success. creatio. §. 20. n. 212.* Cou. *in c. Raynutius, de testam. §. 11. n. 11. vers. Ex eadem glossa,* hæreditas namque in eo casu non potest partim adiri, & partim repudiari, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, *l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred.* Abbas in *d. c. Raynutius, col. penult.* Guilhel. *eodem tit. de vulgar. n. 48.* dicentes, mortuo etiam patre intestato, non posse filium repudiare hæreditatem, & legitimam retinere; quia legitima iure defertur filio iure hæreditario, ex Gloss. *in d. c. Raynutius,* & Panor. *ibi rem:* quamuis contra vnicum filium plures relati per Andr. de Angul. *l. 5. tit. 5. lib. 5. Recopil.* contrarium opinentur.

357 Tertia dubitatio, circa legata alternatiua, quæ in nullo casu videntur valere, quia natura Alternatiuæ ea est, vt vni tantùm debeatur dari: proinde cum detur incertitudo, videtur non subsistere legatum, cùm sit incertum cui debeatur; *l. si quis seruum, §. si inter duos, de legat. 2.* Nihilominus hoc procedit quando non apparet cui legatum sit relictum; ideò si dicat testator, Relinquo Petro, aut Paulo: cùm in hoc casu hæres debeat eligere, incertitudo non habet locum: *l. Titio, de legat. 2.* Iason. *l. si ex toto de legat. 1.* si autem hæres statim non elegerit, potest tunc alternatiua sortiri effectum, & legatarij incipiunt esse duo rei credendi, vt *in l. cum quidam, de legat. 2.*

Porro hisce temporibus, relicto per alternatiuam pluribus legato, valet relictum, & Alternatiua resoluitur in Coniunctam, & quilibet accedit per portionem virilem, *l. penult. de verbor. signif. cat.* Quod habet locum cum alternatiua fit post coniunctionem hoc modo, Lucio & Titio, alteriue eorum fundum de lego: nam si vterq; agnouerit, vtriq; legatū erit præstandum, illaq; alternatiua resoluetur in coniunctā: *l. si fundū 81. §. cum verbis 8. ff. de legat. 2.*

358 Quarta dubitatio, num quando testator in testamento plures repetit legatū, quod alicui relinquit, censeatur esse vnicum legatū, an plura? Res hæc videtur prudenter diiudicanda ex coniecturis: verū simpliciter quidē loquendo, si nulla adiuncta ferāt, intelligi multiplex legatū, videtur affirmandū, testatorē reliquisse vnicum legatū *l. 34. §. 1. de leg. 1.* Si tamen ex aliquo adiuncto conijci posset testatorem facientē multiones legati mentionē, egisse de legato verè multiplici, etiāsi non discrepāte, nisi numericè, pronunciandū esset pro vera legati multiplicitate.

359 Quinta dubitatio est, an Prælatus possit absq; scrupulo repudiare legatū Ecclesiæ suæ factū? Dicendū est, si Prælatus absq; iusta causa repudiet legatū factū suæ Ecclesiæ, peccare, & obnoxiū esse restitutioni.

Sunt qui addant talẽ Prælatũ incurrere excómunicationẽ impoſitã alienãtibus res Eccleſiæ: ſed hæc additio non eſt admittenda, quia hæc repudiatio legati non eſt alienatio, quã Canones excómunicatione percellunt, ſed eſt mera non acquiſitio, cui nulla talis cenſura eſt impoſita: & ita rectè Tabien. *verb. alien. q.1.* Et ex eodẽ fundamento probatur, Prælatũ poſſe renuntiare legato facto Eccleſiæ ſuæ, non adhibẽdo ſolẽnitates in alienatione rerũ Eccleſiæ requiſitas, in quo hallucinati ſunt Bald. Rom. Socin. & alij, quos adducit, ac ſequitur Menchac. *de ſucceſſ. progreſſ. lib. 3. §. 27. n. 23.* nec non Angel. *verb. alien.* & Pinel. *de bon. mat. lib. 1. p. 3. n. 103 verſ. alia ampliatio.* Sed (vt dixi) allucinãtur: quia cùm repudiatio legati non ſit alienatio, vt habetur *ex l. qui antẽ, ff. quæ in fraud. credit.* perperam ad repudiationẽ legati requirerent ſolẽnitas, quæ pro ſola alienatione præſcripta eſt: atq; ita tradit Bald. ſibi cõtrarius, nec nõ Bart. Lop. Fel. Rip. & alij, quos Mench. *ſupra* adducit. Idẽ quoq; tradit Federic. *conſ. 9.* Abb. *ad c. tua. de his quæ fiunt a Prelat. n. 9. & ad c. 1 de dolo & cõtumacia, n. 22* Iaſ. *l. legatũ ſeruo, ff. de legat. 1.* Roſel. *verb. alien. n. 10* Sylu. *eod. q. 19.* Nau. *ad c. ſi quãdo, de reſcript. except. 6. n. 2.* quãuis igitur Prælatus repudians legatũ Eccleſiæ ſuæ factũ, etiamſi illud repudiet abſq; ſolẽnitate in alienationibus adhibenda, non excómunicetur; tamẽ talis repudiatio nõ vacat peccato, ſi fiat abſq; iuſta cauſa, quia Prælatus ex officio, atq; adeò ex iuſtitia tenetur Eccleſiã ſuam benè & fideliter adminiſtrare, in qua bona, & fideli adminiſtratione includitur acceptatio legati, quod nulla iuſta cauſa depoſcat repudiari, & quia peccata contra iuſtitiã inferũt reſtituendi obligationẽ, propterea Prælatus, qui infideliter curã ſibi concreditã obierit, & Eccleſiæ ſuæ bonũ neglexerit, tenebitur ſarcire de proprijs bonis damnũ Eccleſiæ ſuæ iniuſtè irrogatum: & ita Abb. *n. illo 9.* & Iaſ. *ſupra n. 19.* adducens alios, nec non Spin. *in ſpecul. teſt. gloſ. 8 princip. n. 63* Cæterùm ſẽper addidi, ne hæc repudiatio labe peccati ſordeat, & iniiciat reſtituendi obligationẽ, debere eſſe idoneam repudiandi cauſã; quia ſi legatũ repudiaret ob aliquã iuſtã de cauſa Prælatus neq; peccaret, neq; reſtitutioni obnoxius fieret. Eſt hac de re illuſtre exemplũ S. Auguſt. qui rẽ Eccleſiæ ſuæ collatã, iamq; donatam reiecit, & reſtituit donatori, eò quòd mutatis circunſtantijs nouiſſet iuſtum eſſe ita ſe gerere: idem ergo feciſſet in ſimili euentu circa rem legatam.

Quod dictũ eſt de Epiſcopo reſpectu ſuæ Eccleſiæ extendendũ eſt ad Prælatũ Religionis reſpectu ſui cœnobij, peccabit enim ſi abſq; idonea cauſa repudiauerit legatũ factũ monaſterio cuius bonũ promouere, & fideliter curare tenetur, aberit autẽ culpa, ſi ex cauſa legitima interueniente iudicio eorũ, quos ex præſcripto ordinis debet conſulere, repudiet legatum, quod idonea cauſa ferat eſſe repudiandum.

360 Sexta dubitatio eſt, num legatũ filio naſcituro attributũ, debeatur vnicuiq; filio in ſolidũ ſi cõtingat plures filios naſci? Hic caſus non poteſt habere locũ niſi in euentu, in quo Mater à teſtatore præmoriẽte relinquatur vtero gerẽs, quã cùm teſtator exiſtimaret vnica prole grauidã eſſe, tamen in partu conſtet concepiſſe multiplicẽ fœtum, in eo igitur euentu, cùm teſtator non ſupponatur voluiſſe grauare hæredẽ vltra legati collationẽ vnicæ proli poſt ſe naſcituræ faciendã, neceſſarium eſt vt legatarius, qui præter teſtatoris exiſtimationem pro vno multiplex apparuit, admittat legati diuiſionem faciendam ex ratione, de qua dicetur in dubitatione ſequenti.

361 Septima dubitatio quomodò ſit diuidendũ legatũ einſdẽ rei pluribus relictum; & quid ſi res legata non extet in rerũ natura? Reſolutio prioris partis huius dubij habetur ex *l. re cõiunctis, ff. de legat. 3. & §. ſi eadẽ res Inſt. de legat.* quibus locis deciditur, ſi eadẽ res fuerit legata duobus vtriq; ſoluendam eſſe pro rata, nã eo pacto teſtatoris intentio mandatur executioni, & exquiſite ſeruatur æqualitas, in cuius obſeruatione ſita eſt iuſtitia: quod ſi vnus ex duobus legatarijs renuat partẽ rei legatæ, ſibi obuenientem admittere, tunc tota res legata cócedenda eſt ei legatario, qui admittit legatũ, quia illi accreſcit, præſertim ſi is, qui admittit, & is qui renuit, re, & verbis ſint coniuncti: ita Mantic. *in opere de coniecturis vlt. volunt. n. vlt. lib. 10. tit. 3.* Hieron. Gabr. *tom. 1. conſ. 110. n. 2.* Card. Tuſc. *verb. ius accreſcendi.* Ad alterã dubitationis partẽ, quæ erat de re legata non extãte, dicendũ eſt ſupponi omnino, cùm teſtator de re diſpoſuit, vel rẽ, vel ſaltẽ eius ſpẽ præfuiſſe, alioquin teſtator ſtultè legaſſet; ſi ergo res præfuit, & deſtructa eſt, vel in ipſo ſemine eſt præfocata, ac ne ex vlla quidẽ parte remanet, tunc res perit legatario, quia ſupponitur totũ eius ius eſſe in rẽ nulla ex parte ſuperſtitẽ, ſi tamen aliquid rei legatæ maneret, deberetur legatario, v. g. legauerat teſtator domũ Caio, & ea domus deſtructa eſt, ſiue incendio, ſiue alio quopiam infortunio, tunc danda eſt legatario area domus, vt habetur ex *l. ſi grege, ff. de legat. 1.* multus in hac re eſt Molin. *tract. 2. diſp. 149.* videndus item Anton. Gomeſ. *de legat. cap. 12. n. 24. §. Item adde,* vbi ait, legatum rei, quæ non eſt in rerum natura, ſed ſperatur eſſe, cenſeri conditionale, quo ad diſpoſitionem, actionem, & obligationem, quia non competit antequam naſcatur: ſecus ſi non ſperetur.

Dubitatio Octaua, an legatarius poſſit pro parte 362
acceptare legatum, & pro parte repudiare? Pars affirmans ex eo probatur, quia legatarius poteſt totum repudiare legatũ; ergo poteſt pro parte: Nam argumentum de toto ad partem validum eſt, vbi datur eadem ratio. Lucard. in *Topic. legalib. loco 80.* Cancinc. *loco 5.* Petr. Andr. Gambar. *in dialectic. legal. lib. 1. loco 4.* Menoch. *de præſumption. lib. 3. quæſt. 35. num. 27. & conſ. 72. num. 5.* Surd. *conſ. 193. n. 6. & conſ. 435. n. 21. & ſequent.* Flamin. *de confidem. quæſt. 28 n. 106.* & alij, quos referens, ſequitur Barboſ. *in c. Paſtoralis, §. Item cum totum, n. 6 & in c. Maioribus, de præbend. in gloſſ. in minimis*, vbi idẽ repetit; idem ſcilicet eſſe iuris in parte, quod in toto: addens non valere argumentum ne parte ad totum; quia qui poteſt partem, non poteſt totum, ergo qui poteſt totum repudiare, poteſt & partem repudiare, & alteram acceptare. Nihilominus verum eſt legatarium non poſſe partem repudiare, & partem acceptare, vt diximus *ſupra verſ. ſecunda dubitatio, n. 359. ex l. Neminem, cum l. ſequent. & ſequentib. ff. de legat. 2. & ex l. ſi cui res legata, eod. tit.* cuius ratio eſt, quòd voluntas teſtatoris eſt vnica, & indiuidua, & non poteſt diuidi, ſed in totum debet acceptari, vel in totum repudiari: ita Anton. Gomes. *de legat. tom. 1. c. 12. n. 33.* Molin *de iuſtit. tom. 1. diſp. 199. p. 1218. & ſequent.* Spin. *in ſpecul. gloſſ. 8. num. 29.*

Hinc fit vt grex legatus, qui eſt vna res ratione gregis per aggregationem non poſſit legatarius pro parte, quædam illius capita acceptare, & alia repudiare, vt habetur in *l. 6. ff. de legat. 1.* Imò ſi legatarius partem legati acceptet, nec repudiet partem alterã, ratione partis, totum acceptare dicitur, *l. ſi cui res, ff. de legat. 2. & l. ſi ex aſſe, ff. de acquir. hæred.*

Quid ſi moriatur legatarius totius gregis ſine acceptatione, aut repudiatione, & illius hæredes plures remaneant? Reſpondetur poſſe alium ſuam partem acceptare, & alium ſuam partem repudiare: textus eſt in *l. legatarius, ff. de legat. 1.* Cuius verba ſunt hæc, ibi: *legatarius pro parte acquirere, & pro parte repudiare legatum non poteſt*: hæredes autem eius poſſunt, *vt alter eorum partem ſuam acquirat, alter repudiet*: ex eo fundamento, quia inter hæredes legatarij legatum ipſo iure, & actio,

&

& obligatio illius diuiditur, *l. si ab eo, C. de negot. gest.* Atque ita quisque illorum potest acceptare partem suam, & alter repudiare, quia ratione sui ipsius acceptat vel repudiat totum quod sibi competit; non tamen vnus hæres potest partem suæ partis sibi debitæ acceptare, & partem repudiare, per iura supradicta: Gomes. & Molin. *vbi proximè*: & sicut legatarius non potest acceptare partem, & repudiare alteram: ita nec ipse hæres legatarij id potest in parte, in qua hæredem repræsentat.

Contra verò quando diuersæ res legantur, ita vt diuersa efficiant legata, potest legatarius rem vnam acceptare, & aliam, aut alias repudiare, *l. 4. & 5. ff. de legat.* 2. Secùs si legetur vna illarum, hoc est seruus vnus, cum obligatione vt manumittatur, non poterit hæres rem aliam acceptare, & seruum repudiare ad effectum, vt ex seruo falcidia non solueretur; cogeretur tamen ex reliqua re legata à se ipso acceptata restituere falcidiam vtriusque legati: per *d. l. 5. ff. de legat.* 2. Quin imò quando res aliqua relinquitur vni simul cum aliis, vt partem præcipuus legatarius cuilibet diuidat; si ipsi partes suas repudient, & accrescant legatario, qui partem suam non repudiauit, bene potest acceptare partem ad se pertinentem, & dimittere incrementum, quod sibi accreuit ex aliorum repudiatione, ac dimissione: Gloss. *in d. l. 4. ff. de legat.* 2. & habetur *in l. vnica. §. vbi autem, & seq. C. de Caduc. tollend.*

Longè aliter quando multi hæredes sunt instituti, quibus non est integrum pro parte hæredes esse, & pro parte hæreditatem dimittere; itaut si aliqui eorum hæreditatem non acceptent, cæteri quod ipsis ex tali dimissione accrescit, nequeant repudiare, acceptando, atque adeundo solum partes, quas ipsi vt hæredes instituti poterant acceptare; sed debent vel totam hæreditatem cum illo augmento accipere, aut totam dimittere; ea eo quòd repræsentent integrè personam defuncti, & sibi assumunt omnes obligationes illius; & ea consequenti nequeunt hæreditatis partem acceptare, & partem negligere: habetur in Gloss. *l. vnic. in verbo, absurdum, C. de cadut. tollend.* Nisi ea beneplacito, & consensu creditorum. Molin. *d. disp. 199. ad fin.*

363 Dubitatio nona, an testator teneatur exprimere rem à se legatam esse alteri pignoratam, & an hæres debeat eam redimere? Dico primò, si testator sciebat rem esse pignoratam, teneri hæredem rem soluere: si tamen ignorabat, quia fortè facto aliquo, vel contractu sui procuratoris erat hypothecata, seu pignorata legatario incumbere ipsam luere, nisi fuerit ea circumstantiis personæ præsumeretur, quòd etiam si sciret, legasset: text. *in l. prædia, C. de fideicomm.* Idem disponit *§. sed & si rem, Instit. de legat.* & vtroque in loco Scribentes. Quod procedit, præterquam si pro tanto pretio sit pignorata, quantum est æstimatio illius, & non detur spes liberandi illam; tunc enim apud legatarium nihil vtilitatis remanebit, & legatum erit derisorium in quo euentu hæres absque vlla distinctione tenetur rem redimere, siue testator sciens, siue ignorans legauerit: habetur *in l. si res obligata*, ibi: *vel nisi potest aliquid esse superfluum soluto ære alieno*, & *ibi* Gloss. Ordinaris, Bartol. & Paul. *ff. de legat.* 1. & est communis; quibus accedit *l. Castella, notab. part. 11. tit. 9. 6. p.* quæ expressè rem decidit. Gomes. *supra num.* 39.

364 Dubitatio decima, vtrùm hæres habens rem subiectam restitutioni possit sumptus factos à se ipso in eadem repetere? Respondeo affirmatiuè: text. *in l. domus. ff. de legat.* 1. & *ibi* Bartol. Alberic. & Alex. text. *in l. qui exceptioni, §. si pars, ff. de condict. indebit.* eò quia non videtur sumptus facere animo donandi, sed repetendi; quamuis res interim sit sua. Quod intelligitur non solùm de expensis necessariis, quas omnino poterit hæres recuperare; sed etiam de vtilibus, quas ille cui facienda est restitutio, esset aliàs facturus. Idem quando esset diues, idem, & sine detrimento posset soluere: sicut legatarius qui in re sibi legata sub conditione aliquid impendit pro ipsius rei conseruatione, vt eam veniente conditione possit consequi, non dicitur donare hæredi impensam, apud quem extat res, sed animo conseruandi, & repetendi: *l. sumptus, de legat.* 1. Menoch. *præsumpt. 32. num. 11. lib. 3.* Non tenebitur tamen possessor rei, qui est dominus, & fecit expensas ratione dominij, & iuris quod in re habet, repetere sumptus: per Gloss. *in l. emptor, ff. de rei vend.* Bald. *in cap. grauis, de restitut. spoliat.* & Paul. de Castr. *in l. domo, ff. de legat.* 1.

Confirmatur argumento possessoris bonæ fidei, qui tenetur tantùm restituere fructus extantes ante litis contestationem, & non consumptos; post litem verò contestatam vniuersos: prout volunt Garcia *de expens. cap. 23. num. 35. & 36.* Spin. *in suo specul. gloss. 13. num. 50. & 51.* Rebell. *de iustit. p. 1. lib. 2. quæst. 4 num. 8. conclus. 2. & num. 11. conclus. 4.* Quinimò fructus integri si restitui iubeantur, intelligitur deductis expensis: D. Barbos. *in l. fructus, num. 13. ff. solut. matrim.* Garcia Girond. *de priuileg. seu exemption. explicat. num. 1211.* Couarr. *lib. 1. variar. cap. 3. num. 13.* Mexia *de Tassa pan. conclus. 2. à num.* 88.

Dubitatio vndecima, quid si testator deputet rem certam in qua soluendum sit legatum, & res pereat, nunquid peribit legatum? Respondeo, si viuente adhuc testatore res legata pereat, tunc perire legatario; id tamen si omnes illius partes non perirent omninò, purà parietes; sed remanserint aliquæ partes purà lapides ac ligna, deberi legatario, tanquam res, quæ in ipso toto erant legatæ: secùs si id quod superest ex re legata est diuersæ rationis ab iis, quæ sunt in toto, vt cadauer bouis legati, & partes illius ob distinctam formam substantialem, quæ de nouo accedit illis, expulsa anima sensitiua: tunc id quod superest non pertinet ad legatarium, neque partes illius; ex eo fundamento, quia totum legatum cum partibus integrantibus extinctum est antequam acquireret legatarius dominium illius: Bartol. & alij *in l. mortuo boue, in princip. ff. de legat.* 2. Secùs est si pereat post mortem testatoris; quia tunc cùm iam esset legatarij, id quod remanet, sibi deberetur tanquam pars rei propriæ: per text. *in l. solum meum, ff. de rei vendic.* & *in l. si seruus, §. boue, ff. de condict. furtin.* Gomes. *d. cap. 12. num.* 41. Pono si domus certa fuit legata, & paulatim postquam periit, fuit erecta à testatore viuente, domus refecta pertinet ad legatarium, eo quòd per restaurationem semper fuit eadem domus numero, *l. quæ res, § aream, ff. de solut.* argumento promittentis nauim alienam, si dominus eam destruat, & rursus ea iisdem lignis illam reficiat, debet promittens eam rursus refectam emere, & tradere illi, cui eam promisit. Cæterùm si quis nauim legauit, & exuratur omninò, & postea testator aliam nauim in eodem loco construat, censetur omnino legatum periisse: vnde neque nauis de nouo extructa pertinet ad legatarium; nisi aliud constet de voluntate testatoris: Gomes. *d. cap. 12. n. 41.* Mulin. *tom. 1. disp. 194. fol. 1191. & sequent.* Secùs si nauis legata reficiatur. Mantic. *de coniect. lib. 12. tit. 2. num. 7.* 365

Dubitatio duodecima, quis debeat soluere legatum ambiguum, hæresne, an fideicummissarius honoratus solutionem habes *in l. qui pecuniam, ff. de statuliber.* cuius hæc sunt verba: *Qui pecuniam dare iussus est, nisi adiectum sit, cui det, debet hæredibus dare pro partibus hæreditariis*: & *ibi* notant Docto- 366

res: ſequitur Bartol.& alij *in d.l.quidam relegatus.ff. de reb.dub.* quamuis enim imperſonalitas, vel incertitudo in verbo diſpoſitiuo ex parte debitoris ſemper diſpoſitionem vitiet, vt *in Authent. ſi quando, verſ.ſin autem, C.de conſtit. pecun.* id intelligitur tamen in contractibus: ſecùs in vltima voluntate: nam in hac, imperſonalitas, ſeu perſonæ incertitudo non vitiat diſpoſitionem, quia ſemper intelligitur hæres grauatus, cum onere præſtandi rem legatam: Alex. *in l. fin. §.fin. ff.ſi cert.pet. col.2. num.3.* & *ibi* Decius, text.etiam *in l.Titium hæredes, de legat.3.*

367 Dubitatio decimatertia, quid conſequetur legatarius quando teſtator tantùm legat, quantum hæredes habebunt? Reſponſio ſit, legatarium conſequi dimidium hæreditatis totius, & hæredes aliud dimidium. Idem dicetur ſi teſtator leget Paulo tantum, quantum habet hæres, nam indefinita æquiparatur vniuerſali: text. *in l.ſi ita relictum, in 1.p.ff. de legat. 2.* Si autem legauit Paulo tantum, quantum habet vnus hæres, debetur tantùm minor pars in qua fuit inſtitutus vnus ex hæredibus; per text. *in d.l.ſi ita relictum,* & *ibi* Bartol.

368 Quid ergo fiet ſi in duobus teſtamentis reperiantur Paulo legata diuerſæ quantitatis, quæ quantitas debeatur? Dico primò, ſi plures res nominatim in diuerſis orationibus, ſiue in vna nominentur, plura legata deberi: ſecùs ſi in vnica tantum oratione, vel in diuerſis alternatiuè nominentur; tunc enim vnum tantum debetur legatum: ita *l.2.cum ſequentib.de legat.2.* Peralta *ibi,* Anton.Gomeſ.*tom.1. cap.11. num.6.* Ex eo fundamento, quia cùm nominatio plurium rerum fieri debeat per copulam, vel per punctum, & copula ponatur inter diuerſa; in eo euentu plures res debentur, perinde ac ſi in diuerſis orationibus, aut diſpoſitionibus eſſent legatæ: ſecundùm Gloſſ. approbatam communiter *in rubric.de iur.& facti ignorantia.* Longè aliter ſi per alternatiuam plures res nominentur, ſeu legentur, eò quia in hoc caſu vnum legatum reputatur, ſecundùm *l.cum illud, ff.quando dies legat. cedat.* Ex ea ratione, quia eſto vtrumque ſit in obligatione, vnum duntaxat tantum eſt in ſolutione: vt habetur *in l.illud, ff.de conſtit.pecun.* & *ibi* Scribentes; quod intelligitur niſi poſt legatum in genere factum per genericum nomen, ſequatur numerus ſpecierum eiuſdem generis: tunc enim diſtinguendum eſt ſecundùm *l.legata, de ſupellect. legat.* quam vide.

Dico ſecundò in ſpecie ſi appareant duo teſtamenta eiuſdem ſolemnitatis, & temporis; & in vna reperiatur minor quantitas legata Paulo, & in alia maior; dandam eſſe minorem quantitatem: quia in dubio non eſt onerandus hæres: prout habetur *in l. Sempronius proculo, ff. de legat. 2.* & *ibi* Bald. quod procedit quando vtraque Scriptura eſt originalis, & æquè principalis: ſecùs ſi altera ſit regiſtrum, & altera ex eo exemplar; tunc enim maior fides habetur regiſtro, ſeu originali: ita Bartol. *in l. ſi quis ex argentariis, §.ſi iniquum, ff.de edend.*

Dico tertiò, ſi eandem rem teſtator in primo, & ſecundo teſtamento diuerſis perſonis leget; legatum non videri ademptum primo legatario, ſed poſſe diuidi inter eos per partes: ita Bald. *in l.cohæredi, §.cohæres, in fin.ff.de vulg.& pupill ſubſtit.* Similiter ſi res in teſtamento eſt vni legata; & in codicillis alteri relicta, non cenſetur à primo adempta, ſed vterque poſſunt concurrere: ita Alex. *in conſ. 169. num. 1. & 2. vol.1.* & Hierun. Gabriel. *in conſ. 118. num.3.lib.1.* Eodem modo ſi in quibuſdam codicillis legatum relinquatur, & in aliis adimatur, etiamſi non cognoſcatur qui ſint poſteriores in ordine præſumitur ademptio poſterior; ſicut in natura priuatio eſt habitu poſterior: ita Cyn. *in l.3.de Codicill.* ſequitur Bald.& Paul.de Caſtr. *ibi num 2.* Gloſſa tamen neutrum valere vult ratione incertitudinis, quam ſequitur Bartol.

Dubitatio decimaquarta circa legatum ſub modo relictum an tranſeat ad hæredes, & quid ſit modus, & quibus verbis intelligatur appoſitus? Antequam veniamus ad legata relicta ſub modo oportet dicere quid ſit modus. Eſt enim modus quaſi lex quædam, ſeu grauamen, aut moderamen diſpoſitioni appoſitum in futurum, minimè eam ſuſpendens: ita Gumeſ. *d. cap. 12. ex num.70.* Molin. *tom.1. de iuſtit.diſp.208. in princip.* Bartol. *in l.quibus diebus, §.Termilus, ff.de condit. & demonſtrat.2.col.* ſic ait: modus eſt moderatio quædam diſpoſitioni adiecta, eum qui honoratur aggrauans in tempus diſpoſitionis perfectæ. 369

Differt modus preſsè ſumptus à conditione, vt notat Gloſſ. *in cap. verum.* Nam quamuis conditio, & modus tendant in futurum, tamen conditio ſuſpendit vim diſpoſitionis donec conditio impleatur: modus autem minimè; ſed ſortitur effectum etiam priuſquam modus impleatur. Quin etiam licet teſtator apponat conditionem in modo & dicat: Lego Paulo decem ſub conditione vt hoc, & illud faciat; adhuc ſimiliter erit modus, & non conditio, quia mens & voluntas diſponentis conſideratur potiùs quàm verba: vt oſtenditur *in l. Mæuia. ff. de manumiſ. teſtament.* text. *in l.2. in fin. ff.de donation.* Tamen ſi teſtator expreſsè, vel tacitè ſignificauit modum priùs adimplendum, quàm legatum poſtuletur; voluntas illius eſt ſeruanda: Anton. Gomeſ. *d.cap.12. num.70.* Bartol.& alij, & Molin. *d.diſp.208. in princip.*

His poſitis dicendum eſt, legatum ſub modo relictum tranſmitti ad hæredes; & ſicut legatarius poteſt comparare legatum adimplendo modum, ſic etiam eius hæres: ita Gloſſ. *in l. teſtatore, ff. de condit. & demonſtr.* & *ibi* Bartol. text. *in l.vnica, §. ne autem, C.de caduc. tollend.* Imò etiam tranſmittit ante cautionem datam de modo implendo. Conditio verò in eo etiam differt quòd legatum ſub conditione non tranſmittitur ad hæredes ſi legatarius ante impletam conditionem moriatur; legatum autem ſub modo tranſit, quando modus impleri poteſt per hæredem, ſicut per legatarium, vt habetur *in l.à teſtatore,* & Gloſſ. *ibi, ff.de condit. & demonſtr.* ſequitur Gomeſ. *d.cap.12. num.71.*

Porro modus appoſitus intelligitur per hæc verba, ſeu per particulam, *vt,* & alias æquiualentes: & in dubio modus potiùs præſumitur quàm conditio; quia cùm verba poſſunt ſignificare modum, & conditionem; in dubio magis intelliguntur de modo, quàm de conditione: vt vult Bartol. & Bald. Alex.& alij, *in l.cum mota, circa princip. C. de tranſact.* per *l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati:* & eſt communis, teſte Alexand. *in conſ.102. num.4. vol.1. & in conſ.113.num.26. & in conſ.150.num.2. vol.6.* Ruyn. *conſ.215. num.10. vol. 1.* Quin etiam modus intelligitur quando onus iniuſtum poſt emolumentum debet impleri, etiamſi teſtator dixerit: lego ſub tali conditione vt aliquid facias: in quo differt etiam à conditione, quæ intelligitur quando onus iniunctum debet ante emolumentum impleri: Mantic. *de coniect. vltim.volunt.lib.11. tit.5. n.15. & 16.* Molin. *d.tom.1. diſp.208. fol.1271.*

Dubitatio decimaquinta, quid dicendum, & quomodò ſit intelligendum, ſi modus legato, aut donationi ita adijciatur, vt qui contrauenerit eo ipſo amittat legatum, ſeu donationem? Dicendum eſt ſub eo modo relictum, ſi contrauentum ſit, nullo modo tranſmitti ad hæredes, ſed deuolui ad 370

illum,

illum, qui in eo casu foit vocatus à disponente: imò fructus percepti à puncto, quo res ad eum est delata, vsque ad articulum temporis, quo contrauentum est modo, sunt successoris; quando disponens præcepit vt si contrauentum esset, censeretur legatarius seu donatarios nunquam fuisse vocatus; eò quia talis dispositio secundùm mentem disponentis per illam conuentionem præsumeretur conditionalis, dependens ex obseruantia modi futuri, vt in euentu contrauentionis iudicaretur fuisse à principio nullius ponderis; & ex consequenti fructus suos non fecisse. Adde quamuis disponens solùm disponeret, vt eo ipso, quòd contrauentum sit modo adiecto, amitteretur res sub eo modo sibi relicta; regularitet, & communiter fructus antea perceptos, deperdi omnino: Ex eo fundamento, quia quando aliquid legatur sub modo, ille, cui ea res relinquitur legata, priusquam illam accipiat, tenetur præstare cautionem de modo adimplendo, & quòd si modum non impleuerit, rem cum fructibus perceptis teneatur restituere. Vide tamen Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 15.

371 Sequitur modus appositus legato in vtilitatem legatarij, seu tertij quando per illum stat quo minus impleatur, an habeatur pro impleto? Resolutio fit, Modum ipsum pro impleto haberi, quando per ipsum non stetit quo minus satisfactum sit, vt impleretur modus; vt probat text. in *l. qua sub conditione. §. Quoties, vers. Idem est & si ff. de condit. instit.* quò loci respondit Vlpian. quòd si hæres ita instituator: Titius hæres esto, ita vt stichum manumittat. vel alicui ita fit legatum: Titio centum ita lego, vt stichum manumittat: mortuo sticho, hæreditas, vel legatum debetur. Qua ratione visus est Vlpianus, Conditionem, id est, modum (nam conditio *ibi* pro modo ex omnium interpretatione sumitur) non defecisse, si pareri ei non possit: implenda enim est voluntas, addit idem Vlpianus, si potest. Eadem responsio data fuit à Iuliano in *l. si Titio, in princip. ff. de legat.* 1. quando dixit, si pecunia sit legata, vt alienus seruus libertati donetur, & dominus nolit vendere, debetur legatū, ex quo non stetit per legatariū, quominos illum manumitteret; quia, subdit Iulianus, & si mortuus fuisset seruus, à legato non summouetetur: Menoch. *conf.* 262. *n.* 13. vbi multis exemplis probat modum haberi pro impleto, quando non stetit per implere debenrem quominùs adimpleretur: Molin. *disp.* 208. *fol.* 1273.

372 Superest tamen videre quando modus legato appositus inducat obligationem implendi illum, & quando non. Item quando obliget ad implendum, sed non ad restituendum: Respunsio sic, si constet testatorem voluisse, vt modus omninò impleatur, obligationem induci. Menoch. *d. conf.* 262. *n.* 15. & *lib.* 4. *præsumpt.* 184. *n.* 2. Molin. *vbi proximè, f.* 1274. *vers. vt autem constet, & sequent. & fol.* 1275. vbi ponit quatuor modos, quibus aliquid donari, legari, aut aliquo pacto relinqui potest sub modo, vt deprehendi possit quando, modo non fernato, non oriatur obligatio, aut oriatur, tem restituendi, & quousque: attamen quia isti modi dependent ex voluntate disponentis; quando disponens verbis, aut scripto sufficienter expressit suam voluntatem, ea est seruanda. Contra verò quando disposuit verbis ambiguis, arbitrio prudentis considerata rei natura, & circunstantiis bene expensis, iudicandum est, quando obligatio inducatur ad restituendum, & quando non. Iuuat quod traditur à Molin. *de primog. lib.* 2. *c.* 12. *n.* 19. vbi concludit, quando dispositio est pura, sed resolnenda sub conditione, possessorem lucrari fructus medij temporis: si verò sit conditionalis, eos esse restituendos.

Quæstionis tamen est an reddatur legatum inutile, quando modus apponitur legato, si deficiat per casum fortuitum? Haberi pro impleto, si casu impleri impediatur modus, receptum est inter iuris Interpretes, qui loquontur de modo mixto: ita Accursius in *l. si Titio, de legat.* 1. & *in l. si Titius, ff. de condit. & demonstr.* & vtroque in loco Bart. Castr. in *l. in testamento,* 2. *in fin. ff. de condit. & demonstr.* & testantur esse communē Alex. *in l.* 1. *n.* 5. *C. de instit. & substit.* & ibidē Corneus *col. penult.* quibus accedit Socin. in *l. si Titius. col.* 1. & 2. *vers. nec text. ff. de condit. & demonst.* Menoch. *d. conf.* 262. *n.* 14. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 22. *n.* 9. concludens deberi legatum licet modus adiectus legato deficiat per casum fortuitum: text. *in l. si fundum per fideicommissum, §.* 1. *ff. de legat.* 1. 373

Quin imò si modus non absorbet totum ferè relictum, non videtur eo adempto legatum ademptum, quia non censetur esse causa finalis; vt declarat in specie Castrens. *in l. si quis seruum, n.* 1. *de condit. & demonst.* Secùs quando modus est causa finalis ipsius legati & totum ferè legatum absorbet; tunc legatum relictum venit accessoriè, & consequitur ipsum modum; ideò sublato modo, quasi destructo antecedenti, tollitur consequens, hoc est ipsum legatum: ita Bald. *in Authent. Ingressi, n.* 15. *vers. non obstat dictum Bartoli, C. de sacros. Eccles.* & habetur in *l. Alumna, § Seia, ff. de adimend. legat.* & ita intelligit Raph. Cumano. in *l. Si quis seruum, ff. de condit. & demonstr.* 374

His adde si modus appositus respiciat vtilitatem legatarij tantùm, non esse causam finalem; ideo si adimatur, nihilominus legatum præstandum esse, veluti, si testator legauerit Titio centum, vt sibi ædes emat *l. Titio centum, in princip. ff. de condit. & demonstrat.* Mantic. *de coniect. lib.* 12. *tit.* 2. *n.* 31. 375

In dubio autem modus præsumitur potiùs quàm conditio; quia cùm verba significare possint modum, & conditionem; magis in dubio accipiuntur pro modo, quàm pro conditione, vt est communis sententia, prout vult Alexand. *conf.* 102. *num.* 4. *vol.* 1. & *in conf.* 113. *num.* 26. & *in conf.* 150. *num.* 2. *vol.* 6. & Iason in *l. Huiusmodi, in princip. num.* 15. *de legat.* 1. Idem Alex. & alij in *l. cum meta, circa principium, Cod. de transf.* & Bald. *ibi,* & *in l. Etsi post tres, num.* 7. *ff. si quis caution.* Nec refert quod tradit Alciat. contra in *conf.* 5. *num.* 20. *lib.* 3. dicens, in vltimis voluntatibus conditionem potiùs, quàm modum præsumi: sed fallitur: cùm sit contra communem sententiam: nec Gloss. *in l.* 2. *ff. de in diem addictione* quam pro se affert, refragatur, quoniam loquitur quando legatum primum purè est relictum, & postea sub conditione est sublatum: in quo euentu quidquid constituatur in contractibus, quando discedirur à dispositione pura sub conditione, intelligitur legatum semper esse conditionale, secundùm *l. quibus diebus, §. quidam Titio, & l. aliquando, ff. de condition. & demonstrat.* 376

Nihilominus non est negandum, quòd quamuis expressa verba modum importent, & ex mente testantis non solùm expressa, sed etiam tacita demonstretur, quòd onus impositum debeat priùs impleri quàm quis commodum percipiat, conditionem semper, non autem modum, intelligi debere; cùm vertus conditionis, & natura ea sit, vt priùs existat: prout tradit Bartol. in *l. Thais ancilla, §. Stichus, ff. de fideicommiss. libert.* Bald. *in conf.* 119. *n.* 5. *vol.* 2. Parti. *conf.* 19. *n.* 57. *vol.* 1. Cùm ergo debeat impleri onus impositum à disponente post commodum iam quæsitum, quacunque verborum forma vtatur testator, non conditio,

sed modus debet intelligi; quamuis testator hoc modu loquatur: lego sub tali conditione vt aliquid facias; adhuc enim intelligitur esse modus: ita Oldradus *consil.* 108. *num.* 1. *in fin.* Ioann. de Anan. *in consil.* 75. *circa principium.* Alexand. *in cons.* 102. *num.* 1. *vol.* 1. & Ruyn. *in consil.* 166. *num.* 10. *vol.* 3.

377 Dubitatio decimasexta circa modum legato adhibitum ad causas pias? Dicendum est non dici appositum intentione, vt sit nulla dispositio, si modus non seruetur; secùs si constet eam fuisse testatoris voluntatem. Ita Molin. *de instit. tom.* 1. *disputat.* 208. *pag.* 1278. *vers. ad hunc etiam secundum modum*, & colligitur *ex cap. verum, de condit. apposit.* Vbi probatur donationem modalem factam Ecclesiæ, vel loco pio, non posse reuocari, nisi expressè fuerit conuentum; vt per Socin. *regul.* 382. *priuileg.* 60. Ioseph. Ludouic. Perus. *decis.* 93. *num.* 43. eo quia in fauorem Ecclesiæ, seu loci pij, semper modus censetur causa impulsiua. Ripa sic *in l. fin. C. de reuocand. donation. quæst.* 52. *num.* 133. Surdus *de aliment. tit.* 1. *quæst.* 48. *num.* 7. & Couarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 14. *num.* 6. Quin imò fauore causæ piæ præsumitur causa finalis, modus ipse; prout ipsi Ecclesiæ, seu pio loco magis vtile fuerit: si verò è contra ad tenderet ad odium, & in commodum ipsius piæ causæ, tunc modus contra præsumeretur non esse finalis, vt per Tiraquell. *in tract. cessante causa, limitat.* 1. *num.* 58.

378 Dubitatio decimaseptima, sub quibus conditionibus potest testator relinquere legata, & quot sint species conditionum, & quæ sit definitio? Quoad primum, ex dicendis infra patebit. Quoad species conditionum; sciendum est, conditiones esse in multiplici differentia: aliæ enim dicuntur Potestatiuæ, aliæ Casuales, aliæ Mixtæ; item aliæ sunt expressæ, aliæ tacitæ: & tacitarum aliæ vocantur extrinsecæ, aliæ intrinsecæ: expressarum verò aliæ sunt affirmatiuæ, aliæ negatiuæ; item aliæ sunt honestæ, aliæ turpes, & aliæ impossibiles, vt patebit ex sequentibus.

Descriptio igitur conditionis sic habet: Conditio est quædam legati suspensio, cuius de futuro defectus, seu confirmatio pendet: ita Glossa ordinaria *in rubric. ff. de condit. & demonstr.* cuius meminit Azo *in summa. C. de condit. insert. col.* 1. *num.* 1. Sed eam reiicit *ibi* Bartol. quem sequuntur communiter alij Scribentes. Bartol. tamen *in l.* 1. *eiusdem tit. col.* 1. *ad medium*, sic definit: Conditio est quidam futurus euentus, in quem dispositio suspenditur. Baldus autem, & tertiò sic ait *in d. rubric. ff. de condit. & demonstr.* Conditio est dictio per quam dispositum habet in suo esse pendentiam, existentiam, vel defectum. Aliter & quartò, ita: Conditio est adiectio apposita, vel subintellecta in dispositione suspendens, vel soluens ipsam dispositionem: vel denique, Conditio est quidam actus, vel euentus futurus in quem dispositio confertur validanda, vel infirmanda. Quæ omnes descriptiones, si verum amamus, ad eundem effectum tendunt.

379 Dubitatio decimaoctaua circa conditiones tam possibiles, quàm impossibiles de facto, vel de iure, & an vitient legata? Prius quàm singulariter dicamus, sciendum est conditiones impossibiles alias esse de iure; veluti omnes conditiones turpes, seu contra ius, & quæ sunt contra pietatem, vel honestatem, seu bonos mores. Alias esse impossibiles de facto, veluti si quis instituat aliquem hæredem, si montem aureum Titio dederit intelligendo de monte artificiali, alioqui esset conditio impossibilis natura. Nec sunt omittendæ impossibiles ratione perplexitatis. Impossibiles verò de facto sunt si montem aureum dederis, si digito cœlum tetigeris. De natura; si ignis frigescat, si lapis sursum ascendat. De iure, vt si filius patri, vel matri egentibus non præstet alimenta: item si quis ducat in vxorem, quam de iure non potest. Possibiles autem conditiones sunt quæ de facto, vel natura, vel de iure possunt fieri: Anton. Gomes. *tom.* 1. *variar. cap.* 12. *num.* 67. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap. etiam* 12. *num.* 35. *& sequent.* & alter Molin. *de instit. disp.* 206. *§. possibilis conditio*, vbi constituit diuisionem possibilium.

His præmissis quoad præsens institutum dicendum est, conditiones impossibiles appositas in vltima voluntate, siue sint impossibiles à natura, siue de iure, reiici de institutione, legato, seu fideicommisso, fauore vltimæ voluntatis; & institutionem, legatum, seu fideicommissum remanere pura: text. *in §. impossibilis, Instit. de hæred. instit. l. obtinuit, ff. de condit. & demonstr.* Similiter conditiones de facto impossibiles, seu ratione perplexitatis, nullo modo debent apponi, & appositæ irritant institutionem, legatum, seu fideicommissum; Bartol. Imol. & cæteri Scribentes *in l.* 1. *ff. de condit. instit.* iuuat apertè *l.* 4. *&* 5. *tit.* 4. *part.* 6. Quæ resolutio procedit in Hispania; quamuis oppositum in conditione impossibili de facto, quod scilicet, institutionem non irritet, sed quod ab institutione sit reiicienda, probare conetur Lusitanus A Costa *in selectis condition. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 9. vbi pro hac parte plures allegat. Molin. Iurisconsultus *vbi suprà num.* 37. & noster Molin. *supra, §. secunda conclusio, & sequent.*

Dubitatio decimanona soluitur, si dicatur conditio de futuro pro impleta haberi quando ad alteram partem terminatur, sicut conditio de præsenti; aut de præterito; facitque dispositionem puram: *l. nam si, ff. de condict. indebit. l. si pupillus, §. qui sub conditione, ff. de nouat.* his verbis: *Qui sub conditione stipulatur, quæ omnino exstitura est, purè videtur stipulari: l. in illa stipulatione, si Calendis, ff. de verbor. obligat.* Molin. *d. disp.* 206. *§. possibilis conditio*, vbi illam diuidit in conditionem necessariam, seu ad alteram contradictionis partem, & in contingentem, qualis est sola conditio de futuro, quæ in neutram contradictionis partem est determinata. Prioris conditionis exemplum sit, vt si Socrates oriatur, instituo te hæredem: si moriar, tantum tibi lego. Vnde talis conditio quamuis de futuro sit, non suspendit dispositionem aliquam. Quin potius conditio, cùm vera sit, semper impleta censetur. 380

Distinguitur etiam conditio in potestatiuam, casualem, & mixtam, & potestatiuam negatiuam. Potestatiua conditio est cuius impletio à sola voluntate eius, cui imponitur, pendet; vt si testator quempiam instituerit sub conditione, si hæres esse voluerit, si seruum, qui ipsius est hæredis, manumittat, & similia: *l. suus quoque, §. Puto, ff. de hæred. instit. l.* 7. *tit.* 4. *part.* 6. Anton. Gomes. *d. cap.* 12. *num.* 60. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 10. *tit.* 5. *num.* 3. post Bartol. *in l.* 1. *per totam, de instit. & substit.* & *ibi* Bald. *num.* 11. Spin. *in suo specul. gloss.* 14. vbi de multiplici conditione, & de illius speciebus, *à principio.* Hæc autem conditio potestatiua debet impleri post mortem testatoris, eò quia debet impleri animo parendi conditioni, ex quo, cùm scientia nequeat haberi nisi post mortem testatoris, idcirco hæc conditio potestatiua vsque ad obitum testatoris impleri nequit. Gomes. *variar. cap.* 12. *de legat. num.* 61. Spin. *in suo specul. gloss.* 14. *num.* 13. *& num.* 17. 381

Item

Item conditionis potestatiuæ ex sententia Pauli *in l. in facto, ff. de condit. & demonstr.* tres sunt species, vna quæ in dando, altera quæ in faciendo consistit, id est si quid datum fuerit, si quid factum fuerit; quæ rursus etiam possunt concipi negatiuè, si datum non fuerit, si factum non fuerit: additur tertia, quæ dicitur mixta, ita Calistratus *in l. cum seruus, ff. de condit. & demonstr.* nimirum quæ in faciendo, & dando consistit, vt si rationes reddiderit.

Casualis ergo conditio, quæ ita dicitur, quòd pendeat à viribus, & accidentia fortunæ, vt si nauis ex Asia venerit; si Petrus factus fuerit Pretor; vel si quid tale contigerit: text. *in l. 2. §. si sub conditione. ff. de bon. possess. secund. tabul.* Atque ita cùm conditio casualis dicatur, quæ à casu, & fortuna pendet, potest impleri tam in vita testatoris, quàm post eius mortem.

Mixta autem conditio illa dicitur quæ pendet partim à persona eius, cui est adscripta, & partim a fortuna: & à multis appellatur Casualis: & insuper dicitur etiam mixta, quæ pendet partim à proprio, & partim ab alterius arbitrio: Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 183. num 9. &* 10. Hæc etiam tam in vita testatoris, quàm post eius mortem impleri potest: Gomes. *d. num.* 61.

Item conditio mixta non habetur pro impleta, quando non fuit impleta facto ipsius legatarij, atque ita non deberi legatum, seu hæreditatem honorato, tradit Menoch. *cons. 146. num. 30. versic. Primus casus*, ex sententia Cyni *in l. 1. col. 4. vers. secundo casu, C. de instit. & substit.* quia cùm non paruerit conditioni, repudiare legatum visus est, per text. *in l. in testamento, la 2. in fine, ff. de condit. & demonstr.* per hæc verba, ibi: *Si quidem ipse noluit vxorem ducere, quia ipsius facto conditio defecit, nihil est quod de legato consequatur.*

Porro conditio mixta habetur pro impleta quando pendet à voluntate duorum, illius scilicet, qui implere, & illius cui impleri debet, & impeditur facto iusto tertij. In quo euentu honoratus, qui grauatus est implere, obtinuit hæreditatem seu legatum: vt tradit Bartol. *in l. Mania, §. vxore, ff. de ann. legat. & in l. 1. num.* 8. *C. de instit. & substit.* Menoch. *cons. 146. num 31. vers. tertius est casus.* Similiter conditio mixta habetur pro completa quando illa pro parte defecit casu, & pro parte impleta fuit, vt vult Socin. *in d. l. in testamento, num. 7. vers. tertio fallit*, qui ita intellexit textum *in l. penult. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Eodem modo conditio mixta si defecit casu testatoris, pro completa habetur; nimirum si testator legauit Cænobio Franciscano si in illo sepeliatur, & postea testator decedat excommunicatus: in hoc euentu consequetur legatum Cænobium, quamuis alibi sepeliatur: ita Bartol. *in l. Miles, §. vltim. ad l. Iuliam, de adulter.* Ancharan. & Imol. *in cap. filius noster, de testament.* Socin. *in dict. l. in testamento, la 2. num. 13. ff. de condit. & demonstr.* Secus, non habetur pro completa conditio mixta, quando testator specialiter prouidit in casu, quo impeditum fuisset implementum conditionis eius facto, in cuius personam erat implenda; verbi gratia, si maritus reliquit vxori suæ vsumfructum suorum bonorum; si videlicet moraretur cum filijs ipsius testatoris: & casu quo non posset habitare cum illis, reliquit certum quid annuum: in hoc euentu si mulier ipsorum filiorum facto, nequit cum eis habitare, conditio non habetur pro completa ad commodum ipsius mulieris, vt potiatur legato vsusfructus, sed consequetur tantum illud certum quid annuum in defectum conditionis: ita Decius *in l. 1. num. 6. versic. & notandum est, C. de instit. & substit.* Lusitan. A Costa *in l. cum tale, in 6. fallentia, num. 23. ff. de condit. & demonstr.* quæ sententia probatur per text. *in l. vter ex fratribus, ff. de cond. instit.* sequitur Menoch. *in consil. 262. lib. 3. num. 15. & sequent. & lib. 4. præsumpt. 83. 36.*

Denique quando quis institutus est hæres, aut alicui legatum relictum est sub conditione potestatiua negatiua; vt si Romam non adieris: quia regulariter huiusmodi conditio nequit adimpleri perfectè, & plenè, nisi post mortem hæredis, aut legatarij; statutum est, vt hæres, aut legatarius sibi eo pacto relicta statim post mortem disponentis assequerentur, data cautione restituendi relicta cum omnibus fructibus à principio inde perceptis, si non paruerint conditioni; quæ cautio vocatur *Mutiana* à Mutio sic dicta, quod eam introduxerit; constat ex *l. Mutiana, & l. hæres meus, §. qui post Mutianam, & §. quamuis, ff. de condit. & demonstr.* Cæterùm si sub hac conditione potestatiua negatiua libertas concederetur, nec cautio offerri possit tuta, vbi primùm conditionem transgredi posset, nec transgrederetur, in fauorem libertatis libertas acquireretur: quæ prærogatiua ad causas pias extenditur, ex Gregor. Lop. *l. 7. tit. 4. part. 6.* post Bartol.

Dubitatio vigesima inuoluit, conditiones con- 382
tingibiles, & necessarias; & quæ sint illarum natura: item tacitas, & expressas, & an debeant impleri in specifica forma, quando apponuntur in legato? Quoad contingibiles, quæ dicuntur habentes se ad esse, & non esse; & possunt impleri, vel non impleri; cuiuscunque naturæ sint, vel qualitatis, id enim postulat verbum contingibile. Conditiones autem necessariæ dicuntur, quæ rei natura insunt, vt si testator substituendo vulgariter dixit, si Caius à me institutus hæres non erit, substituo Sempronium: nam si Caius hæres non erit, est conditio necessaria in vulgari substitutione, cùm ei sui natura insit. Idem in pupillari; vt si dixit: si in pupillari ætate decesserit.

Indistinctè tamen conditiones necessariæ dicuntur illæ, quæ omninò secundùm cursum naturæ impleri debent: nec reddunt actum conditionalem, habentùrque pro puris, quia non suspendunt virtutem illius; vt habetur *in l. si pupillus, §. qui sunt sub conditione, ff. de nouat.* Gomes. *variar. tom. 1. cap. 12. numer.* 63. Menoch. *lib. 4. præsumption. 185. ex numer. 4.* vbi addit conditionem voluntariam, quam testator apponit sua voluntate dicens: Relinquo fundum Caio, si decem dederit hæredi meo, vel si Titius Sacris initiatur: subdens *numer.* 6. aliquos casus circa conditionem necessariam: qui ad hanc materiam valde conducunt; nam si conditio necessaria est certi temporis, impleri non posse alio tempore: ex Ruino *in l. Gallus, §. & quid si tantum, in 1. lectur. numer. 25. versic. vnde tertia colligitur, ff. de liber. & posthum.* Conditio tamen voluntaria debet impleri in specifica forma. Mantic. *de coniect. vltim. voluntat. lib. 11. tit. 16. num. 4. l. qui hæredi, in princip. & l. Mænius, ff. de condit. & demonstrat.* Quod est intelligendum quando ipse testator considerauit modum, & formam: secùs si considerauit effectum, qui sequitur ex implemento: tunc enim satis est vt effectus sequatur, nec refert quomodo sequatur: ita Bartol. *in l. Gallus, §. & quid si, numer. 3. ff. de liber. & posthum.* vbi ait, in conditione voluntaria

cogitaſſe modum potiùs quàm effectum: non ita in conditione neceſſaria: nam ex hoc intelligitur quod totum pendet à voluntate teſtatoris. Quare in conditione etiam voluntaria, ſi diſponens videtur conſideraſſe effectum, idem eſt iudicium, vt poſſit impleri ſicut neceſſaria per æquipollens: ita Paulus de Caſtr. *in l. ſi mater, Cod. de inſtit. & ſubſtit.* & Corneus *in conſ.* 158. *num.* 11. *& 12. vol.* 1. Quam etiam partem probat Conat. *in practic. c.* 39. *num.* 7. Rolandus à Valle *conſ.* 56. *num.* 22. *&* 23.

Item conditionum alia eſt expreſſa, alia tacita. Expreſſa eſt illa quæ ore proprio teſtatoris, & verbo, in diſpoſitione ponitur. Tacita eſt quæ in aliquo actu, vel diſpoſitione ſubintelligitur à iure, nimirum quando quis pollicetur partus ancillarum, quia intelligitur, ſi naſcantur; *l.* 1. *in fin. ff. de condition. & demonſtrat. l. Cum certus, ff. de tritic. vin. & oleo legat.* Item tacita conditio cenſetur quando filius grauatur hæreditatē reſtituere, quia ſubintelligitur ſi moriatur ſine liberis. Item quando relinquitur alicui legatum annuum, eſt etiam tacita, quia intelligitur, ſi viuat, quod legatum pro primo anno dicitur purum, & pro ſequentibus conditionale; & tacita conditio ineſt, ſi viuat; & eo mortuo non tranſmittitur legatum ad hæredes: *l.* 4. *ff. de annu. legat. l. cum in annos, ff. quand. dies legat. cedat.* Denique conditionis natura eſt vt impleatur in forma ſpecifica. *l. Mauius, & l. qui hæredi, ff. de condition. & demonſtrat.* Probatur ex natura conditionis, quæ importat formam, vt tradit Bald. *in Authent. matri, & auiæ, Cod. quand. mulier tutelæ officio fung. poſſ.* Gratus *in conſ.* 10. *numer.* 11. *libr.* 2. & plenè Tiraquell. *in tract. de retract. conuentional. §.* 2. *in gloſſ.* 1. *num.* 3. à forma autem nullo modo recedendum eſt: *l. Iulianus, §. ſi quis, ff. ad exhib.* Tiraquell. *in tract. de retract. conſanguin. §.* 1. *gloſſ.* 21. *numer.* 11. Menochius *conſil.* 243. *num.* 16. *& ſequent.*

383 Dubitatio vigeſima prima circa mobilia legata ſub conditione, ſeu ſub modo, quænam comprehendantur ſub appellatione mobilium ex communi vſu loquendi, & an veniat pecunia ſub nomine Mobilium deſtinata ad emenda prædia? Et quid de pecunia deputata ad negociandum? Hæc dubitatio tria continet. Ad primum Reſponſio ſit, quando omnia mobilia legata ſunt; omnia, quæ ſunt apta ad mouendum de loco ad locum, ſub legato contineri; nam qui dicit omne, nihil excludit: *l. à procuratore,* cum Gloſſ. *C. mandat. l. Iulian. ff. de legat.* 3. Burgoſ. de Pace *conſil.* 25. *n.* 23. Tiraquel. *in l. ſi vnquam, verbo totam, numer.* 1. *C. de reuocand. donation.* Gonzal. *ad Regul.* 8. *Cancel. gloſſ.* 9. *num.* 21. Thomas de Thomaſſet. *regul.* 251. ſicut quod à loco moueri non poteſt dicitur immobile: Oldradus *conſil.* 219. Ideò mobilia continentur quæ de loco ad locum mouentur, & mobilium appellatione veniunt etiam animalia ſe mouentia *l. mouentium, de verbor. ſignificat.* vt etiam probat *l.* 1. *in princip. ff. de rei vendicat.* ibi: *in omnibus rebus mobilibus tam animalibus, quàm in his quæ anima carent:* ita cenſuit Specul. *in titul. de fruct. num.* 8. *verſ. tertio quæritur,* Decius *conſ.* 381. *n.* 4. *verſ. in tali legato.* Quod ſanè intelligitur niſi voluntas teſtatoris refragetur, vt indicat Decius *in conſ.* 653. *n.* 2.

Hinc fit vt in hac generali rerum mobilium ſignificatione veniant libri, aurum, & argentum: Specul. *in tit. de fructib. & intereſſ. n.* 10. *verſ. quid de libris,* & Decius *conſ.* 472. *n.* 5. Item quòd vaſa etiā argentea legata comprehendantur, iudicatum fuit coram Eminentiſſimo D. Cardinali Seraphino tunc Sacri Palatij Apoſtolici Auditore *in Romana Legatorum, die* 10. *Februar.* 1585.

Quoad pecuniam dicendum eſt, mobilibus legatis, pecuniam etiam numeratam venire ſub legatis, quamuis ſit deſtinata ad emptionem fundorum, ſeu prædiorum: *l. ſi fundus, ff. de legat.* 3. Decius ita reſpondit *in conſil.* 381. *numer.* 4. *& in conſ.* 472. *num.* 7. *&* 8. Quare quando teſtator indefinitè legauit mobilia, nomine mobilium, pecunia continetur; etiam ſi pecunia fœnori, & Cambiis ſit deputata. vt poſt alios vult Pinellus *in l.* 1. *in ſecunda parte, num.* 45. *verſ. quod amplio, C. de bon. mater.* ita Menoch. *libr.* 4. *præſumpt.* 138. *n.* 6. *&* 7. contra Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 9. *tit.* 3. *num.* 2. Quod declarat eſſe intelligendum, vt locum habeat, quando mobilia alicuius loci ſunt relicta, veluti domus; vel quæ ſunt in domo: tunc enim loco mobilium non intelligitur pecunia, quæ eſt fœnori, vel negotiationi parata, quia ibi repoſita eſt ad tempus; non cauſa præſidij, aut perpetuæ cuſtodiæ: prout habetur *ex l. ſi fundus, & l. ſi chorus, §.* 1. *de legat.* 3. ſecùs quando mobilia ſimpliciter, ſeu generaliter abſque certi loci adiectione ſunt legata, & hoc modo conueniunt diſcordes; ſi fortè fuerunt.

In dubio autem quando non conſtat qua de cauſa pecunia fuerit repoſita in arca; inclinandum eſt non cenſeri legatam, niſi ex aliis coniecturis id appareat; nec ſufficiunt verba generalia teſtatoris: vt apertè deducitur *ex l. quæſitum, §.* 1. *& l. ſi mihi Mæuia, §. vltim. ff. de legat.* 1. Si tamen apparet ibi eſſe repoſitam pecuniam vt impenderetur, vel mutuo daretur, & teſtator ſimpliciter legauit omnia mobilia ſine reſtrictione ad locum, cenſetur in hoc caſu pecunia legata: ita Pinellus *ſupra, numer.* 45. & Caluacan. *tractat. de vſufruct. mulier. relict. numer.* 82. *verſ. veniunt etiam pecunia.* Et certum eſt quòd nomine mobilium continetur pecunia, *§. & quia parum, verſ. ſi vero vniuerſa, in Authent. de nupt.* & ibi Angel. Menoch. *d. præſumpt.* 138. *n.* 5.

Quid ſi teſtator legauit fundum, & ea, quæ 384
in eo eſſent tempore mortis ſuæ; & in eo fundo, ipſo tempore conditi teſtamenti, haberet vinum in doliis, cuius partem vendidit, & pretium recepit? Reſponſio ſit, pecuniam ſubrogatam loco rei mobilis præſumi comprehenſam in legato rerum mobilium: ita Hieron. Gabr. *conſ.* 98. *n.* 27. cenſetur enim pecunia repoſita, ac recepta, vt impenderetur, loco vini venditi, & clariùs *n.* 31. *&* 32. *&* 35. Menoch. *d. præſumpt.* 138. *n.* 12.

An autē pecunia redacta ex venditione bonorum immobilium veniat ſub legato mobilium, quando immobilia per Statutum legari non poſſent? Reſpondetur non cenſeri legatam, niſi apertè colligatur ex mente teſtatoris, & euidenter: ita Hieron. Gabr. *d. conſ.* 98. *n.* 27. *lib.* 2. vbi contrariis reſpondet, *n.* 32. Quinimò ſi teſtator dicat: lego omnia mea mobilia & inſuper viginti ſcuta, non intelligitur legata pecunia numerata propter diſcrimen factum à teſtatore inter mobilia, & inter viginti ſcuta: ita Geminian. *conſ.* 34. *n.* 6. *& conſ.* 65 *n.* 4.

Denique mobilibus legatis, nomina debitorum 385
non contineri ſub legato, tradit Alex. *conſ.* 68. *n.* 5. *vol.* 6. imò neque in legato bonorum mobilium, & immobilium includuntur nomina debitorum, cùm tertiam ſpeciem conſtituant; niſi omnia bona fuerint legata, quia tunc includuntur ſub omnibus

bonis

bonis legatis nomina debitorum: ita Bartol. *in l. ſi quis ſeruum, vlt. n. 2. ff. de legat. 2. per l. quoties, in fin. ff. de vſufruct.* Menoch. *d. præſumpt.* 138. *ex num.* 14. & Mantic. *de coniectur. lib.* 11. *tit.* 3. *ex num.* 9.

---

§. XIII.

De hæredibus, & legatariis, & de eorum obligationibus.

EPITOME.

386 *Hæres in foro conſcientiæ non tenetur ad debita defuncti non confecto inuentario, ſi nihil occultauit?*

387 *Hæredes tenentur ſatisfacere pro delicto defuncti, non tamen vltra vires hæreditatis.*

388 *Hæredes tenentur in conſcientia ſoluere debita defuncti, & reficere damna ab illo illata.*

389 *Hæredes, ſi ſint negligentes in exequendis teſtamentis, vtrum ſint in cauſa quòd defunctus detineatur in Purgatorio.*

390 *Vtrùm hæres cum bona fide præſcribens bona defuncti, ea amittat, ſi ſuperueniat mala fides poſt completam præſcriptionem.*

391 *Iuramentum defuncti violatum ab hæredibus non tranſit ad illos, quoad periurium, & cur.*

392 *Poteſt quis ſe obligare alicui, & ſucceſſoribus ſuis ſub pœna periurij, non autem ſe, & ſucceſſores ſuos.*

393 *Hæres defuncti an teneatur vota adimplere, & de quibus votis id intelligatur. & n. 394.*

395 *Et quid de votis mixtis.*

396 *Hæres an teneatur adimplere votum defuncti disiunctiuè emiſſum, cuius altera pars eſt realis, & altera eſt perſonalis?*

397 *Hæres quo ordine debeat ſoluere debita contracta à defuncto.*

398 *Hæres quid facturus, quando plures creditores concurrunt, & hæreditas non ſufficit, & n. 399.*

400 *Quid quando omnes hæredes nullo gaudent priuilegio, ſed omnes habent actiones perſonales, quinam ſit præferendus; vt debita ſoluantur.*

401 *Defunctus habens debita contracta licitè, & alia illicitè, quibus debeat creditoribus ſatisfacere priùs.*

402 *Hæres ſemel factus non poteſt deſinere eſſe hæres regulariter: & quando poſſit deſinere eſſe hæres.*

403 *An hæres teneatur credere Confeſſori dicenti teſtatorem voluiſſe, vt ſibi certa ſumma tradatur ad reſtituendum clam.*

404 *Hæres quando poſſit declarare voluntatem defuncti obſcuram.*

405 *Hæres non poteſt venire contra factum defuncti, nec poteſt infringere, niſi ſit illegitimum.*

406 *Hæres an poſſit rem venditam à defuncto redimere.*

407 *Et quando hæres defuncti poſſit detrudi in carcerem pro debito defuncti.*

408 *Legatorum quædam ſunt pura, quædam in diem, quædam ſub modo, quædam ſub conditione; & totidem ſunt legatarij.*

409 *Legatum in diem quando dicatur.*
Dies, & tempus debet eſſe certum, & n. 412.

410 *Dies certus quando dicatur in legato in diem, & quando incertus, & dies incertus facit conditionem.*

411 *Legatum ſub modo quando dicatur, & quando vim & effectum habeat.*

412 *Legatum ſub modo quando ſuſpendat, & quando tranſmittatur.*

413 *Pactum ſub modo non obſeruato, ſi non ſeruetur, quid faciendum.*

414 *Donatio modalis facta Eccleſiæ, vel pio loco non poteſt reuocari niſi expreſsè ſit conuentum.*

415 *Modus in fauorem piæ cauſæ ſemper præſumitur cauſa impulſiua, interdum tamen cauſa finalis, & quando contra.*

416 *Legatum ſub demonſtratione, quale ſit.*

HÆres in foro conſcientiæ regulariter non tenetur ad debita defuncti vltra vires hæreditarias, non confecto inuentario, ſi reuera nihil occultauit, & quantum habuit, ſoluit. Nec obſtat *l. fin. §. ſin vero poſtquam, C. de iur. delib. & in l.* 10. *titul.* 6. *part.* 6. vbi dicitur hæredem, qui non confecit inuentarium teneri ex delicto defuncti vltra vires hæreditarias ad ſoluendum debita, inter quæ computantur, quæ ex delicto defuncti ſequuntur: Quia hæc lex quamuis ſit iuſta, fundatur in præſumptione, quòd hæres ſcilicet, non conficiens inuentarium, occultauerit bona defuncti: ergo quando conſtat hæredem nihil ſubtraxiſſe de bonis defuncti, & alia bona non ſupereſſe; non tenetur vltra vires hæreditatis in foro conſcientiæ: & quamuis ſint qui opinentur hoc habere locum in legatariis, non verò in creditoribus; non eſt dubium quoad vtroſque communem ſententiam negatiuam eſſe veriorem, & tenendam: vt Gutier. *lib.* 2. *Canon. cap.* 18. *numer.* 70. contra Molin. *tom.* 1. *de iuſtit. diſput.* 217. *verſ. prima concluſio*, dicentem, inuentario non confecto, teneri hæredem in foro conſcientiæ creditoribus vltra vires hæreditatis, nullâ exſpectatâ ſententiâ; eò quia, diſpoſitio illa, neque in præſumptione vlla, neque in pœnam id ſtatuit, ſed in bonum publicum ad vitandas lites: ſed fallitur; vt probant Syluest. *verbo, Hæreditas,* 3. *quæſt.* 5. Nauar. *lib* 3. *de reſtit. cap.* 4. *n.* 172. Ceuall. *commun. contra commun. q.* 464. *poſt alios.* 386

Hinc fit, hæredes teneri ſatisfacere pro delicto defuncti: Couarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 3. *num.* 7. D. Barboſ. *in l. ſi filius familias. ff. de iudic. num.* 139. & poſſe conueniri ex maleficio defuncti, quamuis nihil inde ad eos peruenerit; per text. *in cap. Parochiano, de ſepultur. verſ. ſed eius hæredes,* vbi concluditur teneri ſatisfacere pro delicto defuncti; non tamen vltra vires, etiam non fecto inuentario, vt probat Colet. *de proceſſ. execut. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 400. quando realiter, & verè nihil occultauit: Couarr. *d. cap.* 3. *verſ. ſed nihilominus.* Quæ ſententia eſt Hoſt. *in ſumma tit. de teſtam. §. penult.* Felin. *in c.* 1. *n.* 44. *de conſtit.* Bartol. *in rubric. de acquir. hæredit. n.* 3. vbi dicit ex ſententia Theologorum, in noſtro caſu, non teneri hæredem vltra vires hæreditatis non confecto inuentario, in foro animæ: ſequitur Decia. *conſ.* 49. *num.* 60. *lib.* 2. Segura *in l.* 1. *§. ſi vir vxori, num.* 125. *ff. de acquir. poſſeſſ.* Gomeſ. *in l.* 3. *Tauri, n.* 21. Sanch. *lib.* 4. *in præcept. decal. c.* 15. *num.* 37. 387

Obligantur etiam hæredes exonerare conſcien- 388

tiam defuncti, & soluere eius debita, quantùm possunt, & damna ab eo illata compensare: Cened. *ad Decretal.collect.* 40. *num.* 4. ex Decio *conf.* 271. *num.* 6. & *conf.* 302. *num.* 4. Bursat. *conf.* 167. *lib.* 1. *regular.iur.ciuil.* & *Fontisf.pag.*200. *vers. duodecimo fallit*, vbi *num.* 6. excitat quæstionem, quam vulgus imperitus decidit, animam, scilicet, defuncti detineri in Purgatorio, donec debitorum restitutio, aut solutio legatorum fiat per hæredes, aut executores suos: Circa quam quæstionem Palatius Rub. *in repetition. rubric.* §. 85. *ex num.* 18. & *in num.* 20. refert horrendam visionem, vt refertur ad hæredes; ita quòd significet per restitutionem debitorum defuncti hæredes liberari à peccato suæ negligentiæ, quod incurrunt si non exequantur quam primùm possunt in hoc voluntatem testatoris, si in hoc sunt negligentes, vocantúrque necatores gentium, *cap. qui oblationes*, *el* 2. *cum sequentib.* 13. *quæst.* 2. Quod & exemplis ostendit D. Antoninus 3. *p. tit.* 10. *cap.* 3. §. 12. & Beatus Turpinus *in sua historia expeditionis Hispania*, *cap.* 7. vbi fit mentio aliquorum, qui propter negligentiam adimplendi voluntates defunctorum à Deo æternis suppliciis fuerunt percussi. Quare ne in Purgatorio ex socordia hæredum, vel executoris, anima defuncti pereliteretur, & ne in igne purganti detineatur, vt putat Palat. Rub. *d.* §. 65. *num.* 18. quod comprobat per text. *in cap. in literis, de raptorib.* ibi: *Iuxta facultates suas condignè satisfaciant, vt sic a peccato valeat liberari*: quem textum sic intelligit Angelus, *verbo, executor*, §. 23. oportet, inquam, vt restitutio fiat.

389 Nihilominus hæc sententia est falsa, quia si defunctus bona fide confisus de hæredibus, seu de executoribus testamentariis præcepit vt fieret restitutio, ad quam ipse tenebatur, per hoc liberatus est à peccato, nec detinebitur in igne purgante ob culpam, & negligentiam hæredis, aut executoris testamenti: ita Diuus Thomas *quodlibet.* 3. *art.* 13. Sotus *in* 4. *distinct.* 45. *art.* 2. & 3. Syluest. *verbo, Testamentum*, 2. *quæst.* 9. & Cardin. *in cap. qui oblationes el* 2. 13. *quæst.* 2. nec refert *cap. in litteris, de raptor.* Quia illa verba, *valeat liberari*, alias legitur, *valeant*, & sic debent referri ad executores testamenti, vt volunt Adrianus *quodlibet.* 11. & Ioann. Andr. *ibidem in vltim. verbis.* Atque ita quando executores, seu hæredes protogant executionem testamenti sine causa notabiliter, peccant mortaliter, vt docent Gabriel. *in Canon. Missæ, lection.* 13. *col.* 3. Richard. *in* 4. *distinct.* 45. *quæst.* 4. *art.* 5. & Nauar. *in Manual. cap.* 25. *num.* 65. Ex modico autem interuallo non consideratur negligentia vt imputetur ad peccatum mortale ex D. Thom. *quodlibet.* 6. *art.* 14. Non excusabitur tamen si fiat dilatio vt profit hæredibus in augmento suorum bonorum, eò quia quando hac intentione prorogatur voluntatis testatoris executio, non est tutus in conscientia prorogans; imò peccat mortaliter: vt volunt D. Anton. 3. *part. tit.* 10. *cap.* 3. §. 12. Palat. Rub. *supra* §. 65. *num.* 20. *in rub ic.* & Gabriel. *in Canon. Missæ lection.* 57.

390 Quæstionis est an hæres qui semper fuit in bona fide credens rem esse defuncti, si finita præscriptione superueniat mala fides, teneatur ad restitutionem in foro conscientiæ? Affirmat Gloss. *in cap. fin. de præscription.* & Gloss. *in cap. si virgo*, 34. *quæst.* 1. item Gloss. *in cap. si res aliena*, 14. *quæst.* 6. sequitur D. Thom. *quodlibet.* 6. *in art.* 16. & est communis secundùm Couarr. *regul. possessor.* 3. *p.* §. 1. Menoch. *lib.* 2. *controuers. illustr. cap.* 73. *num.* 1. Sot. *de iustit. & iur. lib.* 4. *quæst.* 5. *num.* 4. Medin. *de restit.* Segora *in l. ab heredis substituto*, *num.* 84. *de legat.* 1. Alciatus autem *in l. quinque pedum*, *num.* 33. *ff. finium regund.* post alios credit scientiam rei alienæ inducere malam fidem, etiam quando accedit scientia post completam præscriptionem; sed reprehenditur per Menchac. & alij per Couarr. id negantes; & ita non est recedendum à sententia Gloss. & D. Thomæ, & cæterorum.

His adde iuramentum defuncti non transire ad hæredes quoad periurium, eo quod iuramentum personale est: Gomez. *tom.* 1. *variar. cap.* 14. *num.* 19. Menoch. *conf.* 24. *num.* 1. & 2. & *conf.* 609. *num* 38. Gutier. *in Authent. Sacramenta puber. C. si aduersus vend.* 1. à *num.* 15. Camill. Borrel. *in summa omnium decis. tit.* 60. *num.* 129. Azor. *Instit. moral. p.* 1. *lib.* 11. *cap.* 15 *pag.* 1111. & Sanch. *in precept. Decalog. lib.* 3. *cap.* 13. *à num.* 1. & *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 26. vbi concludit hæredes non adimplentes iuramentum defuncti non esse periuros; teneri tamen adeuntes hæreditatem, in quantum eius vires sufficiunt, ratione contractus defuncti; sicut tenentur ad reliquos eius contractus. Quod procedit etiam quando quis pro se, & pro suis successoribus iurare solet; adhuc enim successores ex vi iuramenti non tenentur; ita Padill. *in l. si quis maior*, *n.* 51. *C. de transact.* Abbas *in cap. veritatis*, *num.* 3. *de iureiur.* & Garcia Girond. *de priuileg. seu exempt. explicat. num.* 1552. vbi tradit iuramentum non transire ad hæredes quoad periurium; cùm iuramentum sit vinculum personæ: transire tamen in quantum pertinet ad contractum, in quo iuramentum positum fuit tam actiuè, quàm passiuè, & quoad obseruantiam illius, quod iurauit defunctus vt ipsius anima non tristetur: & insuper *num.* 1554. subdit, si plures de populo iurauerint aliquid adimplere, quamuis nemo eorum iam viuat, successores obligari ad obseruandum contractum iuratum: periurium namque extinguitur morte iurantium, vt in specie contra alios docent Imol. Alciat. & alij, quos refert Couarr. *in cap. quamuis pactum*, *part.* 2. §. 1. *num.* 7. *vers. secundo.* 391

Sed quæri potest, cur possit quis se obligare alicui, & successoribus suis sub pœna periurij, non autem obligare successores suos? Respõsio sit in primo casu plures illas personas esse obiectum iuramenti, posséque iurantem intendere totum illud obiectum: agitur enim solùm de obligatione propria iurantis, quam prout voluerit potest quis facere. In secundo autem euentu, cùm sint personæ distinctæ, & iuramentum secundùm se nequeat obstringere, nisi iurantem; & ita cùm sermo sit de obligatione aliena, ad quam quis non potest se obligare; meritò iuramentum alias personas non obligare fatendum est; nisi interueniat mandatum speciale: *argument. cap. fin. de iuram. calum. in* 6. ita Panorm *in cap. veritatis*, *num.* 3. *de iureiur.* & D. Anton. *p.* 2. *tit.* 10. *cap.* 6. §. 3. Item quia anima in spiritualibus, non nisi ex proprio consensu ligari potest; vt notat Gloss. *in* 1. *quæst* 4. *in summa*, & 24. *quæst.* 3. *in summa.* Sayr. *in claui lib.* 5. *cap.* 6. *num.* 20. & Suar. *tom.* 2. *de Relig. tract. de iuram. lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 16. quos referens sequitur Barbos. *in d. cap. veritatis, de iureiuran. num.* 10. 392

Ex dictis sequitur, an hæres defuncti teneatur vota adimplere: quod idem est, an obligatio voti transeat ad hæredes defuncti? Ratio dubitandi, quia ex *cap. licet*, 6. *de vot.* per text. ibi: *Et hereditatis emolumento priuetur*, notatur, hæredem expressa defuncti iussa, si negligat adimplere intra tempus statutum; priuari ipso iure emolumento, etiam prælegatorum, sibi competente ex hæreditate, vel testamento 393

stamento eiusdem defuncti; vt deciditur etiam *in Authent. hoc amplius, C. de fideicommiss. & in Auth. de Ecclesiast. tit. §. si quis autem collat. 9.* quantumuis onera expressè iniuncta, pia sint. Ideò responsio sit: voti realis obligatio defuncti transit ad hæredem etiam extraneum, & voluntarium sub ratione obligationis iustitiæ ipso iure, ex vi hæreditatis receptæ: text. *in l. hæres in omne, ff. de acquir. hæredit. & in l. nihil, 24. ff. de regul. iur.* Suar. *de Relig. tom. 2. tract. de voto, lib. 4. cap. 21.* Secùs de personalibus votis etiamsi hæredes sint filij; vt decisum est *in l. 2. ff. de pollicitat.* quia obligatio votorum personalium non exit à persona tam ex parte personæ obligatæ, quàm ex parte rei promissæ.

394 Longè aliter se habet obligatio voti realis; nam eo ipso quòd hæreditatem hæres adit, præsumitur contraxisse cum defuncto adimplere vota realia ipsius, & soluere, sicut reliqua omnia defuncti debita: neque opus est vt defunctus iniungat hæredi in testamento vt vota impleantur realia, prout minùs bene asseruit Anglea in Floribus *2. p. q. vnica de voto, art. 2. post 13. diffic. dub. 4.* eò quia etiamsi hoc onus defunctus non imponit hæredi, hæreditas ipsa secum defert illud, sicut & alia defuncti debita: ita Syluest. *verbo, votum, 2. quæst. 11. dict. 4.* & Angel. *verbo, votum, 3. num. 8.* Quod procedit etiam quando defunctus iussit hæredi vt ea vota non soluat, adhuc enim tenebitur; vt innuunt Syluest. *verbo, votum 2. quæst. 11. dict. 3.* Nauar. *in summa cap. 12. n. 56.* & Roderic. *2. tom. summ cap. 99. n. 11.* quatenus dicunt hæredem teneri ad hæc defuncti vota sicut ad alia eiusdem debita persoluenda.

395 Quid dicendum de votis mixtis, quæ sunt partim personalia, & partim realia, quale est votum peregrinationis, in quo quis iter, & expensas est facturus? Dicendum est, si defunctus vouit peregrinationem ad Limina Apostolorum, & eleemosynam illis largiendam; teneri hæredem ad solam eleemosynam: quia quoad illam, est votum omninò reale; & vtraque pars est independens ab alia, & æqualiter promissa præsumitur: secùs si testator votum peregrinationis, aut religionis promisit, & non impleuit, tunc hæres non tenetur ad expensas itineris, neque ad bona tradenda, quæ futura erant Religionis; quia hæc erant voto personali accessoria, & pereunte principali, perierunt accessoria: Nauarr. *in summ. cap. 12. num. 56.* Ludouic. Lop. *1. p. instruct. cap. 45. ad fin.* Azor. *Instit. moral. 1. p. lib. 11. cap. 15. quæst. 15.* & Anglez in Floribus *2. p. quæst. vnica, de voto, art. 2. post 13. diffic. dub. 4.* & Manuel. *tom. 2. summ. cap. 99. num. 12.*

396 Insuper si contingat votum defuncti fuisse emissum disiunctiuè, cuius altera pars personalis fuit, & altera realis, & defunctus neutri parti satisfecit; in hoc euentu, personali oneri hæres non tenetur satisfacere; sed partem realem tenetur adimplere, & personalis obligatio extincta est: quia votum erat disiunctiuum, & obligatio personalis per obitum illius mansit impossibilis; & quamuis vouens poterat alterutram partem voti disiunctiui eligere, dum erat in humanis; hæres tamen non potest eligere: & ideò tenetur hæres partem realem præstare: vt obiter vult D. Anton. *2. p. tit. 11. cap. 2. §. 5.* Secùs si vouens elegisset plenè partem personalem; quia tunc hæres, vouente non adimplente, ad nihil tenetur: Sanch. *in precept. Decalog. lib. 4. cap. 15. num. 31.* vbi *num. 32.* secundùm D. Anton. *2. p. tit. 11. cap. 2. §. 8.* decidit Monasterium quod iure hæreditario consequitur bona professi, teneri satisfacere obligationibus realibus, & votis in seculo emissis; nihilominus ipse non solum vota personalia, sed etiam realia multo verius credit extingui per professionem; quidquid sit de debitis realibus ad quæ tenetur hæres quando fuerunt emissa in seculo. Quinimò vota realia emissa tempore professionis non obligant Religiosum, nec ipsum Monasterium, neque hæredem, si eam intentionem concepit ante professionis articulum: vt vult Syluester *verbo, votum 4. quæst. 7. dict. 3.* & multò fortius si fuerunt emissa in ipso professionis articulo; quoniam censentur facta post professionem, & ex consequenti non obligant hæredem, qui successit, & possunt irritari à Superiore quasi post professionem facta.

Quæri potest quo ordine debeat hæres soluere debita contracta à defuncto? Responsio sit, esse præferenda legatis etiam piis debita realia contracta à defuncto: D. Thom. *opuscul. 73. de vsur. cap. 18.* Nauarr. *de restit. lib. 4. cap. 6. dub. 1. num. 7. & dub. 10. num. 48.* Medin. *de restitut. q. 2. dub. 5. conclus. 4.* & Frater Emanuel *p. 2. summ. cap. 46. conclus. 9.* quia legata non debentur ex iustitia, sicut debita; & ideò hæc priùs solui debent: quamuis contradicat Angel. *verbo, restitutio 2. §. 17.* eò quia bona defuncti sunt tacitè hypothecata pro legatis: sed melius volunt Petrus Nauarr. *d. cap. 6. dub. 10. num. 50.* & Frater Emanuel *p. 2. summæ cap. 46. conclus. 9.* dicentes debita etiam ab hærede contracta respectu defuncti, vt sunt impensæ funeris, & impensæ factæ in fauorem rerum relictarum in testamento, & inuentario, priùs esse soluenda, quàm legata etiam pia: quod extenditur ad alia debita ab hærede facta. Ea ea ratione, quia hæc debentur ex iustitia, legata verò ex consilio. Neque verum est bona defuncti esse hypothecata pro legatis, nisi quando bona testatoris sufficiunt, & debitis & legatis præstandis. Quin etiam Syluester *in verbo hæreditas 3. quæst. 9.* dicit si veniant creditores simul, & legatarij, peccare hæredem, si soluat priùs legatariis, quàm creditoribus; quia id facere non potest, nisi quando bona sufficiunt tam creditoribus, quàm legatariis: vt colligitur ex Syluestr. 397

Quando autem plures sunt creditores, & hæreditas non sufficit; dicendum est creditoribus habentibus dominium in re satisfaciendum ex integro: quia ius naturæ petit vt res extantes proprio domino in integrum reddantur; nec in hoc est ambigendi locus: ita Bald. communiter receptus *in l. pro debito, C. de bon. aut. iud. poss.* Ratio quia cùm rerum extantium dominium penes creditorem semper permansit, non sunt bona ista inter bona debitoris; idcircò ante omnia sunt domino restituenda, cùm bona aliena non debeant restitui aliis: imò nec ipsi possunt illa recipere, nec retinere, sed vero domino debent restitui. 398

Item quando concurrunt creditores, qui habent hypothecam expressam, aut tacitam, vel aliquo modo realem actionem, vel saltem personale priuilegium cum illis, qui tantùm habent actiones personales, vel chirographa; præferendi sunt semper habentes hypothecam, & satisfaciendi sunt in integrum huiusmodi creditores, quamuis posteriores sint tempore ipsis, qui habent actiones tantùm personales. Quinimò quando ostenditur realis hypotheca expressa, aut etiam tacita, ius ipsum naturale petit, vt totaliter ex re illa habenti hypothecam restitutio fiat, cùm hypotheca data sit ad assecurationem, & ad ius ipsi creditori conseruandum. Quando autem datur priuilegium personale, idem etiam, iuris beneficio, propter bonum commune factum videtur esse. Quare, qui prior tempore est, potior est iure, debet intelligi de debitis realibus, hoc est de habentibus actiones reales: atque ita priori hypothecæ reali expressa priùs quàm posteriori, debet fieri satisfactio, vt tradit 399

Syluest.

Syluest. *verbo, Restitutio, 6. quæst. 5. per totam.* Aragon. *2. 2. quæst. 62. ar. 8. in fin. conclus. 4.* Petrus Nauar. *lib. 4. de restitution. cap. 6. dub. 5. n. 3.* Bañnes *2. 2. quæst. 62. art. 8. post document. 5. conclus. 3.* & Frater Emanuel *p. 2. summæ cap. 46. conclus. 4.*

400 His affinis est quæstio quando nullum extat priuilegium, nec ratio dominij apparet, aut hypothecæ; sed omnes creditores æquè personalibus actionibus nituntur; quisnam eorum debeat præferri vt eorum debitum priùs illi sit soluendum? Præferendum esse antiquiorem, ita vt illi in solidum fiat satisfactio, alijs omissis, vult Medin. *de restitution. quæst. 2. dub. 5. conclus. 5.* & Valentia *tom. 3. disp. 5. quæst. 6. punct. 10. vers. septimo.* Nihilominus verius est, quando creditores nullã habent realẽ actionẽ in bona defuncti, nec priuilegiũ, nec hypothecã, hæredẽ nõ teneri satisfacere antiquiori, sed pro rata bona diuidenda iuxta proportionem debitorum: ita Nauarrus *in manual. c. 17. n. 51. vers. quinto loco*, & Petr. Nauar. *de restitution. lib. 4. c. 6. dub. 5. num. 31.* Aragon. *2. 2. quæst. 62. ar. 8. in fin. conclus. 5.* & Bañnes *ibi post documentum quintum, conclus. 2.* Carbo *de restitut. quæst. 92. conclus. 11. §. 6.* Ludouic. Lopes, *p. 1. instruct. conscient. cap. 110. in fin.* & Philiarchus *de officio sacerdot. p. 2. lib. 6. cap. 29.* vbi volunt integrum esse debitori propter multitudinem creditorum facere deteriorem causam creditorum, quando non habent nec dominium, nec hypothecam, nec priuilegium legale. Quinimò subdunt non posse debitorem integrè vni ex creditoribus satisfacere, quando non datur hæreditas omnibus creditoribus sufficiens ad soluendum propter iniuriam alijs inferendam; atque ita si concurrant multa furtiola solùm numero distincta, seu plures vsuræ, non est consideranda ratio prioritatis furti, aut prioris vsuræ, sed omnibus pro rata satisfaciendum est. Idem dicendum concurrẽtibus pluribus debitis personalibus eiusdem rationis, vel æqualitatis, & solùm numero diuersis.

401 Sed quid dicendum de nodosa satisque intricata difficultate, quando defunctus reliquit multa debita contracta, alia illicitè, alia autem licitè, hoc est, contracta ex emptione, aut locatione licita; & alia ex contractu vsurario; quod intelligitur quando res restituendæ non extant in specie, neque etiam extãt bona quæ omnibus debitis sufficiant? Sunt qui dicant priùs esse soluenda debita illicitè facta, quàm ea, quæ licitè fuerunt cõtracta: ita videtur D. Thom. asserere Opuscul. 72. de vsur. cap. 18. vbi tenet, sic: *Ablata priùs restituenda sunt, quàm debita.* Ex ea ratione, quia hoc modo aufertur iniuria illata Deo, & homini: in solutione autem debitorum, quæ fuerũt facta licitè, non tollitur iniuria, sed tantùm satisfit iustitiæ, & ius naturale, & diuinum magis obligat iniustè accepta restituere, quàm iniustè retenta: ita Salon *2. 2. q. 62. ar. 8. in fin. conclus. 1.* & Bann. *ibi.*

Alij autem tradunt in restitutione istorum nullũ esse ordinem seruandum, sed restituenda esse pro rata omnibus: ita Syluest. *verbo, Restitutio, 6. quæst. 5. in fin.* Aragon. *2. 2. quæst. 62. ar. 8. in fin. conclus. 6.* & Petrus Nauarr. *lib. 4. de restit. c. 6. dub. 8. num. 41.* eò quia in hoc euentu vt supponimus nullum datur priuilegium personale, neque vlla est realis hypotheca, neque res in specie extant, sed bona tantùm personaliter sunt obligata: quod cùm ita sit, nemo est præferendus, sed omnibus pro rata facienda est restitutio ab hærede creditoribus defũcti: Vnde cùm iura non distinguant inter debita contracta licitè, & inter contracta illicitè, nullus est alteri præferendus, quia omnes habent ius ad illa bona sine præiudicio aliorum; & ex consequenti pro rata quilibet eorum debet recuperare suum. Iuuat in foro iudiciali non esse in consideratione rationem debiti ex delicto, vel licito cõtractu facti, quando est actio tantùm personalis; quia tunc nullus præfertur alteri.

Porro Caietanus *in summa, verbo, Restitutio, c. 8.* docet, si bona vsurarij non satis sint ad soluendum debita licitè contracta, & illicitè; priùs debitis licitè contractis subueniendum esse integre, & si quid superfit, de residuo soluenda esse debita illicitè contracta. Ratio Caietani quia si nõ restituerentur priùs debita ex licitis contractibus, eo ipso inciperent aliena inuito domino retineri, quæ vsque ad illam horã accepta, & possessa erant, volente, & expectante domino. Ob quam rationem Nauarr. *in Manuali c. 27. n. 52.* putat sententiam Caiet. esse sequendam. Sed respondetur falsum esse fundamentum, nimirũ bona illa esse aliena; eò quòd, quæ per licitos contractus acquiruntur non sunt aliena, sed bona propria ipsius debitoris, ac proinde possunt expendi in satisfaciendo onere personali, quod ipse defunctus habuit secundùm proportionem ad ea debita, ad quæ hæres obligatur.

Quæstionis est an hæres factus semel possit desinere esse hæres? Responsio est negatiua, *l. in substitutione, ff. de vulgar. & pupill. substit. & §. 1. instit. de fideicommiss. hæred.* Menoch. *lib. 4. præsumptio. 183.* & priùs *præsumption. 141. n. 27. l. et qui soluendo, ff. de hæred. instit.* & multis probat Socin. senior *cons. 14. n. 4. & 5. lib. 1.* & Syluan. *cons. 23. n. 2.* dicentes, Qui semel est hæres, nũquam desinit esse hæres, & præsumitur eadẽ persona cum defuncto: Menoch. *d. lib. 4. præsumption. 117.* præsumiturque dominus omnium eorum, quæ erãt apud defunctum. Gloss. vltim. *in c. si Episcopum, 16. quæst. 6.* & confert text. *in l. cum ita. §. species, de legat. 2.* & sentit Gloss. *in l. 1. C. de seruis fugit.* & Bald. *in l. de his, C. de furt.* Cùm ergo hæres fiat à defuncto dominus suorum bonorum, transeunt bona eum onere suo ad hæredem, vt satisfaciat creditoribus defuncti; nam hæres idem est quod dominus, & testator hæredem instituendo eum facit dominum: Menoch. *lib. 4. præsumpt. 67. ex num. 2. & ex num. 26.* 402

Aliquando tamen hæres qui semel est potest desinere esse hæres, videlicet potest desinere per fideicommissum, vt scribit Alex. *in l. in substitutione, n. 8. de vulgar. substit.* & ideò quamuis facto testatoris non possit quis desinere esse hæres directò, postquam semel hæres factus est, tamen potest desinere per fideicommissum; & fideicommissariua effectu quodammodo quasi hæres est; *l. si filius familias, §. si filio, ff. quod cum eo.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. p. 2. lib. 14. tit. 45. num. 36.*

Item quæri potest, vtrũ hæres, cui testator imposuit pro exoneranda sua conscientia, vt faceret quod Confessor, aut alter vir bonus dixerit, teneatur credere, petenti sibi centum, vt clam restituat de mandato testatoris? Pro parte negante adducitur voluntatem captatoriam non sustineri, *l. captatorias, ff. de hæred. instit.* & in hoc euẽtu dispositio testatoris præsumitur captatoria, quia pendet à voluntate tertij, hoc est Confessoris, prout dicitur *in l. illa institutio, ff. de hæred. instit.* ergo non est fides habenda Confessario, vel prudenti viro dicenti, sibi esse danda cẽtum ad restituendum. Pars autem affirmans deducitur ex *l. quem hæredi ff. de reb. dub.* dicente, hæredem, cui dixit testator, redde aliquid illi, quem dixero tibi, teneri ad reddendum illi, de quo testator videtur intellexisse, quando aliqua coniectura id ostenderit Nauarrus *lib. 3. consil. de testam. 16.* ergo standum est dicto illius. Accedit Confessorem non posse cogi ad detegendas causas, & personas, quibus danda sunt illa centum, *argumento cap. omnis, de pænit. & remiss. & cap. sacerdos, de pænitent. dist. 6.* 403

Dicendum

Dicendum tamen videtur hæredem in hoc casu non teneri credere dictis Confessarij, seu prudentis viri nisi quoad illa, quæ per aliquas coiecturas, quæ verosimiliter intentioni testatoris accedere videntur, vt vult Bart. *in l. Theopompus, ff. de dot. prælegat.* & Couar. *in c. quam tibi, sub finem, de test.* præsertim quando prædicta dispositio non fuit mandata ad pias causas, nec Confessarius, seu vir prudens illas exprimit: Nauarr. *d. l. 3. cons. 16. n. 4.*

404 Confert aliquando posse hæredem interpretari voluntatem testatoris, & interdum lex ipsa committit declarationem ipsi hæredi instituto, & sine dubio hæres non potest declarare obscuram defuncti voluntatem, si error contingat circa hæredis institutionem, quia ante declarationem non est hæres: ita Alex. *in l. ita stipulatus, n. 32. in fin. ff. de verbor. oblig.* Procedit ergo declaratio hæredis, quando certum est aliquid sensisse testatorem, *l. si quis à filio, §. si quis plures, ff. de leg. 1.* & *ibi* Bart. non tamen permittitur declaratio voluntatis defuncti hæredi suo quando ex illa tertius patitur detrimentum; licet lucrum, quod quis posset fortassis consequi, deperdat; vt contingit in legatis: id quod colligitur etiam *ex l. apud Iulianum, § scio, eodem tit. de leg. 1. & l. si quis seruum, §. si inter duos, de leg. 2.* & Bart. *in d. l. si quis a filio, de leg. 1.* & Abb *cons. 80. n. 5. vers. præterea lib. 2.* & Martin. Montes à Cueua *dec. 35. causar. ciuil. n. 35. fol. 388.*

405 Non potest item hæres contra factum defuncti venire, quia esset contra factum sui ipsius; & regulariter defuncti factum non potest infringere, nisi factum sit illegitimum; tunc enim venire potest cōtra: text. iuncta Gloss. *in c. quod quis 35. q. 9.* & Gloss. *in c. veniens, in verbo, restituas, de filiis presbyt.* Afflict. *dec. 278. n. 1. & 2.* quos referens sequitur Cacheran. *decis. 181. n. 19.*

406 Dubitatur tamen vtrùm possit hæres rem venditam à defuncto retrahere? Et quamuis aliqui negent quia quodammodo venit hæres contra factum defuncti, & contra factum proprium, iuxta text. *in l. hæredem, ff. de regul. iur.* pro quo tamen facit *l. 70. Tauri, & l. 13. tit. 10. lib. 3. fori*, quod procedit quando defunctus vendidit extraneo rem aliquam: & confert *l. 6. & 7. tit. 7. lib. 5. Ordin. & l. 7. & 8. tit. 11. lib. 5. recopil.* quæ disponunt consanguineum posse retrahere rem venditam à consanguineo alicui extraneo pro eodem pretio intra nouem dies; quod intelligitur nisi talis consanguineus sit filius, aut hæres à venditore institutus; tunc enim nequit hæres rem illam à venditore defuncto venditam extrahere pro eodem pretio, eo quòd esset venire contra proprium factum ipsius; præsertim, quia supradictæ Leges Castellæ sunt exorbitantes dum loquuntur de consanguineis: atque ita non debent extendi extra casum, de quo loquuntur, nec trahi debent ad alium hæredem venditoris: ita Ancharan. *in c. constitutus, de in integr. restit.* Alij autem verius tradunt posse hæredem redimere rem à testatore venditam extraneo secūdùm prædictas leges Regias; inter quos Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. n. 51.* & Gōm. *l. 70. Tauri, n. 10.* Ex ea ratione, quia quamuis hæres nequeat venire contra factum defuncti, quia ex consequenti contra factum sui ipsius venire diceretur potest tamen vti alio iure consanguinitatis scilicet, per virtutem *l. venditor, ad Trebell.* ita Gom. *l. 70. Tauri*, Duenn. *regul. 330.* & Couar. *in practic. quæstion. cap. 26. n. 4.*

Pro qua sententia stat *cap. constitutus, de in integr. restit.* per text. ibi: *ius offerendi emptoribus pretium*, per quem text. notatur quòd solares patrimonij, vel generis retrahi potest, etiamsi vno, & eodem pretio fuerit vendita cum alia, vel aliis non patrimonialibus, dolo etiam, vel fraude non probatis: ita Tiraq. *de retract. lignag. §. 21. n. 6. & sequent.* & Matienz. *l. 7. gloss. 7. n. 31. tit. 11. lib. 5. noua recopil.* & Gutier. *lib. 2. practicar. q. 162.* vbi de hac re plenè; concludens retractum habere locum pro re patrimoniali, vel auita simul vendita cum aliis quæ non sunt huiusmodi, etiam vnico pretio. Quod probat Cyfuene. *in d. l. 71. Tauri, in primo dubio.*

Quid dicendum de hærede defuncti, an possit pro ære alieno ipsius in carcerem detrudi? Responsio est affirmatiua sicut poterat defunctus aduersus quem executio habebat locum, & sicut defunctus, sic ipse hæres carcerari potest: ita Bart. *in l. postulante, ff. ad Trebell.* & Iason *in l. diuortio, §. interdum n. 6. ff. solut. matr.* Anton. de Canario, *de instrumentis execut. q. 30.* Suar. *extensione prima ad leg. Tolet. n. 10.* Ant. Gom. *in l. 64. Tauri, n. 5.* eò quia per aditionem hæreditatis hæres repræsentat personam defuncti, & in illum transeunt omnia iura personalia, realia, & mixta, *l. ex his, ff. de verbor. oblig.* & ad omnia ad quæ tenetur, & potest compelli debitor principalis in vita, tenetur, & potest compelli eius hæres: ex quo inferunt Bart. Paul. Imol. & Alex. *in l. postulante, ff. ad Trebell.* Quod si ex forma legis, vel statuti debitor potest carcerari pro debito, posse etiam eius hæredem. Sequitur Parlador. *lib. 1. rerum quotid. cap. fin. 4. p. §. 1. n. 6 & 7. fol. 199.* vbi addit id procedere quando priùs liquidatur, & declaratur quòd est hæres, & adiuit hæreditatem, vt probat textus *in l. cum hæredes, ff. de acquirend. possess.* ibi *adita hæreditate:* quod tamen locum non habet, quando hæres confecit inuentarium, tunc enim in carcerem pro debito detrudi non debet. Gom. *supra d. n. 5.* & Parlador. *num. 7.* 407

Sequitur de legatariis, præsertim puris, & in diem, & aliis. Nam legatorum sicut quædam sunt pura, quædam in diem, quædam sub modo, quædam sub conditione: sic etiam legatariorum quidam sunt puri, quidam in diem, quidam sub modo, quidam sub cōditione, de quibus iam aliqua supra, *§. præcedente.* Illud autem pro puro legato addendum est; quando euidens non est legatum non esse purum, censendum esse purum, & ea de causa aduersario tunc competere onus probandi non esse purum: ita Gomes. *variar. tom. 1. c. 12. n. 57.* 408

Legatum in diē illud dicitur, quod est soluendum in diem, aut tempus futurū post mortem testatoris; dummodò talis dies, aut tempus sit certum, etiamsi longissimè distet dies certus à morte testatoris, trāsmittiturq; legatum à legatario in diem ad hæredes illius, si post testatoris mortem, sed ante eum diem legatarius moriatur: ita expresè dicitur *in l. si dies apposita, & l. si post diem, ff. quando dies legat. cedat.* nimirum si testator dicat: Tradatur Titio certa summa decem annis transactis post mortem meam. Ratio, quia statim atque fuit adita hæreditas, cessit dies legati illius, illique fuit debitum, sed soluendum transactis decem annis, post mortem testatoris. 409

Diximus quando dies est certus soluendo legato: quia si dies, aut tempus solutioni deputatum, est incertum; non est legatum in diem, sed legatum sub conditione: textus *in l. 1. ff. de condit. & demonstr.* textus *in l. dies incertus, eodem titul.* cuius sunt verba sequentia: *Dies incertus conditionem in testamento facit.* Gomes. *d. n. 57.* Molin. *tom. 1. de iust. disp. 205. vers quod si testator, pag. 1253.* Est ergo dies incertus quādo testator ait: Tradātur Titio centum in die, quo factus fuerit Titius Episcopus, vel venerit ex India Nauis. Quare si Titius moriatur post testatorem, sed ante illum diem ascendendi ad Episcopatum, vel antequam nauis ex India veniat expirat legatum, & pertinebit ad testatoris hære- 410

dem

dem *l.1. §. dies autem, & l. hæres meus, §. hæres, ff. de condit. & demonstr.*

411 Legatum sub modo est quando testator ait: lego
Titio ædes meas, ea lege, vt eas non alienet: aut si
dicat, lego fundum eidem vt mihi sepulchrum ædi-
ficet, aut vt quotannis pro meis defunctis decem
Missas faciat celebrari. Huiusmodi legata eo ipso
quòd testator diem extremum clauserit, vim habent
antequam onera illa a legatariis impleantur. Vnde
sequitur quòd modus sit veluti quædã lex, seu onus
dispositioni in futurum impositu, quod dispositio-
nem non suspendit: vnus tamen si non seruetur, di-
spositio reuocari interdum potest; imò eo ipso inter-
dum manet reuocata: Gom. post alius *d. c. 12. n. 60.*
412 Molin. *supra disp. 208.* Distinguitur tamen modus
à conditione presse sumpta; nam quamuis vtrumq;
sit in futurum, conditio tamen suspendit disposi-
tionẽ donec impleatur conditio: secùs se habet mo-
dus, quia non suspendit, sed habet vim antequam
impleatur, & legatum sub modo transmittitur, quã-
do modus per hæredes impleri potest sicut per lega-
tarium, tenetúrq; hæres modum implere. Ant. Gom.
supra c. 12. n. 61. Denique modus per particulam, *vt,*
& alias æquipollentes explicari solet, & interdum
modus cõditio appellatur; vt patet *ex l. liberto 21. §. Lucius, ff. de ann. legat. & l. Titio centum, 70. §. 1.* &
ibi notat Paul. *n. 2. ff. de condit. & demonstr.* Barbos.
in c. verum, de condit. appos. n. 6. verbo, interposita conditione, hoc est interposito modo, vt Glossa *ibi*, &
Doctores: nam textus præsupponit donatum Eccle-
siæ acquiri, & postea onus esse implendum; quo casu
censetur modus, & non conditio.

413 Porro si intercedat pactũ, vt modo non obseruato,
donator propria authoritate rem recuperet, tale
pactum obseruandum est: *l. 4. C. de pign.* Quod ita
contra Innocentium *in c. verum, de foro compet.* re-
soluunt vt receptum Pinell. Lusit. *in l. 1. C. de bon. mater. p. 3. n. 54. vers. infertur 21.* & Tiraquel. *de retract. conuent. n. 14.* Quinimò donatio modalis facta
Ecclesiæ, vel pio loco non potest reuocari, nisi ex-
presse fuerit conuentum Socin. *regul. 382. priuil. 60.*
414 & Modus fauore Ecclesiæ semper præsumitur causa
impulsiua: Couar. *lib. 1. variar. c. 14. n. 6.* Surdus *de aliment. tit. 1. q. 48. n. 70.* & interdum modus fauo-
415 re piæ causæ præsumitur causa finalis, si sit commo-
dum & fauor ipsius piæ causæ vt talis præsumatur:
secùs si sit ad odium ipsius piæ causæ; tunc contra
præsumeretur non esse finalem: Tiraquel. *in tract. cessante causa, limit. 1. n. 58.* Molin. *d. disp. 208. vers. ad hunc etiam.*

416 Legatum sub demonstratione, est quando testator
ponit signum rei legatæ, locum, vel quantitatem,
per quam cognoscatur; & in hoc casu si demonstra-
tio est vera, sustinetur legatũ, & efficit illud certum:
at verò si demonstratio est falsa, ambigitur an vitie-
tur legatum? Sed regulariter non vitiatur, nec dis-
positio corruit, nimirum si testator dicat: lego filio
meo talem fundum, vel domum, quam emi à Titio,
vel mihi donata est: nam quamuis talis domus non
sit empta, nec donata; sed alia via comparata, susti-
netur legatum. Eodem modo si testator dicat: Lego
Titio talem domum, vel fundum, quia mea negotia
expediuit; quamuis nec expediuerit, nec fecerit, lega-
tum debetur: ita Bart. Bald & communiter Scribent.
in l. demonstratio falsa, ff. de condit. & demonstr. eò
quia demõstratio illa non erat necessaria, & ideò non
debet vitiare, quoniam solemnitas, quæ non est ne-
cessaria in actu, si apponatur, & minùs commodè,
non facit actum vitiosum: iuxta Gloss. singularem
in iure, *§. multis,* aliàs *§. serui, Inst. de libert.* Bald. *in l. consentaneum, C. quomod. & quand. ind. col. 5.* pro qua
est text. *in l. vnica, vers. fin. C. de rei vxor. action.* text.
in l. 1. §. fin. ff. de dot. prælegat. & ibi Gloss. *ff. de verbor. obligat.*

---

§. XIV.

De quarta Falcidia, & quid sit, & vnde ortum habuerit.

EPITOME.

- 417 *Falcidia à falce dicitur, quia secat legata tanquam falcis instrumentum.*
- 418 *Falcidia est quarta portio, quæ ex legatis deducitur.*
- 419 *Falcidia quomodò, & ex quibus bonis detrahi debet.*
- 420 *Falcidia ex quibus causis non detrahitur.*
- 421 *Falcidia an sit deducenda quando hæres inuentarium non confecit.*
- 422 *Falcidia an videatur prohibita si testator vult legata pleno iure præstari.*
- 423 *Falcidia quando intelligatur prohibita.*
- 424 *Falcidia non videtur prohibita ex eo quod testator fecit facultatem legatario vt propria authoritate rem legatam possit accipere.*
- 425 *Falcidiæ detractio potest hodie prohiberi à testatore: secus olim erat.*
- 426 *Commodum falcidiæ detractionis hæredi conceditur à iure, vt possit adire hæreditatem, & legata præstentur legatariis.*
- 427 *Falcidia fuit inuenta vt hæres spe lucri adeat hæreditatem,*
- 428 *Falcidia non habet locum in donatione inter viuos, sed in omnibus donationibus, quæ morte confirmantur.*
- 429 *Falcidia non detrahitur quando aliquid ita legatur, vt alienari in perpetuum nequeat.*
- 430 *Falcidiam deducere potest hæres interim dum legatarij non contrauenirunt, aut sententia non fertur.*
- 431 *Falcidia non detrahitur iubente testatore, vt hæres non possit plus petere vltra relictum.*
- 432 *Falcidia in legatis ad piam causam non habet locum, potest tamen imponi à testatore.*
- 433 *Legata pia nequeunt extenuare legitimam, quæ semper integra debetur.*
- 434 *Filius esto, approbet testamentum patris, adhuc hoc non obstante potest petere integram legitimam; quamuis aliqui contrarium putent.*
- 435 *Filius si renunciet expressè legitimæ adeundo hæreditatem, non potest petere legitimam integrè.*
- 436 *Filius sub conditione grauatus non solum legitimam, sed etiam trebellianicam potest detrahere: legitimam, iure naturæ; trebellianicam, quando grauatur sub conditione.*
- 437 *Filius si purè rogatus sit restituere, vnam tantùm quartam deducet.*

SEquitur dicendum de Falcidiæ lege, cui legata 417
subiacent, *l. 2. §. de legatis autem, C. de veter. iur. enucle* nec est abs re videre vnde lex Falcidia dicatur;
quæ sit eius potestas: cur fuerit lata; & quando lo-
cum habeat. Lex ergo Falcidia, secundùm aliquos à
falce dicitur, eo quòd legata resecat, *l. Plautius, ff. ad l. Falcid.* Iure tamen Canonico notum est eam à Fal-
cidio auctore sic appellari: *c. quadam, 2. dist.* Cuius
quidem potentia hæc est: nam cùm posset vnusquis-
que per verba legis duodecim Tabularum, legare
totam sui patrimonij substantiam, vt dicitur *in l. verbis legis, ff. de verbor. signification. §. disponat, in Authent. de nuptiis, Instit. de leg. Falcid. in principio,*

Falcidia statutum est ne quis vltra dodrantem bonorum suorum legare valeat: *d.l.1.ff.ad leg. falcid.& Instit. eod.tit.in princip.*

418 Quare quarta portio, quæ detrahitur per l. Falcidiam ex legatis, quæ excedunt dodrantem, dicitur Falcidia, *l. Hæreditatem, §.vltim. l.id autem, & l. in quartam, circa finem, ff. eodem tit.* Quæ Quarta hæredi est debita iure institutionis, quæ etiam à principio, cùm lex Falcidia sancita fuit, detrahi poterat contra expressam testatoris etiam voluntatem. Hodie autem potest à testatore prohiberi, *§. si vero expressim, in Auth. de hæred. & falcid. Auth. sed cum testator, C. ad leg. Falcid.* Molin. *de inst. disp.113. tom.1. pag.1292. & seqq.* Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib.9. tit.14. n.2.* vbi *n.3.* concludit Falcidiam debitam iure hæreditario olim non potuisse prohiberi; hodie tamen sic: sequitur Menoch. *de præsumpt. lib.4. præsumpt.198. n.2.*

419 Dicitur autem testator voluisse prohibere Falcidiam, quando sciens vires sui patrimonij, expressis verbis eam prohibuit: ita constituit Iustinianus *in Auth. sed cum testator, C. ad leg. Falcid.* cuius verba hæc sunt, ibi: *Sed cùm testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonij, cessat Falc.* Porro ambigitur an testator ipse præsumatur scire vires sui patrimonij? Dicendum præsumi tenuisse in hoc casu, quando scilicet vetuit detractionem Falcidiæ: ita Bart. *in d. Authent. sed cum testator, n.5. vers. Prædicta.* sequitur Pinel. Lusit. *in l.2. in 1.p.c.2. n.32. C. de rescind. vendit.*

Similiter detractio Falcidiæ prohiberi potest tam in codicillis, quàm in testamentis: vt notat Couar. *in c. Raynald. §.3. n.6. vers. in summ. de test.* Menoch. *d. lib.4. præs.198. n.6.* non solùm expressè, sed etiam tacitè ex coniecturis censebitur prohibita, si coniecturæ apparent; præsertim quando testator mandauit restitui omnia bona sua: Castrens. *in d. Auth. sed cum testator, col.1.* Mantic. *de coniect. lib.7. tit.11. n.6. & 7.* Mascard. *de probat. concl.1389. & seqq.* post Bart. Bald. Angel. & alios, quos referens sequitur Menoch. *d. præsumpt.198. n.11.*

Quæstionis est an detrahatur falcidia ex institutionibus factis ex rebus certis? Pars negans ex eo probatur, quia lex falcidia derogat legi duodecim tabul. & loquitur de legatis; iuxta *l.1. in princ. ff. ad leg. falcid.* ergo non debet extendi: *l. præcipimus, in fin. C. de appell.* Item quia institutio ex rebus certis non appellatur propriè legatum, quamuis vicem legati sustineat, *l. quoties, C. de hæred. instit.* Item quia ratio legatis falcidiæ cessat in institutione singulari: nam si hæres ex vniuerso institutus renunciat, hæres particularis fit vniuersalis: *l.1. §. si ex fundo, l. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instit.*

Contraria tamen sententia magis placet; nam cùm hæres vniuersalis est institutus, legatum censetur institutio facta ex rebus certis: ita habetur expressè *in l. ex facto proponebatur, ff. de hæred. instit. in vers. & si fortè,* & *ibi* Bart. & Bald. *& in l. quoties, C. famil. ercisc.* & *ibi* Alex. *n.5.* & ita respondit Corn. *in cons.236. n.2. & 3. vol.3.* & sequitur Socin. iun. *in cons.122. n.20. vol.1* & carere dubitatione tradit *cons.134. n.6. & 7. eod. vol.1.* Nec refert quòd lex Falcidia intelligatur de legatis: Quia dici potest, quòd omnia verba legis Falcidiæ non referantur *in d.l.1. ff. ad leg. falcid.* Item secundò dici potest, verbum, *lego*, habere latissimum significatum; vt deducitur *ex l. verbis, ff. de verbor. signific.* nec verbi significatio à lege falcid. fuit arcta, sed latissima potestas legandi a lege 12. tabul. concessa, fuit coangustata; vt patebit legenti.

420 Sunt tamen casus in quibus non detrahitur falcidia: vt iure Codicis cessat in testamento militis militantis, *l. in testamento, C. eodem tit. l. in testamento, de militar. testament.* Item non detrahitur Falcidia iure nouissimo si prohibuerit testator. Item si æs alienum totam euacuet hæreditatem; quemadmodum enim tunc legata cessant; ita etiam & Falcidia. Petrus Greg. *in syntagm. iuris p.3. lib.42. c.34. ex n.9.* Mantic. *de coniectur. lib.9 tit.14. n.16. §. si quando; in Auth. vt sponsal. largit. Authent. sed & in ea, C. ad l. Falcid.* eò quòd secundùm Glossam legatarius censetur alienare si permittat Falcidiam detrahi: ita Aretin. *cons.12. n.7.* & Ruyn. *cons.89. n.25. & cons.150. vol.2.*

Sed quid quando hæres inuentarium non confecit intra tempus, & seruata forma a iure præscripta? 421 Dicendum est, non solum prohibitam esse Falcidiam, sed etiam quamuis vires hæreditatis excedant, integra legata esse præstanda: prout deciditur *in Authent. de hæred. & falcid. §. sancimus, & §. si vero non fecerit, in Authent. sed cum testator, C. ad l. falcid.* Porrò quando hæres inuentarium confecit intra tempus, & iuxta formam præscriptam, potest hæres deducere impensam funeris, & quod expendit in insinuatione testamenti, & in inuentario conficiendo, & in alijs rebus hæreditati necessarijs, & vt de reliquo tantùm hereditatis satisfaciat creditoribus, & soluat legatarijs. Vnde si deductis huiusmodi expensis, & soluto ære alieno, non supersit sibi quarta pars solutis legatis, possit ab illis Falcidiam detrahere, *l. vltim. §. in computatione, C. de iur. deliber.* Gail. *obseruat.138. n.5. lib.2.* vide Menoch. *cons.272. n.61.* vbi de Falcidia.

An verò videatur Falcidia prohibita, si testator 422
voluit totum legatum integrè præstari? Pars affirmans habetur *in l. decem, in fin.* & *ibi* Gloss. *ff. de fideicomm. libertat.* Alexand. *in cons.201. n.6. & 7. vol.6.* vbi id probat satis, & Aretin. *in l. centurio, n.11 ff. de vulgar. & pupill. subst.* Similiter testator censetur falcidiam prohibuisse si dicat vt executores capiant, & distribuant vsque ad plenam legatorum solutionem: ita Ruin. *in cons.117. n.21. vol.3.* vbi testatur de communi: & quamuis ambigi possit sitne falcidia prohibita, quando testator vult quòd le-
gata tota præstentur; nihilominus si addiderit, tota, 423
& integra; non est locus dubitationi: ita Socin. iun. *in cons.133. n.7. vol.1.* Eodem modo res se habet si testator dicat quòd præstetur legatum sine diminutione; tunc enim non est locus Falcidiæ, quia constat de voluntate testatoris: Felin. *in cap. audiris, n.11. de prescrips.* & Crauet. *in cons.174. n.1. in fin.* Caldas Pereir. *de Emption. c.9. n.6. & 8.* vbi ait, hæredem grauatum præstare tota, vel integra legata, non posse detrahere falcidiam.

Verùm autem censeatur prohibita falcidia quan- 424
do testator voluit, vt legatarius rem legatam acciperet propria authoritate? Responsum est negatiuè; quia ex hac licentia non potest colligi legitima coniectura, vt propterea intelligatur Falcidia pro-
hibita; nisi expresserit, vt rem totam, vel integram 425
possit accipere: ita Salycet. videtur sentire *in l.1. n.11. C. de pactis*: posse autem hodie prohibere testatorem falcidiam, est communis, ex Bartol. *in l. qui quadringenta, in fine principij, ff. ad legem falcid.*

Et quamuis hæc quarta Falcidia hæredi dicatur esse debita iure hæreditario, seu iure institutionis, *l.1. §.1. cum* Gloss. *in vers. quartam, ff. eodem tit.* quæ etiam à principio, cùm lex Falcidia lata est, deduci poterat contra expressam voluntatem testatoris *l. quod bonis 15. §.1. l. Titia, in fin. ff. eodem tit.* Hodie tamen potest prohiberi per testatorē: *§. si vero expressim, in Auth. de hæred. & falcid.* Mol. *de inst. tom.2. disp.187. pag.1139.* vt cōstat ex iure Authēt.

Authent.sed cum testator,C.ad leg.falcid.& ex Auth. de hered.& falcid. Mantic.*de coniectur.lib.9.tit.14. n.3.* Quinimò attento iure Castellæ cessare falcidiam tradit Spin. *gloss.8. de legato, numer.90. in legatu*, post Gom *tom.1. resol. cap.15. n.11.* & ita fuisse iudicatum in supremo Senatu refert Menez. *in l.eam quam, C.de fideicommiss.* Nihilominus addit non propterea manere hæredem ex hoc, sine lucro & commodo, explendo piè defuncti voluntatem: vt *in Auth.de hered.& falcid.§.si vero, collat.1.*

426 Commodum ergo detrahendi falcidiam conceditur hæredi ad adeundum hæreditatem, vt legata præstentur; *ex l.1.tit.4.lib.5.noua collection.Reg.* Nam ex iure communi, Falcidiæ, & Trebellianicæ remedium ideò introductum fuit, vt hæredes testamento scripti facilius incitarentur ad hæreditatem adeundam, & ita vltimæ defunctorum voluntates effectum sortirentur, quæ aliàs aditione neglecta irritæ manent, vt potè cum ex non aditione testamenti robur omnino maneat inane: vt in proposito tradit Alciat. *Paradox.lib.5.c.19.* & Molin. *de primog. lib.1.c.17.n.9.vers.nec obstat si dicatur.* sed non
solum hæredum gratia, verùm etiam propter testatores lex Falcidia fuit illata, vt scilicet, testamenta haberent effectum ad vtilitatem publicam respicientem, *l.vel negare,ff.quemadmodum testam. aper.& l. Gaius, §.quid si is*, cum Gloss. *in verbo, vtilitatem, ff.*
427 *de liber.& posth.* Cùm ergo hæres scriptus recusaret sine spe lucri adire hæreditatem, & manere oneribus hæreditatis obstrictus, mouebatur ad aditionem spe falcidiæ, ne legata redderentur inutilia, quippe fundamento sublato ruit ædificium: *l.flaminium,§.idem Seruius, de damn.infect.* sed quia caput totius testamenti est hæredis institutio, *§.ante heredis, Instit.de legat.* idcirco visum fuit ob bonum publicum, vt hæres posset quartam partem bonorum recuperare; cui bono lex falcidia prouidit, vt hæres hoc lucro inductus faciliùs moueretur adire hæreditatem, & satisfacere voluntati testatoris. Atque ita quamuis falcidia fauore testatorum fuerit inducta, & testator olim fauori suo non posset renunciare, & falcidiam impedire, eò quia in gratiam etiam hæredum prædicta falcidia fuit promulgata; non est dubiū quin ipse hæres poterit beneficio legis falcidiæ renunciare: sed hodie, vt diximus, testator potest falcidiam impedire, quia satis publico commodo prouisum videtur, cùm hæres propter præmium salutis æternæ valeat hæreditatem adire: vt tradit Bart. *in §.si verò expressim, in d.Auth.sed cum testator,* & *ibid.* Castr. *n.4.* & si non adiuerit; tamen relicta in testamento valent, & hæreditas defertur certis personis expressis *in d.§.si verò expressim,& in Auth. hoc amplius, C.de fideicomm.*

428 Quæstionis est an falcidia habeat locum in donationibus inter viuos? Respondetur non solùm detrahi à legatis, sed etiam à donationibus causa mortis, *l.cùm pater, §.eorum, ff.de leg.2.l.1.§.si quis ex mortis, ff.quorum legat.* Gom. *tom.2. variar.c.4.n.17. illation.3.* Molin. *de primog.lib.1.c.12.n.9.* Couar. tamen *in rubric.de test.p.3.n.20.* vult duntaxat ex donatione causa mortis posse detrahi falcidiam, quando facta est in codicillo, seu testamento: secùs si fiat donatio extra testamentum, seu codicillum. Nihilominus vbicumque fiat donatio causa mortis, potest ex ea deduci falcidia, si morte confirmetur. Ex quo
sequitur non detrahi falcidiam de donationibus
429 inter viuos, quin non sapiunt naturam vltimæ voluntatis. Eodem modo non detrahitur falcidia quando testator prohibuit rem legatam alienari; vt diximus *n.4.* ex Mantic. *supra n.16.*

430 Illud etiam addi potest falcidiam posse detrahi ab hærede legatariis non contrauenientibus, aut dum sententia non fertur, quoties in pœnam nequit illam extrahere; nam regulariter nemo tenetur pœnam subire antequam ipsa exigatur, atque feratur sententia, præsertim quando subire pœnam est aliquid soluere, Molin. *de iust.disp.213.§.vlt.* incipit, *Maius dubium*, vbi concludit hæredem in foro conscientiæ non teneri soluere pœnam ante latam sententiam: Sanch. *lib.2.in præcept.Decal.c.22.ex n.18.* vbi *n.19.* id extendit etiam quando pœna imponitur ipso iure. Quod tanquam probabilius tradit *n.20.* requiri semper sententiam saltem declaratoriam criminis: quæ res cùm sit dubia, dicendum est noluisse legislatorem obligare ad pœnam ante diuinem iudicis sententiam; vt bene docent Nauarr. *Summa Hispana c.28. additione ad n.66. c.23.* & Simanch. *de Instit. Cath.tit.9. n.227.*

Non detrahetur tamen falcidia quando hæres institutus accipit à testatore, vt non possit plus petere, vel habere, quàm quod sibi relictum est: ita Bald. *in l.cùm patrem, n.4.C.de iur.dot.* Mantic. *de coniect. lib.9. tit.14. n.21.* 431

An verò Falcidia sit prohibita in legatis ad causam piam ambigitur? Constat tamen esse prohibitam *ex Auth.similiter, C.ad leg.falc. & ex Auth. de Eccles.tit.§.si autem heres:* & probatur, quia de piis legatis, & de fideicommisso ad rem piam non deducitur Trebellianica, vt tenent Couar. *in c.Raynald. de test.§ 3.n.7.* Emmanuel à Costa *in c.si pater, p.2. verbo, Trebellianica, n.21.in 6.* Ergo nec falcidia, nam Falcidia, & Trebellianica ambulant pari passu: vt est text. *in l.Titia*, cum similibus, *ff.ad l.Falcid.* & dispositum in vno casu, censetur dispositum in altero simili, per regul. Glossæ *in l.quod verò contra, ff.de legib.* Gloss. *in l.si quis seruo alieno, C.de furt.* 432

Nihilominus testator potest iubere vt de legatis piis soluatur Falcidia, vt tenet Ripa *in l.nemo potest, n.128.ff.de leg.1.* Ceuall. *commun. contra commun. q.27.n.5.* Idem A Costa *supra fol.288.sequent.* quando hæres esset etiam pia causa, tunc a legatis piæ causæ relictis detrahi potest Falcidia, vt à fideicommissis piæ etiam causæ relictis deduci potest Trebellianica: argumento text. *in l.sed & milites, in princip. ff.de excusat.tutor.*

Et quamuis in legatis ad pias causas, secundùm communem opinionem in legatis particularibus cesset Falcidia, nec non & Trebellianica, vt communiter Scribent. *in cap.si pater, de test.in 6.* & Capra. *cons.66.n.12. cum seqq.* incipit, *Cum viso*: hoc tamen non procedit in legitima, quam nec legata quidem ad pias causas extenuare poterunt: Andr.Gail. *lib.2. obseru.119.n.6.* Nam legitima integrè debetur, etiāsi filius testamentum patris approbasset acceptando sibi relicta in eo; quia non obstante tali approbatione integram legitimam petere, vel acceptam retinere 433
filius poterit: Ancharan. *cons.152.n.8.* incipit, *Plura* 434
sunt dubia: Decius *cons.688.n.39.* incipit, *Ad confirmationem:* & quamuis aliqui teneant contrarium ob tacitam paternæ voluntatis approbationem, prout vult Calcan. *cons.56.n.18.* incipit, *In causa domina:* Cæphal. *cons.272.n.143.vol.2.& cons.291.n.16.eodem vol.* incipit, *Mihi quoque:* per rationes ibi addu-
ctas; non tamen est recedendum ab hac ampliatio- 435
ne, cùm sit magis communis, & firmet pedem melioribus rationibus; nisi filius adeundo hæreditatem expressè renuntiauerit legitimæ, vel eius supplemento, vt constat fieri posse *ex dicta l.si quando, §. fin.* & *ibi* Decius & Socin.iun. *cons.122.n.9.& cons. 136.n.16. vol.1.*

Quòd si filius sub conditione grauetur; non solùm legitimam, sed etiam Trebellianicam detrahere potest, & sic duas quartas deducet, secundum communem opinionem *in cap. Raynutius, de testament.* 436

testament. Andr. Gail. *d. lib.2. obseruat.* 21. *num.*1. deducet, inquam, sub conditione grauatus si sine liberis decedat, vel in diem, duas quartas: primò legitimam iure naturæ sibi debitam: deinde Trebellianicam, vt quilibet extraneus hæres restitutione, vel fideicommisso grauatus: secùs si purè rogatus sit restituere, quia tunc deducet vnam duntaxat Quartam,
437 Trebellianica namque imputatur ei in legitimam: & sufficit ad excludendam querelam, quòd sit institutus, & aliquid iure institutionis habeat: text. *in §. aliud quoque capitulum in Auth. vt cum de appellat.* text. *in l.omnimodo, & in l.scimus, C.de inoff.testam.*

---

§. XV.

Quid sit Trebellianica, & vnde ortum habuerit, & quomodò differat à Falcidia?

EPITOME.

438 *Trebellianica est portio qua deducitur ab herede de fideicommissis vniuersalibus, sicut Falcidia de legatis.*
439 *Trebellianica fuit introducta in commodum heredis grauati, vt vellet esse heres.*
440 *Trebellianica sæpe sumitur pro Falcidia, & è conuerso; finis Trebellianica, & ratio illius, pendet à voluntate testatoris.*
441 *Trebellianica secundùm receptiorem prohiberi potest tam in testamento, quàm in codicillis.*
442 *Prohibitio Trebellianica potest imponi filius primi gradus.*
443 *Trebellianicam potest prohibere testator tacitè, & expressè.*
444 *Trebellianica prohibitio tacita ex quibus coniecturis appareat.*
445 *Trebellianica tacita prohibitio videtur, quando mandatur restitui tota hereditas: item quando mandatur restitui quæcunque bona peruenientia ad heredem.*
446 *Trebellianica prohibetur quando testator vtitur geminatis verbis.*
447 *Trebellianica censetur prohibita in bonis alienari prohibitis.*
448 *Item censetur tacitè prohibita, si testator dicat heredi grauato vt restituat hereditatem deductis sibi centum.*
449 *Prohibetur Trebellianica quando mandatur restitui omnia pleno iure: alij negant, alij distinguunt: & explicant verba,* pleno iure: *& n.*450. *&* 451.
452 *Trebellianica an censeatur prohibita, quando testator noluit molestari fideicommissarium ab herede.*
453 *Trebellianica an censeatur prohibita deduci ex fideicommissis vniuersalibus, & singularibus.*
454 *Trebellianica an detrahatur ex Maioratu instituto ex Tertio, & Quinto, apud Hispanos.*
455 *Legitima tantùm, non autem Trebellianica detrahitur à filio, quando fideicommissum est purum.*
456 *Heres institutus in rebus certis an detrahat Trebellianicam dato herede vniuersali.*
457 *Filius heres vniuersalis institutus ex parte, & rogatus eam restituere, legitimam, & Trebellianicam deducit.*
458 *Filius, qui approbat testamentum patris, in quo prohibetur Trebellianica, non potest eam deducere, si cum iuramento approbauit.*

459 *Filius ex eo quòd adiuerit hereditatem, non intelligitur testamentum approbasse, ita vt Trebellianicam retinere nequeat.*
460 *Legitimatus vt succedat, prout patri visum fuerit, an possit detrahere Trebellianicam.*
461 *Trebellianica deduci non potest à fideicommisso causa pia relicto regulariter.*
462 *Trebellianica an detrahatur de fideicommissa pauperibus facto? Affirmat Bald. Sed alij aliter respondent.*
463 *Heres institutus & rogatus restituere, retinet Trebellianicam, nisi coactus adeat.*
464 *Heres fideicommissarius grauatus alteri restituere, non habet Trebellianicam.*
465 *Quæ requirantur, vt quis possit retinere Trebellianicam.*
466 *An priuetur heres Trebellianica, si non confecerit inuentarium.*
467 *Heres ob non confectum inuentarium amittit Falcidiam, sed non Trebellianicam.*
468 *Lex pœnalis non est extendenda.*
469 *Appellatione Falcidiæ non continetur Trebellianica in pœnalibus.*
470 *Nemini pœna imponenda est, nisi iure expressè caueatur.*

TRebellianica est quarta portio, quæ ab hærede de fideicommissis vniuersalibus deducitur, sicut Falcidia est quarta portio, quæ ab hærede de legatis, quæ excedunt dodrantem bonorũ, retinetur, *§.sed quia heredes, Instit. de fideicommiss.hered.* Hodie tamen, quia facta est generalis exæquatio legatorum, & fideicommissorum, frequentiori calculo receptum est, vt falcidia repetatur in legatis, & fideicommissis singularibus, Trebellianica tamen detrahatur ex legatis, & fideicommissis vniuersalibus; prout Iason *in Rubr.ff.ad Trebell.col.*2. quam testatur esse communem Pau. Pic. *in l.in quartam, n.*6. *ff. ad leg.falc.* sequitur Paris. *in cons.*43.*n.*45. *vol.* 3. quamuis aliqui discordent; est tamen hæc cõmunis descriptio: ita Ripa *in l. in quartam, n.*3. *&* 4. *ff. ad leg.falcid.* Socin.iun. *cons.*122.*n.*5.*vol.*1.*& cons.*49. *n.*16.*vol.*3. Spin. *gloss.*26. *in specul. n.*11. vbi *n.*12. 438
tradit quare fuerit Trebellianica introducta; nimirum, quia cum hæredibus grauatis de restituenda 439 hæreditate nullum cõmodum superesset, neque aliquam ex aditione hæreditatis vtilitatem caperent, renuebant multoties hæredes esse, & hæreditatem adire; & ita ad exemplum Falcidiæ per Senatusconsultum de fideicommissis vniuersalibus concessum fuit eisdem Quartam sibi assumere: quod per Senatusconsultum Pegasianum fuit decretum, vt videre est *in §.sed quia heredes, Instit. de fideicommiss.hered.* Cumque ex hoc Quarta Pegasianica esset dicenda, quia à Senatusconsulto Pegasiano fuit inducta; nuncupatur tamen hodie Quarta Trebellianica, eò quòd excluso Senatusconsulto Pegasiano, omnia tribuit Iustinianus Trebelliano; quia captiosa erant, & reperiebantur in Pegasiano, vt constat *ex §.sed quia stipulationes, de fideicommiss.hæreditat.* & exponit Cuiacius *in princip.Instit. de fideicommiss. hered.* Vnde quæ à Pegaso fuerunt inuenta, Trebellianica dicuntur hodie: vt patet *ex cap. si pater, de testam.lib.*6.*ex cap.Raynutius, & cap.Raynaldus, de testam.extra.* Item *ex l.fin.tit.*5.*p.*5. Mantic.*de contectur. lib.*7.*tit.*11.*n.*1.

Trebellianica item sumitur pro Falcidia, & è conuerso, secundum Glossam, *verbo Falcidia, in l.si vt allegas, §.ad leg.falc.* Gloss.*verbo, leges, in l.quaquam, C.eodem tit.* Ceual.*commun.contra comm.q.*101.*n.*42: Finis Trebellianicæ deductionis est cum relatione approbationis fideicomissis similis. Ratio quoque 440

eius, & prohibitionis causa,& imputationis,à voluntate pendet testatoris: Petr.Greg *in syntagm.iuris vniuers.p.3.lib.42.c.33.n.26 & c.34.n.57.* vbi Falcidiæ,& Trebellianicæ differentiam constituit.

441 An verò Trebellianicæ detractio prohiberi possit à testatore? magna est controuersia. Receptior tamen opinio est,prohiberi posse:ita Anton.Gabriel. *lib.4.concl.tit.ad Trebellianum,concl.1.n.2.* vbi testatur de cōmuni. Idem tradit Hieron.Gabr.*in cons.92. n.20. lib.2.* Menoch. *cons.164.n.25.* post alios, & *cons.364.n.26.* Quod procedit tam in testamento, quàm in codicillis,in quibus Trebellianicæ, & Falcidiæ prohiberi potest detractio; vt cum aliis vide Couar.*in c.Raynald.§ 3.n.6.vers. in summa,de test.* Curt.iun.*cons 71.n 15.& cons.91.n.3.*

442 Hæc autem prohibitio potest imponi etiam filiis primi gradus fideicōmisso grauatis;ita vt nequeant Trebellianicam detrahere, vt scripsit Anton.Gabr. *supra d concl.1. n.6.* & Menoch. *d cons 364.n.26.* Dicitur tamen testator posse prohibere expressè,& tacitè huiusmodi detractionem:expressè quando expresse quando expressis verbis illam prohibet, vt
443 habetur *in Auth sed cùm testator, C ad leg. falcid.* per hæc verba: *Sed cùm testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimony,cessat Falcidia.* Præsumitur namque sciuisse vires sui patrimonij, quando scilicet, prohibuit detractionem Trebellianicæ:Bart.*in d. Auth. sed cum testator,n.5.vers. prædicta, qua dixit.* Molin.*de primog lib 1.c.17.n.12.* vbi ex multis ponit partem negantem: sed contrariam vt veriorem sequitur cum multis ab eo relatis & Mantic.*de coniect.lib.7.tit.12.n.22.*

Censetur etiam tacitè prohibita detractio Trebellianicæ,si coniecturæ appareant:Anton.Gabriel. *supra dicto lib 4 concl.2. n.2.* Mantic. *de coniectur. vlt.volunt.lib.7.tit.11.n.6.& 7.* Mascard. *de probat. concl.1389.& 1390.*

444 Prima ergo coniectura desumi potest quando testator mandauit omnia restitui bona: in hoc casu præsumitur prohibita Trebellanicæ detractio: ita Anton.Gabr. *d.lib.4.concl tit.ad Trebellian. concl.3. n.1.* & Petrus Anton.Petra *in tract.de fideicommiss.*
445 *q.15 n 197.* post Alciatum *in respons 497.n.2.* Similiter prohibuit detractionem testator,quando mandauit restitui totam hæreditatem suam: ita Tiraq. *in l.si vnquam in verbo,totam,n.1. vers.similiter,C,de reuocand donat.* Menoch.*cons.71 n.12.lib.1.& cons. 374.n.14.* [illegible] post Roland.*cons.27.n.34.lib.4.* Natta *in cons.4*[illegible]*n.7 lib.2.*& Ceph *in cons.272.n.142. lib.2.* Eodem modo præsumitur prohibita detractio Trebellianicæ quando testator mandauit,quòd hæres grauatus restituat quæcunque bona ad eum peruenerint:ita Neusan.*cons.2. n.35. in fin.*& Petra *d. q.15.n 199. vers.decimum sit exemplum.*

446 Censetur etiam prohibita Trebellianica quando testator dixit verbis geminatis, vt restituatur tota, & integra hæreditas: ita Menoch.*d.cons.374.n.14. vers.& quanquam*,Petra *de fide.commiss.q.15.n.200.* Quæ opinio est magis recepta,teste eodem Petra *d. n.100. vers. contrarium tamen.* Idem dicendum est quando testator mandauit grauato vt aliquid faceret,& nisi faciat, quòd cadat ab hæreditate, vel pro non instituto habeatur:ita Ruin.*cons.47.n.18.lib.2.* quem Anton.Gabr.*lib 4.concl.tit.ad Trebell concl.9. n.8.* sequitur, quamuis dissentiat Hieron. Gabriel. *cons.90.n.15.& in cons.109.lib.2.* Sed Alciatus *in respons.55.Testamento,& transactione, n.2.* adhæret Ruino.

447 Secunda coniectura deducitur ex verbis etiam testatoris dicentis: bona mea ita subiiciantur fideicommisso,vt nullo modo alienari possint:tunc enim non potest deduci Trebellianica, vt statuit Iustin. *in Aut.sed & in ea, C.ad leg.falcid.* per hæc verba, ibi: *Sed & in ea re cessat Falcidia, quæ ita relicta est ne alienetur, sed permaneat apud successores eius, cui relicta est.* Discordat tamen Hieron.Gabr. *in d.cons. 87.n.6. & 7. lib.2.* Nam quamuis dixerit Iustinianus Falcidiam cessare in ea re alienari prohibita; non tamen statuit,quin ex aliis bonis deduci possit falcidia. Quocirca Paris.*cons.43.n.24.lib.3.* notauit dispositionem *d. Auth. sed & in ea,* non habere locum, quando non extarent alia bona,ex quibus falcidia posset detrahi.

Item dici potest si testator mandet hæredi gra- 448
nato vt restituat hæreditatem deductis sibi centum, & quòd non possit plus detrahere:ita Gabr.*d.lib.4. tit.ad Trebell.concl 8.* Cui addi potest quando testator aliquid reliquit, ipsi hæredi grauato pro omni & toto quod ipse posset prætendere ex suis bonis: Sed de hoc dubitat Petra *de fideicomm.q.15.n.199. in fin vers.decimum tertium sit exemplum.*

Pro reliquis coniecturis illud vniuersim dici po- 449
test,quod sumitur à significatione verborum, quæ vt vniuersitatem omnia complectuntur; de quibus agit Petra *in d.q.15. ex n.190.vsque ad n.200.* Atque ita dicendum est detractionem prohiberi quando testator mandauit hæredi restitui omnia: Anton. Gabriel. *supra concl. 3.* Idem quando testator dixit hæredi vt restituat hæreditatem pleno iure:ita Bald. *in l.precibus,n.4. C.de impuber. & aliis substit.* Alex. *in cons.201.col.2.lib.6.* Sed contra in hoc casu non præsumi his verbis prohibitam detractionem Trebellianicæ, tanquam magis receptum voluit Gabr. *supra concl.4.n.1.*& Æmilian.*in cons.39.n.51.*& Neuisan. *cons.2.n.34* Quocirca alij vtuntur distinctione dicentes,quòd aut vltra illud verbum,*pleno iure*, addita sunt verba, quæ demonstrant restitutionem omnium bonorum, aut non addita sunt alia verba: si adsunt;tunc præsumi detractionem prohibitam, & ita habet locum prima opinio: aut non adsunt, & tunc nōn præsumi prohibitam.

Mantica autem *de coniectur. lib.7. tit. 12. n.18.* 450
docet verba, *pleno iure*, non impedire Trebellianicam ex Oldrado *in cons.248. n.4.* dicente,hæc verba non ampliare restitutionem, sed eorum, quæ restitui debent de iure,denotare plenam dominij translationem:sequitur Romanus *in Authent. similiter, n. 109. C. ad leg. falcid.* atque ita consuluisse *in cons.75. n.2.& in cons.79.n.2.* vbi ait hanc partem esse cōmunem;& ita respondit Castrens. *in cons.28. n.4.vers. nam verbum, pleno iure, vol.2.* secundùm quem potest intelligi,*pleno iure*, hoc est directi, & pleni dominij, à quo vtile non est separatum, sed cùm eo consolidatum;ad differentiam directi,à quo vtile dominium est diuisum,quia tunc non est plenum: Gloss. *in l. Iulianus, in verbo,plenum,ff.de rei vendic.*

Quinimò aliter possunt intelligi verba, *pleno iure*, 451
videlicet proprietatis, & vsusfructus, iuxta *l. Titia, post princip.de ann.legat* & vult Bald. *in l.matre, C. ad Tertul.* vnde tametsi Trebellianica detrahatur, illud verbum potest in residuo suo sortiri effectū, videlicet, illud ad fideicommissarium pleno iure pertinebit, tam directi, & consolidati dominij, quàm proprietatis,& vsusfructus. Quare cùm alio,& alio modo possit intelligi; non sequitur expressim prohibitam esse Trebellianicam: prout tenet Benedict. Capra *in cons.36. num.9.* vbi testatur de communi, vt etiam vult Felin *in cap. conquestus, num.3. de for. compet.* Tiraquel.*in l.si vnquam,in fin.C.de reuocand. donat.* Tu tamen non discedas à distinctione *supra* memorata.

Quæstionis est an censeatur prohibita Trebellia- 452
nica ex eo quòd testator noluerit hæredem posse fideicommissa

deicommissarium molestare? Responsio sit, non intelligi prohibitum Trebellianicam deducere: ita Felin. *in c. causam, quæ n. 65 ad fin. de rescript.* & Ioan. de Imol. *in l. paterf.* alias *sub l. qui soluendo, §. paterfamilias, n. 9. ff. de hæred. inst.* quod est intelligendum nisi plenitudo verborum aliud suadeat, veluti si testator dicat quod non molestetur fideicommissarius; tunc enim intelligitur tam de molestia iuris, quam facti, & ex consequenti nec Trebellianica haberi poterit: Crot. *in l. stipulatio hoc modo concepta, n. 50. ff. de verbor. obligation.*

Similiter non censetur Trebellianica prohibita ex eo quòd testator voluit restitui, omni exceptione remota: quia sunt verba generalia, & æquiuoca, & præsumitur remota omnis exceptio, quatenus substitutio ipsa patiatur: ita Rapha. Cuman. *in cons. 131. in fin.* Secùs testator dixerit quod fideicommissarius habere debeat bona sine aliquo onere: ita Bertrand. *cons. 144. col. 5. lib. 3.* quem sequitur Anton. Gabr. *in lib. 4. tit. ad Trebell. concl. 9. n. 12.* Idem dicendum si dixerit testator: volo vt hæres meus restituat hæreditatē sine diminutione: ita Alex. *cons. 5 post n. 15. lib. 3* quem refert ac sequitur Cur. Iun. *cons. 16. post n. 12* Cotler. *de potest. reg. in materia Trebellianica in 2. dub. n. 10.* & alij, quibus accedit Iul. Clar. *§. testam. q. 62. n. 4. vers. Nihilominus ego semper hanc opinionem sequutus sum,* Molin. *d. lib. 1. c. 17. a n. 16.* vbi addit non sufficere si testator dicat: soluantur omnia legata, seu fideicommissa, quæ ad aliud referri possunt: ita Paul. resoluit *in Auth. sed cum testator, n. 2. & cons. 28. n. 10. lib. 2.* & iterùm *cons. 77. n. 6. eodem lib.*

453 Sed quid dicendum de fideicommissis singularibus, nunquid deducetur Trebellianica? Ratio dubitandi, quia ex fideicommissis vniuersalibus Trebellianica detrahitur, vt probatur ad totum titulū, *C. & ff. ad Trebellian.* Idcirco ex fideicommissis, seu relictis singularibus detrahetur falcidia: vt habetur *toto titulo, C. & ff. ad leg. falcid.* quocirca dicendum est, in Maioratu vniuersali Trebellianicam esse detrahendā, sicut de fideicommissis vniuersalibus semper detrahitur: in Maioratu autem singulari falcidia detrahitur. Nihilominus si iure directo in Maioratibus vniuersalibus succederetur, non esset detrahenda Trebellianica, sicut nec de singularibus falcidia; eo quia non detrahitur Quarta a directo successore, secundum *l. si quid ad declinandum, C. de Episc. & Cleric.* quo textu nixus *ibi* Paul. de Castr. *n. 1. ad fin.* dixit de institutione, vel substitutione directa non esse locum Trebellianicæ, vel Falcidiæ: Idem vult A Costa *in c. si pater, de test. lib. 6. 2. p. verbo, absque deductione,* subdens Trebellianicam, & Falcidiam de solis obliquis relictis detrahi posse. Quare cùm Maioratus successio obliqua sit, bene Trebellianica, seu falcidia detrahi potest.

454 Ex Maioratu autem instituto ex Tertio, & Quinto apud Hispanos non detrahitur Quarta, si quis in persona filij illum instituat, filiúmque de restituēdo sequentibus grauet, etiamsi hæredis vniuersalis locum teneat. Ratio, quia hic Maioratus non fuit institutus ex legitima filij, sed tātùm de ea portione in qua parentes possunt filio onus imponere; atque ita cùm liberè possint disponere de ea portione, nec Falcidia, nec Trebellianica deduci poterit: ita Mol. *de primog. lib. 1. c. 11. n. 24.*

455 Iuuat quòd legitima tantùm, non autem Trebellianica deducitur à filio, etiam cùm fideicommissum est purum, vt scribit Bart. & Bald. *in l. Papin. §. meminisse, ff. de inoff. test.* idem Bald. *in cons. 243 n. 2. vol. 2.* & hæc est magis cōmunis sententia, vt Alex. testatur, & sequitur *in cons. 26. n. 11. vol. 1.* & *in cons. 161. n. 4. eod. lib.* Quod procedit quādo apposita est clausula codicillaris in testamento: Alex. *cons. 142. n. 8. vol. 2.* Vnde infertur quòd minimè ex clausula codicillari Trebellianica intelligatur expressim prohibita: Mantic. *de coniect. lib. 7. tit. 12. n. 32.*

Sed quid de hærede instituto ex rebus certis, an detrahat Trebellianicam? Negatur *ex l. quoties, C. de hæred. instit.* si alius est hæres vniuersalis institutus; quia habetur loco legatarij, nec potest intelligi rogatus, vt hæres; neque de restituenda hæreditate dici potest rogatus: ergo non est locus Trebellianicæ. Obseruandum tamen est si filius esset hæres institutus ex rebus certis, & rogatus post mortē restituere, posse quidem legitimā debitam deducere iure naturæ, Trebellianicam autē non posse retinere: per text. *in l. lex falcidia, §. nunquam, ff. ad leg. falcid.* ita Corneus *cons. 40. n. 6. & 7. vol. 3.* Ioan. de Anania *in cons. 79. in fine,* Guid. Papæ *in dec. 466.* Et est cōmunis opinio. Ratio, quia Trebellianica est quarta portio hæreditatis, quæ iure hæreditario retinetur, & inter actiua & passiua complectitur: sed apud illum, qui ex certis rebus fuit institutus dato cohærede vniuersali, non reperitur ius hæreditarium, *l. quoties, C. de hæred. instit.* Ergo nec Quarta penes illum remanere potest, quia pars suo toto aptari debet: vnde etiam de toto ad partem valet argumentum, vt tradit Euerard. *in Topicis legalib. loc.* 80. Cantiuncula *loco 5.* Menoch. *præsump lib. 3. q. 35. n. 27.* & *cons. 72. n. 5.* Flamin. *de considen. q. 26. n. 106.* 456

Cæterum quando filius est vniuersalis hæres institutus etiam ex parte hæreditatis, & rogatus eam restituere post mortem; nedum legitimam, sed etiam Trebellianicam potest detrahere: vt per *c. Rayn. & per c. Raynald.* & *ibi* Scribent. *de test.* Bart. *in l. Papin. §. meminisse, ff. de inoff. test.* Quæ resolutio valet in iudicijs, & in Scholis, vt asserunt Corneus *in cons. 186. n. 6. vol. 1.* & Socin. Iun. *in cons. 33 ex n. 14. vol. 1.* & *in cons. 82. n. 32. vol. 4.* 457

Quid ergo de filio, qui approbauit testamentum patris, in quo Trebellianica expressè est prohibita? Dicendum est eam detrahere non posse, maximè si cum iuramento approbauit: ita Ancharan. *cons. 152. n. 8.* Paul. *cons. 16. n. 6. vol. 2.* Roland. *cons. 78 ex n. 13. vol. 1.* nam per talem approbationem videtur remisisse ius, quod sibi competebat in ipsa Trebellianica: *l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verbor. oblig.* sequitur Guzad. *in cons. 97. in princ. & col. fin.* 458

Non tamen ex eo solo quòd quis adiuerit hæreditatem intelligitur testamentum approbasse, itavt Trebellianicam retinere nequeat, eo quia adeundo simpliciter, saluo iure, non intelligitur approbasse, nec videtur renunciasse beneficio sibi à lege concesso, *§. sed quia hæredes, Instit. de fideicommiss. hæred.* At quando facta conuentione cum fideicommissario testamentum approbauit, & singula in eo disposita; tunc videtur renunciasse Trebellianicæ, quam contra voluntatem testatoris tacitam reseruare poterat: ita Ancharan. *in d. cons. 152. n. 7. & 8.* 459

Porro legitimatus ea lege, vt nequeat succedere nisi prout visum fuerit patri, nequit detrahere Trebellianicam, ex coniectura voluntatis, si instituatur hæres, & rogatus sit restituere hæreditatem. Quod procedit si Trebellianica est prohibita à testatore: Nam in filio legitimato eo modo, vt non possit succedere nisi quatenus patri videbitur, cùm trebellianica est prohibita, cessat tota dubitatio; quia clarum est eam tunc retineri contra voluntatem testatoris, sed talis filius ex ipsa forma legitimationis contra voluntatem nullo modo succedet, neque poterit consequi aliquam portionem hæreditatis. Nihilominus si Trebellianica non fuerit interdicta, opinatur Decius *consil. 257.* filium ita legitimatum posse Trebellianicam ex fideicom- 460

missso sibi relicto deducere; præsertim quia cùm pos-
sit prohiberi hodie, si non est interdicta, non detra-
hitur inuito testatore. Quia autem alij aliter di-
cunt; sequitur vt talis filius teneatur exequi patris
voluntatẽ, nec possit Trebellianicam sibi assumere:
ita Alciat. in l. nemo potest, n. 34. de legat. 1. & Ruin.
cons. 86. n. 19. vol. 13. contra Decium vbi supra, à cu-
ius opinione recedit Mant. de coniectur. d. lib. 7. tit.
12. ad fin. Menoch. cons. 272. ex n. 34. quem vide.

461 His adde Trebellianicam deduci non posse à fi-
deicommisso causæ piæ relicto, nisi hæres grauatus,
sit etiam causa pia, vt dictũ est: Molin tom. 1. disp. 188.
argumento falcidiæ, quæ non detrahitur de legatis
piis, vt constat ex Authent. similiter, C. ad leg. falcid.
& ex Authent. de Eccles. tit. §. si autem hæres: nam
quod in Falcidia sancitum est, eo ipso censetur sta-
tutum in Trebellianica: teste ibi Molin. ad fin. Qua-
re de fideicommisso pio non posse detrahi falcidiam
regulariter tradunt Bartol. & Angel. in l. Marcellus,
col. 3. vers. vltim. ff. ad Trebell. Oldrad. cons. 247. in-
cipit, Præsuppositâ consuetudine, Castrens. cons. 114.
incipit, Substitutio prædicta; nisi filius sit hæres gra-
uatus fideicommisso, cap. si pater, de test. in 6. Bald.
in mar. verbo, Filius. sed contra tenet ipse Bald. etiam
in filio, in Auth. similiter, C. ad leg. falc. in verbo, modo
quæro, & in l. precibus. col. 15. vers. sequens quæstio, C.
de impub. quod substitutio pauperum pupillo facta
est directa, & Trebellianica non detrahitur; sed le-
gitima tantùm ex persona filij.

462 Quid de fideicommisso pauperibus facto, an Tre-
bellianica detrahatur? Bald. in l. id quod pauperi-
bus, q. 17. C. de Episc. & Cleric. affirmat; Bart. autem
in Auth. sed in eadem, C. ad leg. falcid. dicit cessare
Trebellianicam. Attamen Paul. de Castr. cons. 251.
incipit, Circa primũ quæsitum, & in cons. 134. incipit,
Viso puncto, & in dubiis, in fin. vbi tenet filium gra-
uatum fideicommisso pio posse detrahere legiti-
mam, non tamen falcidiam, nec Trebellianicam:
quod etiam vult Bertachin. in repertor. 3 p. verbo,
Trebellianica, ex n. 10. vbi n. 19. addit cum Paul. de
Castr. cons. 298. detrahi Trebellianicam de fideicom-
misso facto Hospitali constructo sine authoritate
Episcopi.

463 Illud etiam certi iuris est, hæredem institutum ro-
gatum restituere hæreditatem ex Senatusconsulto
Trebelliano, Trebellianicam posse retinere, l. post
mortem, C. de fideicommiss. nisi compulsus adierit hæ-
reditatem: tunc enim non detrahit: Bart. in l. acce-
ptis, ff. ad l. falcid. Iason in l. cum filiofamilias, n. 146.
d. leg. 1. Mant. de coniect. lib. 7. tit. 11. n. 3.

464 Hinc fit vt fideicommissarius vniuersalis rogatus
alteri restituere nequeat sibi assumere Trebelliani-
cam, quia non est hæres, neque est rogatus vt hæres:
l. 1. §. denique, vers. inde Neratius, l. si patroni, §. qui fi-
deicommissariam, ff. ad Trebell. Bald. in l. 1. n. 36. C.
communia de legatis, & Alex. in l. pœnales, §. vlt. ad
fin. ff. ad l. falcid.

465 Requiritur ergo quòd sit hæres primò, & secundù
quòd sit rogatus restituere hæreditatem vt hæres,
l. mulier. §. vlt. ff. ad Trebell. & ibi Alex. Item Trebel-
lianica detrahitur per primum hæredem grauatum,
non autem per secundum, vel tertium; nisi primus
non detraxerit animo donandi secundo: l. 1. §. inde
Neratius, ff. ad Trebell. & Bald. in l. circa virum, C. de
499 fideicommiss. col. 3. vers. quæro an substitutus. Quin-
imò Trebellianicam retinet etiam hæres hæredis, l.
quanquam, & ibi Bald. C. ad leg. falcid. Item tamen
non perdit hæres non confecto inuentario, vt Do-
ctores communiter, teste Paul. de Castr. cons. 268.
Molin. de iust. tom. 1. disp. 219. pag. 1347. post Gom.
467 tom. 1. var. c. 5. n. 12. Nec obest quòd amittatur fal-
cidia, per §. Sancimus, in Auth. de hæred. & falcid. vt
notat Menoch. cons. 272. n. 6. & diximus supra, §.
præcedent. n. 424. Quia ibi decisum est in pœnam,
quæ non debet extendi de casu ad casum, nisi quan-
do exprimitur: Sanch. lib. 2. in præcepta Decal. c. 28.
n. 5. Sayr. de censur. lib. 9. c. 10. n. 44. vbi probat pœ-
nas non extẽdi de persona etiã ad personas diuersas.

Sed contra obiicitur: hæres non conficiens inuen-
tarium, perdit Falcidiam: ergo perdet Trebellianicã;
ita Decius cons. 481. n. 16. & Corneus cons. 303. qui
testantur de communi, col. 4. vol. 1. & cons. 22. vol. 2.
Curt. iun. cons. 54. n. 7. vbi pro vtraque parte Franc.
Porcellus plura adducit in tract. de inuentar. c. 16.
n. 6. & ita fuisse iudicatum refert Aufret. in dec. To-
losana 314. & Iacob. de Belloviss. in Auth. de hæred.
& falcid. §. si nobis: sequitur Roland. cons. 27. vol. 1.
Anton. Gom. tom. 1. variar. c. 5. n. 12. & Greg. Lop. in
l. 10. tit. 6. p. 6. Ex ea potissimùm ratione, quia Fal-
cidia, & Trebellianica æquiparantur; ita vt in his
casibus, in quibus cessat Falcidia, in eisdem cesset
Trebellianica: l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebel.
& vbi est eadem ratio, vt videtur hoc loco, ibi esse
debet idem ius, l. illud, in princ. ff. ad leg. Aquil. &
l. à Titio, in princip. ff. de verbor. oblig. & quando ad-
est eadem ratio, ibi non fit extensio, sed comprehen-
sio, vt post multos vult Crauet. in cons. 62. n. 14. &
in cons. 183. n. 3. Menoch. de cons. 272. ex n. 3. ad
n. 10. vbi de hac re latè.

Nihilominus verius est non amitti Trebelliani-
cam propter non confectum inuentarium: ita Bart.
post Cyn. in d. l. Marcellus, ff. ad Trebell. n. 8. & hæc est
communis opinio, teste Couar. in d. c. Raynut. post
plures: Idem Calcan. cons. 37. n. 7. Corset. de Trebel-
lianic. §. fin. in Oceano iur. vol. 2. sequitur Roman.
cons. 276. n. 8. Sarmient. lib. 2. select. c. 7. n. 8. & Spin.
in specul. test. gloss. 35. n. 9. quod ampliat etiam in fi-
lio, & n. 54. Natta cons. 220. vbi tenet ab hac opinio-
ne non esse recedendum in iudicando, & consulen-
do; præsertim apud Hispanos, cùm de iure Regio
nihil in hac quæstione sit decisum. Nam lex 7. tit.
11. p. 6. solùm loquitur in Falcidia, quã hæres amit-
tit, non confecto inuentario; lex autem sequens 8.
quæ loquitur in Trebellianica, illud non disponit: 468
cùm ergo lex sit pœnalis, non debet extendi de vno
casu ad alium: Gloss. in Auth. quas actiones, C. de sa-
crosanct. Eccles. sequitur Ceuall. commun. contra commun.
q. 26. vers. sed contrariam opinionem, quamuis q. 27.
laboret in declarando supradicta; tandemq; n. 7. vers.
contrariam, fateatur de iure Regio corrigi commu-
nem opinionem; Non tamen est recedendum à su-
pra dictis: videlicet, hæredem inuentario non con-
fecto perdere Falcidiam; secùs de Trebellianica: non
enim Falcidiæ appellatione, strictè sumpto nomine,
venit Trebellianica: l. cum filio, ff. de leg. 1. l. pater fi-
lium, ff. ad leg. falcid. Menoch. d. cons. 272. n. 47. vbi 469
n. 82. concludit non conficientem inuentarium, non
propterea amittere Trebellianicam; & quamuis ip-
se contrarium sequatur n. 91. 94. 98. & 99. tamen
oppositum dicendum est, quia pœna nemini est im- 470
ponenda nisi expresso iure cautum sit: l. & si quis, §.
diuus, ff. de Religios. & sumptib. funer. Atque non re-
peritur in iure expressè, quòd hæres non conficiens
inuentarium amittat Trebellianicã: ergo hæc pœna
amissionis non est imponẽda hæredi; præsertim quia
deciditur in c. Rayn. in fin. de test. quòd hæres non
conficiens inuentariũ, amittat falcidiam; & nullum
verbũ fit de Trebellianica: quia ergo inclusio vnius
est exclusio alterius. l. cum prætor, in princ. ff. de iud.
& iure Canon. ita decisum fuisse dixerunt Scriben-
tes in d. c. Raynut. Ergo idem est dicendum de iure
Ciuili: Quo argumento in specie hac vsi sunt
Corneus in consil. 180. num. 8. lib. 4. & Berous
consil. 79. n. 47. vers. præterea pondero, lib. 2.

§. XVI.

§. XVI.

De obligationibus executorum testamentariorum.

EPITOME.

471 *Executor testamentarius quis dicatur; quotuplex sit; quale illius officium?*

472 *Executor testamentarius tenetur intra mensem insinuare testamentum defuncti coram iudice; aliter quomodo perdat legatum sibi a testatore relictum?*

473 *Executores testamentorum non exequentes voluntates testatorum, grauiter peccant.*

474 *Et qualiter sint exequenda defunctorum testamenta?*

475 *Intra quod tempus sint exequenda testamenta, & à quo die incipiat annus currere?*

476 *Et à quo die tenetur executor coram iudice insinuare testamentum defuncti.*

477 *De iure Castellæ non est necessaria aditio hæreditatis ad validitatem eorum, quæ in testamento relinquuntur: & quid de iure Lusitano, ac communi?*

478 *A quo tempore incipiat annus currere ad exequendum testamentum, & intra quod tempus executor teneatur testamentum exequi?*

479 *Executor testamentarius quando possit compelli officium acceptare, & quando peccet non acceptando?*

480 *Quis possit compellere executorem testamenti vt adimpleat illud per se, & non per interpositam personam?*

481 *Executor testamenti an possit alterare, vel mutare in aliud mandatum testatoris.*

482 *Executor quando possit ad exequendum testamentum bona testatoris per se ipsum vendere; & quid teneatur facere?*

483 *Executor testamentarius an amittat legatum in testamento relictum si non exequatur illud: item qua pœna puniatur si non exequatur illud.*

484 *Episcopus si elapso tempore dato executoribus ad exequendum testamentum fuerit negligens, Metropolitanus succedet in eius loco?*

485 *Quæ personæ possint esse executores testamentarij, & quæ non, & quid de Religiosis? Quid de fratribus Minoribus. De seruis, & de excommunicatis, an possint esse executores? num. eodem.*

486 *Hæres non adimplens voluntatem defuncti an priuetur hæreditate ipso iure ante sententiam?*

487 *Executor testamenti quo ordine, & modo teneatur distribuere inter pauperes, & an si fuerit pauper poterit sibi assumere, & tradere filio spurio testatoris, vel dare vni pauperi totam summam distribuendam.*

488 *Executor an possit pecuniam distribuendam inter pauperes distribuere pro dotibus virginum?*

489 *Testatore præcipiente certo tempore dari eleemosynam pauperibus, an possit executor præuenire illud tempus in præiudicium pauperum futurorum?*

490 *Executor testamenti an possit pro exequendo officio aliquod præmium exigere; & quid quando est executor testamenti ad pias causas?*

491 *Executor testamenti cui committitur exonerare conscientiam defuncti, an debita præscripta soluere debeat, & quid quando vnus est hæres, & alius vsufructuarius omnium bonorum, quis teneatur soluere debita, & legata defuncti?*

492 *Episcopus constito legitimè de negligentia executorum, non dum potest, sed etiam tenetur testatoris mandata exequi.*

493 *Episcopus compellendo potest facere vt pia defunctorum voluntates mandentur executioni, quamuis hæres sit laicus.*

494 *Monitio an sit necessaria, vt data negligentia hæredis ad Episcopum deuoluatur potestas exequendi; & quomodo deuoluatur elapso anno?*

495 *Episcopus non solum legata pia, sed etiam prophana potest executioni mandare.*

496 *In Lusitano Regno quas pœnas incurrant executores infra annum, & mensem à morte testatoris, voluntatem illius non adimplentes?*

Et quid de iure Canonico, ac Ciuili: ibid.

497 *Minor negligens in adimplenda voluntate defuncti an restituatur, ne lucrum sibi relictum amittat?*

498 *Hæres qui iussa testatoris non adimpleuit circa pia, an priuetur legitima?*

499 *Episcopus an possit compellere hæredem, vel legatarium ad executionem legatorum ad pias causas, quamuis testator prohibeat ne Episcopus se intromittat?*

500 *Executor vltimarum voluntatum potest Clericus constitui etiam à laico; non tamen potest compelli ante mandatum susceptum ad illud munus; & cur?*

501 *Executores possunt interpretari ambiguam defuncti voluntatem; & quomodo id intelligatur?*

502 *Executores nequeunt exequi testatoris voluntatem, non requisito hærede.*

503 *Executores an possint distribuere distribuenda in proprios vsus, aut filiorum?*

Et quid de Episcopo, & an debeant eligi pauperiores? ibidem.

PRima dubitatio: Quis dicatur executor testa- 471
mentarius: quotuplex sit, & quale officium? Quoad primum; dicitur executor testamenti, seu vltimæ voluntatis, qui tenetur voluntatem defuncti adimplere, vt deducitur *ex cap. Ioannes de testam.* ita quòd est ille, cuius opera, industria & consilio, singula & omnia contenta in testamento ad exonerandam defuncti conscientiam, executioni mandantur. Is executor potest esse vniuersalis, aut particularis. Particularis, quando aliquis institutus est hæres, vel succedit ab intestato, & constituitur aliquis, qui mandet executioni relicta in testamento, aut codicillo. Vniuersalis executor dicitur, quando nullus in particulari hæres instituitur præterquam anima defuncti, & constituitur aliquis, qui voluntatem defuncti mandet executioni, videlicet quando quis testatur ad pia, esto aliqua non pia legata misceat, & vel hæredem instituat animam propriam, aut pauperes in genere, nullis in specie nec in indiuiduo assignatis. Constitutus ergo ad ea omnia executioni mandanda, dicitur executor vniuersalis.

Quoad secundum. Executor est duplex; alius qui à testatore datur: alius, qui à lege constituitur. Primus dicitur datiuus, quia à testatore datur, & nominatur, & quasi creatur in suo testamento, per *text. in l. nulli, C. de Episcop. & Cleric. Authent. de Eccles. tit. §. si quis autem, & §. non autem, collat. 9.* Executor autem datiuus, seu datus à lege dicitur, quando ille, qui fuit creatus à testatore est negligens, & ignauus in executione sibi commissa: tunc enim Episcopus loci, vel originis, ex officio se intromittit ad exequendam defuncti voluntatem: *l. si*

 quis

quis ad declinandam, §.1. *C. de Episcop. & Cleric.* Sed de hoc *infra*.

Quoad tertium: munus videlicet, & officium executoris testamentarij est, vt nulla mora interiecta exequatur defuncti mandata, & relicta in testamento, prout habetur *in d. l. nulli, C. de Episcop. & Cleric.* his verbis: *Nulli licere decernimus, siue testamento hæres sit institutus, siue abintestato succedat: siue fideicommissarius, siue legatarius inueniatur, dispositionem testatoris infringere, vel improbamente violare.* Quod idem valet quod *in l. cum antiquitas, C. de testam.* disposuit Imperator per hæc verba: *Sic enim & natura modemur, & mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.* Consonat Gregorius III. *cap. nos quidem, de testam.* his verbis, ibi: *Cuncta secundùm voluntatem defuncti sine altercatione constituere:* & ex Gregorio IX. *in cap. Tua nos, de testam.* ostenditur ibi: *Secundùm voluntatem defuncti omnia peragantur.*

472 Hinc fit vt executor testamentarius teneatur intra mensem insinuare testamentum coram Iudice à die mortis testatoris, aliàs perdet legatum, seu lucrum sibi relictum in testamento, vel quod ex tali munere sibi euenire debuerat: iuxta *l. fin. tit. 10. part. 6.* Quod intelligitur de iure Castellæ, si fuit monitus à Iudice, cuius monitio præcedere debet, vt priuetur eo lucro. Facit text. *in l. si quis sepulchrum, §. sunm, ff. de Religios. & sumptib. fun.* & hoc modo debet intelligi *l. 4. tit. 2. lib. 5. Ordin. & l. 14. tit. 4. lib. 5. recopil.* vbi dicitur, testamenti executorem intra mensem debere testamentum ostendere Iudici, vt legatur ante omnes publicè: quòd si executor id non adimpleat, amittet lucrum ex officio proueniens.

473 Porro executores si differant exequi, necatores animarum defunctorum dicuntur, quatenus subtrahunt suffragium animabus proximorum; nec non peccant grauiter differendo contra voluntatem defuncti executores, vt res hæreditariæ meliores fiant. Cæterùm si executor differat ex voluntate defuncti vt res hæreditariæ meliores fiant, laudabiliter facit; non tamen absque culpa erit, si per multum tempus differat eleemosynas distribuere. Quòd si per longum tempus differat dare eleemosynas, non vt ampliores fiant, non videtur sine culpa: *Grast. lib. 1. decis. c. 36. num. 19.* Vnde sequitur executores peccare grauiter non exequentes quàm citius possunt defunctorum voluntates: vt multis exemplis probat Florentinus *3. p. tit. 10. cap. 3. §. 12.* Palat. Rub. *in repetit. rubric. §. 62. num. 20.* Molin. *de iustit. disp. 251. pag. 1541. litera C.* vbi ait executores peccare posse lethaliter differendo sine causa per tempus immodicum exequi defuncti voluntatem; non solùm quia faciunt contra creditores defuncti, quorum solutio iniustè detinetur; sed etiam quia defuncto nocent, suffragia, & alia pia legata non adimplentes: Syluest. *verbo, testamentum, 2. quæst. 9.*

474 Tenetur ergo intra annum executor voluntatem defuncti exequi, *cap. nos quidem, de testam.* vbi annus datus executoribus currit à die monitionis factæ per Iudicem, & non ligat ignorantes, & legitimè impeditos: Spin. *in specul. testam. gloss. 28. principal. à num. 9.* Matienz. *l. 7. gloss. 5. & l. 10. gloss. 6. num. 2. & l. 14. gloss. 1. à num. 50. tit. 4. lib. 5. nouæ recopil.* Cald. Pereir. *de renouat. emphyt. quæst. 5. num.* Surd. *de aliment. tit. 8. priuileg. 33. num. 7.* quamuis contrarium dicat Zabarel. *in cap. nos quidem, de test. num. 4. vers. sexto quæro.* Bald. *in l. captatorias ad fin. C. de testam. mil.* Nisi opinio illorum intelligatur, vel quando impedimentum superueniens executori fuerit perpetuum, aut diuturnum, nimirum mors, absentia in remotis, vel in legatis pijs, aut fauore alimentorum: Surdus *supra, tit. 8. priuileg. 33. num. 7.* quia non debet impedimentum pias causas retardare, *l. si quando, C. de testam.* Barbos. *de officio, & potest. Episcop. p. 3. allegat. 82. n. 22* vbi *num. 23.* subdit prædictum temporis spatium.

Incipit igitur annus datus executoribus testamentorum à die monitionis per Iudicem, & sufficit vnica, *vt per Authent. hoc amplius, C. de fideicom.* & *ibi* Bartol. & Salycet. Spin. *d. gloss. 28. n. 10.* Couarr. *commun. contra commun. quæst. 374. num. 2.* Fauore tamen conscientiæ defuncti annus currit ignorantibus, & impeditis, vt in legatis pijs, & fauore alimentorum: prout volunt Tiraquell. *de pia caus. priuileg. 97.* Surd *de aliment. tit. 8. priuileg. 32. n. 8.* 475

& vt dictum est tenetur testamentarius intra mensem à die mortis testatoris insinuare testamentum; aliàs perdit legatum, seu lucrum sibi relictum in testamento: per *leg. fin. tit. 10. part. 6.* præmissa tamen à Iudice monitione, quæ præcedere debet: & sic debet intelligi *d. l. 4. tit. 2. lib. 5. Ordin.* Spin. *d. gloss. 28. num. 15.* 476

Secunda dubitatio: de iure Castellæ, cùm non sit necessaria aditio hæreditatis, vt valida sint quæ in testamento continentur; dicendum est, incipere annum ad exequendum testamentum à die mortis testatoris contra executorem. Quod probatur ex *l. 6. tit. 10. part. 6.* ibi: *Deuen se ellos trabajar luego despues de la muerte del testador de lo cumplir lo mas ayna que pudieren sin alongamiento, y sin escatima alguna, y si embargo tan grande ouiere porque no lo puedan luego complir, deuen trabajar que lo cumplan en todas guisas fasta un año lo mas tarde despues de la muerte del testador*: sequitur Lopes *in d. l. 6. tit. 10. part. 6.* & Burgos de Paz *l. 3. Taur. conclus. 7. num. 253.* Quare non obstat *cap. nos quidem, de test.* ibi: *vt eam commonedi*: qui textus videtur velle necessarium esse monitionem, & ab eo die incipere contra executorem annum: Quia dicendum est, vt annus incipiat currere à die mortis, considerandum esse, non diem monitionis, sed diem mortis: nam vt pœna infligatur contra negligentem executorem non adimplentem voluntatem defuncti, monitio requiritur intra annum, vt eo elapso executor negligens priuetur executione. Quod procedit circa ea, quæ testamentarius exequi tenetur tanquam executor in personis aliorum: Secùs circa illa, quæ hæres vel hæres exequi tenetur, videlicet si hæredi incumbat electio, vel distributio, tunc non incipit annus currere ante aditionem hæreditatis: ita Peralta *in l. cum quidam, num. 9. ff. de legat. 1.* De iure autem Lusitano, & Canonico, *infra num. 496* 477

Dimisso ergo iure Castellæ, dicendum est, non videri annum incipere executoribus testamentarijs ante aditam hæreditatem; per *l. si arma, C. de testam. tutel. l. 3. §. si quis hæred. de statulib. l. eam quam, C. de fideicomm.* eò quia executores ante aditam hæreditatem per hæredem sunt impediti, & impedito non currit tempus: *argumento l. 1. C. de annal. exception. cap. quia diuersitatem, de concession. præbend.* Menoch. *cons. 100. num. 127.* Hamin. *de resignat. lib. 1. quæst. 13. num. 13.* & ob id volunt Abbas *in d. cap. quia diuersitatem, num. 10.* Imol. *num. 7.* ante aditam hæreditatem executionem testamenti esse impeditam. sequitur Rochus de Curt. *de iur. patron. verbo, construxit, quæst. 10.* Gregor. Lopes *l. 6. tit. 10. part. 6 in gloss. verbo, fasta vn anno.* Atque ita esto, executor testamenti teneatur intra annum voluntatem defuncti exequi, per text. *in Authent. hoc amplius, C. de fideicommiss. & l. nulli, C. de Episcop. & Cleric. cap. nos quidem, de testam.* Tamen hic annus non currit, ante aditam hæreditatem. Quocirca contraria sententia supra tacta, secundùm commu- 478

nem

nem scholam, *in d. cap. nos quidem, de testam.* tenet annum funere principium à monitione: ita Couar. *in d. cap. nos quidem, num. 2.*

479 Tertia dubitatio: An executor testamentarius possit compelli, hoc officium acceptare? Responsio est affirmatiua: quod intelligitur, quando illud sciens, se nominatum à testatore acceptauit; tunc enim potest compelli per Episcopum, cùm semel illud acceptauerit: text. *in l. Pomponius, ff. de negot. gest.* Secùs si non acceptauit à principio, quia tunc non potest cogi vt mandet executioni, antequam acceptauerit: Gloss. *in summ. 23. quæst. 6. cap. de Iudæis 45. dist.* Nam executor vltimarum voluntatum, ante mandatum susceptum, non potest compelli ad illud munus, cùm sit à principio voluntarium; sed post susceptum, est mandatum necessarium: ita Martin. Carrill. *in explicatione Bullæ defunct. p. 2. cap. 14. num. 10.* vbi *num. 11.* subdit, quòd executor testamenti etiam tacens non videtur acceptare officium, nisi sit coniunctus: Stephan. Gratian. *discept. forens. cap. 68. num. 17.* Cald. Pereir. *de empt. cap. 17. num. 16. & 18.*

480 Quinimò executores testamentarij possunt compelli, vt per se, & non per interpositam personam suo fungantur officio; prout vult Bald. per text. ibi, *in l. nulli, C. de Episcop. & Cleric.* & *in vers. pro sua conscientia,* & ibi, *per manus eorum*; requiritur enim executio per propriam personam, & ideò non potest committi executio alteri exercenda; sed necessaria est industria propria illius, cui mandatur actus exerceri: Abbas, & Felin. *in c. fin. de offic. legat.* iuuat text. *in l. per diuersa, C. de offic. diuersor. iudic.* Imò executor, cui committitur executio nudi ministerij, alteri delegare non potest, vt per Aloysium Riccium *in collect. decis. 4. p. collect. 1284.* Marc. Anton. Genuens. *in praxi Archiepisc. Neapol. cap. 69.* quos referens sequitur Barbos. *in cap. quoniam, 43. n. 14. de offic. deleg.*

481 Quarta dubitatio. An possit executor testamentarius alterare, vel mutare in aliud mandatum testatoris, videlicet, si testator mandet, vt construatur Ecclesia in tali loco, & non detur locus ibi ad constructionem idoneus, vel iubrat, vt fiat aliquod opus pium, quod non potest perduci ad effectum per executores? Responsio sit de licentia Episcopi, posse fieri commutationem in aliud opus pium: argumento text. *in l. penult. de oper. public.* Imol. *l. 1. de condit. instit.* & Bertachin. *de tract. de Episcop. 4. p. lib. 4. num. 52.* Couarr. *in cap. tua, vers. nec tamen, de testam.*

Non poterit autem voluntas testatoris mutari, si adimpleri potest citra impedimentum iuris, aut naturæ; sed debet impleri secundùm mentem testatoris: *Clement. quia contingit. de religios. domib.* Felin. *cap. cùm accessissent, de constit.* Mench. *de success. creat. §. 7. num. 21.* & multò fortius, quando voluntas in omnibus alteraretur, vel mutaretur, quia in hoc casu non potest mutari, nisi de licentia Papæ. Contra verò si aliquid per testatorem fieri mandetur, quod vt melius prosit, in alium vsum conuertitur, tunc satis est Episcopi consensus: prout tradit Ioann. de Imol. *in l. 1. col. 1. de testam.* Molin. *tom. 1. de iustit. disput. 249. vers. quando aliquid, pag. 1529.* Spin. *in suo specul. gloss. 28. num. 26.* Barb. *ad Ordin. lib. 1. tit. 62. num. 4.*

Quæstionis est, an voluntas testatoris debeat mutari, ex eo quòd post eius mortem contigerit? Videtur negandum, quia voluntas testatoris finitur morte, & inspicitur tempus testamenti, ad cognoscendum quid testator senserit: *l. si ita, ff. de aur. & argent. legat.* Cùm ergo voluntas finiatur morte, *l. cùm hic status, in fin. ff. de donat. inter vir. & vxor.* & *l. 4. ff. locati, l. centesimus, §. vltim. de verbor. oblig.* Sequitur non posse mutari voluntatem testatoris, ex eo quòd post mortem testatoris superuenit, præsertim quia regulariter traditum est voluntatem puram testatoris non posse stare pendulam: *l. vltim. in fin. commun. prædior.*

Dicendum tamen est, esto, tempus testamenti debeat inspici, quando agitur, verùm dispositio testatoris aliquid contineat, & nunquid sustineatur; non tamen procedit, si agatur de interpretatione legis, supponendo quòd testator illud non disposuerit. Accedit, simplicem dispositionem, & voluntatem testatoris non posse stare in suspenso, verùm valeat, aut non valeat; quemadmodum loquitur, & intelligitur *d. l. vltim. commun. prædior.* Nihilominus executio, vel effectus dispositionis absque dubio suspenditur, *l. hæres quandocunque, de acquir. hæred.* Quare voluntas testatoris debet seruari quantum potest: Bald. *in l. precibus, num. 34. C. de impub. & aliis subst.* Roman. *cons. 409. n. 11. per l. in testamento quidem, ff. de condit. & demonstr.* sequitur Decius *cons. 50. vers. sed his non obstantibus:* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 5. num. 6. & 7.* vbi tradit voluntatem testatoris, esse implendam de facto, si de iure non potest impleri: *l. mulier, §. 1.* & ibi Bald. & alij, *de condit. instit.* Castrens. *cons. 5. num. 6. ad fin. vol. 1.*

Cæterùm quidquid supradictum sit, voluntas testatoris ex causa postea emergenti non est seruanda, si verosimile sit, sic defunctum etiam sensisse, si talem causam cognouisset; nimirum si pater filios, quos hæredes instituit, prohibeat alienare bona sua, quia illi mens erat ad eorum descendentes deuolui; nam si quis mortuo patre filium exhæredet, propter quod fuerit à filio percussus, & alterum hæredem scribat; filius exhæredatus, non potest vocari ad fideicommissum, & ex consequenti nequit petere bona avi, quæ fuerunt interdicta alienari: Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 3. num. 20.* eò quia ex post facto ex rebus quæ contingunt, declaratur quid verò senserit testator: vt notat Alex. *in l. Gallus, §. quidam rectè, num. 11. de liber. & posthum.* & confirmatur ex traditis à Bartol. *in l. quoties, §. si duo, num. 5. ff. de hered. instit.* vbi vult dispositionem testatoris intelligi rebus sic stantibus; sequitur Alex. *in l. quod seruum. num. 5. ff. de condict. ob caus.*

Quinta dubitatio. An possit executor testamenti ad exequendum illud, bona testatoris per se ipsum vendere, vt oneribus illius possit satisfacere: Respondetur si à testatore non sit forma præscripta in testamento exequendo, executorem teneri se conformare cum dispositione iuris, cùm omnia humana legibus sint definita: *l. 1. & per totum, ff. & C. de leg. cap. super specula, de Magistr.* Atque ita tenetur exequi quod in tali casu solet fieri, cùm consuetudo in omnibus rebus maximam vim habeat: *cap. cum tanto, de consuetudine,* & est optima legum interpres, *cap. cum dilectus, eodem tit.* per text. ibi: *quæ optima est.* Menoch. *cons. 31. num. 44. & cons. 390. num. 21.* Mascard. *de probat. conclus. 1415. num. 10.* Mendes à Castro *in praxi Lusitana, lib. 2. cap. 1. num. 12.* 482

Porrò si executor nihil reperiat quod sit vsitatum, attendere debet qualitati personæ defunctæ, loco, tempori, & facultatibus: ita vt non sit largus, neque parcus in erogandis rebus, sed arbitrio prudentis viri debet procedere, vt sibi decens, & congruum visum fuerit, & hoc modo expendat: itaut si opus fuerit, possit vendere propria authoritate ea bona, quæ fuerint necessaria ad soluendum debita, quæ a testatore fuerunt relicta: argumento text. *in l. sicut, §. venditio, ff. quibus modis pignus, vel hypoth. solu.* Quod procedit quando nulli extant hæredes,

hæredes, sed executor datur ad distribuendum, cui etis integrum distribuere, vel vendere bona testatoris, & dare in solutum, & cætera exequi: nam constituto executore, videtur eidem omnia fuisse præstita, sine quibus officium suum commodè exercere non potest: text. *in l. 2. de iurisdict. omn. iudic. l. ad rem mobilem, ff. de procuratorib. cap. 1. de offic. delegat.* & in specie de executore tradit Speculator *de instrument. edit. §. nunc aliqua, vers. an executor vltimæ voluntatis*; transfertúrque per hanc venditionem ab executore celebratam, dominium bonorum venditorum in ipsum emptorem, etiam repugnante hærede; quia hæres nequit impedire executorem vt non adimpleat voluntatem defuncti: *l. cum pater, §. merito, de legat. 2.* Quare executor tenebitur dare omnia instrumenta rei venditæ, quæ erant apud testatorem, emptori; quòd si res euincatur, hæres tenebitur de euictione: ita Iacob. de Canib. *de executor. vltim. volunt. 2. p. tract. in §. consult. vers. requisitum est, num. 17. cum seqq.*

483 Sexta dubitatio. An executor amittat legatum, si non exequatur testamentum, & an vltra amissionem puniatur aliis pœnis, si officio suo desit? Responsio quoad primum est affirmatiua, eò quia non exercet officium executionis secundùm mentem testatoris, siue tale legatum sit relictum contemplatione executionis in ipso testamento, siue simpliciter: *l. si quis sepulchrum, de religios. & sumpt. funer. l. Nesennius, de excusat. tutor.* Ab illo enim testator censetur spretus, & offensus, cui fidem suam commisit, & executor respuit adimplere; atque ita videtur indignus legato relicto: ita Papinian. *in l. si patroni filius, §. qui fideic. ad Trebell. & l. 3. de iur. patr.* Nisi euidenter appareat testatorem relicturum esse legatum in quemcunque euentum executurii, quia in hoc casu quamuis recuset exercere suum munus, consequetur tamen legatum: argumento text. *in l. 1. §. qualis, Vbi pupillus educari debeat.* Peralta alios referens ita tradit *in l. 1. de legat. 2. num. 57.* Consonat *l. vltim. tit. 10. part. 6.* per hæc verba: *No queriendo los testamentarios complir las mandas que ouiesse alguno de xado en su testamento, pierden aquella parte, que deuen auer en el testamento.*

Insuper vltra amissionem legati, executori testatoris voluntatem non adimplenti intra tempus constitutum ea pœna imposita est, vt priuetur executione testamenti, & aliis emolumentis: & meritò; quia æquum est, vt ille, qui non vult onus subire, non debeat recipere lucrum: argumento text. *in regula, Qui sentit onus, de regul. iur. lib. 6.* Pro reliquis pœnis contra executores negligentes impositis, consulendus est Molin. *tom. 1. de iustit. disp. 251. pag. 1537. & seqq.*

484 Septima dubitatio. An si Episcopus fuerit negligens cum executoribus in executione testamentorum ignauis, & illos non excitauerit ad munus suum obeundum, quis teneatur huic malo occurrere? Posse Metropolitanum exequi in defectum Episcopi, tradit Archidiaconus *in summa 9. quæst. 3.* & Anton. de Butr. *in cap. pastoralis, de offic. Ordinar.* quia Archiepiscopus est ordinarius iudex omnium Episcoporum suæ prouinciæ: Bottæ. *de Syned. p. 3. art. 2. sub num. 27.* Gonzal. *ad regul. 8. Cancell. gl. 42. num. 16.* Suar. de Pace *in praxi, prælud. 1. num. 17.* & ob id negligentia Episcopi, per Archiepiscopum est corrigenda, cùm ad ipsum deuoluatur: Afflict. *in cap. Imperialem. §. præterea, num. 33. de prohibit. feud. alienat. per Federic. inter dominum, & vasallum, vetab. 13 in fin.* Quarant. *in summa Bullarii, verbo, Archiepiscopus, num. 21. vers. decimanona.* Marc. Anton. Genuens. *in praxi, supra, cap. 70. num. 3.* vbi in specie docet, quando Episcopus fuerit negligens in executione vltimæ voluntatis, vt per Abbat. *in d. cap. pastoralis, in princip.* Lancellot. Corrad. *in templo omnium iudic. lib. 2. cap. 4. sub num. 22.* Sicut quando negligens est Episcopus in collatione beneficij, tunc etiam deuoluitur collatio ad Archiepiscopum, post sex menses, *cap. nulla, de concess. præbend.*

Octaua dubitatio inuoluit quæ personæ possint 485
esse executores testamenti, & quæ non, & quid de Religiosis? In primis certi iuris est, qui decimum sextum annum excedit, quamuis ad vigesimumquintum non perueniat, posse esse executorem: *cap. qui generaliter, §. vltim. de procurat. lib. 6. & l. 19. tit. 5. part. 3.* vbi decernitur hanc ætatem sufficere, vt quis procuratoris munere ad negotia peragenda fungatur, etiamsi ad procurandum in iudicio, requiratur ætas vigintiquinque annorum: Syluest. *verbo, Testamentum 2. quæst. 1.*

Item potest esse fœmina executrix testamenti: vt colligitur *ex cap. 3. de testam.* Bartol. & communis opinio, quam Couarr. *in cap. tua nobis, de testam. num. 3.* refert, ac sequitur Molin. *tom. 1. disp. 247. ad fin.* exemplo fœminæ tutoris officio fungentis: *ex Authent. matri, & auiæ, C. quando mulier tutelæ officio fungi possit.* sequitur Xuarez *l. 2. tit. de los Gouernos, lib. 2. fori, quæst. 5.* Couarr. *lib. 2. resolut. cap. 1. num. 3.* Quamuis aliqui repugnent, dicentes officium executoris esse virile, sicut & procuratoris, à quo fœmina remouetur: *l. fœmina, de procurat. l. 1. §. sexum, de postuland. l. 1. de tutelis, cap. fin. de testam. lib. 6.* & Speculat. *tit. de instrum. edit. §. nunc vero aliqua, vers. quid de muliere*; sed contrarium est verius, ex quo sequitur vxorem relictam executricem testamenti à marito, si secundis nuptiis implicetur, amittere officium: per text. *in l. ex facto, de vulgar.* vbi facultas data vxori à marito substituendi filio furioso, & sic testandi pro eo, amittitur, si accedat ad secundas nuptias: Anton. Gomez. *l. 14 Taur.* & Palat. Rub. *in rubric. §. 67. num. 14.*

Cæterum Bald. *in l. id quod pauperibus, C. de Episcop. & Cler.* meminit personarum, quibus est interdictum officium executoris testamenti, inter quas non solùm laici, sed etiam Clerici, imò & Religiosi possunt esse executores, vt deducitur *ex cap. tua nobis, de testam.* eò quia adimplere voluntatem defunctorum numeratur inter pia opera suo modo: nihilominus Religiosi nequeunt tale munus subire, nisi priùs petita, & obtenta licentia à Superiore, habetur *in cap. Religiosus, in princip. de testam. lib. 6.* Irritum tamen erit quidquid Religiosus fuerit executus ante obtentam licentiam, iuxta veriorem, quam sequitur Syluest. *verbo, testamentum 2. quæst. 2.* & Couarr. *d. cap. tua nobis, de testam. num. x.* licentiâ autem obtentâ à Superiore, tenetur Religiosos reddere rationem Ordinariis locorum susceptæ executionis, quamuis sint exempti, aut etiam Prælatis Religionis: ita *in Clement. vnica, de testam.*

Excipe fratribus Minoribus esse omninò interdictum munus exequendi testamenta: possunt tamen consilium dare circa executionem illius, vt habetur *in Clement. 1. exiui de Paradiso, §. verum etiam, de verbor. signific.* tamen non tenetur executor consilia sequi: Molin. *d. disp. 247. vers. illud est obseruandum, pag. 1521.*

Sed quid de seruo, an possit esse executor testamenti? Pars negans ex eo paret, quia seruus habetur pro mortuo quoad ius ciuile: *l. quod attinet, de regul. iur.* & ideò exequendi officium non competit seruo: *l. hæc verba, de verb. signific.* sequitur Bald. *in l. quod pauperibus. C. de Episcop. & Cleric.*

Nihilominus posse seruum esse executorem testamenti, ex eo probatur; quia executor testamenti dicitur esse minister: *l. si quis Titio, de legat. 1.* quale officium

officium ministri cadit super seruum, qui liberi hominis est minister, & ea quæ sunt nudi ministerij, & facti per seruû solent exerceri: *l.legatum, ff.de capitis diminutione, & in princip. Instit.de capitis diminutione, & in princip. Instit.de stipulat.seruor.*

Quid de excommunicato, an possit esse executor? Videtur negandum *ex cap. decernimus, de sentent. excommunicat.lib.6.* & *ex cap.intelleximus, de iudic.* vbi decernitur, non posse excommunicatum esse in in iudicio ad agendum: sequitur Couarr. *in cap.alma mater, 1.p.§.1.num.5.* Nauarr. *in manual.cap.27. num.32.* Sed verius est oppositum; eò quia excommunicato non interdicitur tractatio rerum extraiudicialium: vt tradit Innocent. *in cap. si verò, de sentent. excommunicat.* præsertim quia Officium executoris testamentarij non est ad commodum executoris, sed potiùs ad vtilitatem testatoris, vel legatariorum: ergo huiusmodi executio non interdicitur: argument. *cap.cum voluntate, de sententia excommunicat.* vbi dicitur communicationem cum excommunicatis licitam esse in iis, quæ ad eorum correctionem, & salutem animarum pertinent; ergo cùm ipse officium exerceat ad aliorum commodum, & sit officium publicum ratione illius, quatenus tale est, poterit illud exequi in iis, quæ sunt extraiudicialia.

486 Nona dubitatio. An hæres non adimplens voluntatem defuncti, priuetur hæreditate ipso iure ante omnem sententiam? Responsio est affirmatiua: per *Authent.hoc amplius, C.de fideicommiss.* ex verbo priuatiuo *excludatur* imposito *ibi*, quod priuationem ostendit ipso iure: ita Gloss. *in l.in criminali, C.de iurisdict.omn.iudic.* Gloss. *in Authent.de hæred. & falcid. §. si quis autem*, ibi, *auferatur.* Sequitur Bald. & Salycet. *in d. Authent.hoc amplius, num.7. & in d. Authent.cit.*

Nihilominus dicendum est hæredem non adimplentem voluntatem defuncti, non ipso iure, sed per sententiam esse priuandum. Ratio, quia verbum *priuare*, & verbum, *perdere*, non ipso iure secum ferunt executionem condemnatoriam; vt vult Gloss. *in l.si quis in tantam, C.vnde vi*, & deducitur *ex cap.1.de Cleric.excommun.* ibi, *ab Ecclesia abscindatur.* Quæ verba non ipso iure, sed sententiam habent effectum: Castr. *de leg.pæn.lib.2.cap.6.* & Paul. de Castr. *in Authent.hoc amplius, C. de fideicommiss. num.2.* & Lop. *l.fin.tit.10. part.6.* Executio autem in hoc casu contra hæredem facienda est per Episcopum loci, vt habetur *in cap. tua nobis, de testam.* per hæc verba. *Per locorum Episcopos prouidendum.* Quare Episcopus potest compellere hæredem, vel legatarium ad executionem, etiamsi testator prohibuisset ne Episcopus se intromitteret: quia illa clausula habetur pro non apposita, ac proinde non posse testatorem prohibere, datâ executoris negligentiâ, vel hæredis, ne se intromitteret; ait Couarr. *in d.cap. tua nobis, n.6.* Card. Tusc. *tom.3. concl.293.* Valasc. *consult. 105. n.57.* Françisc. Leo *in Thesaur. for. Eccles.p.4. c.2. n.46.* & Barbos. *de offic.& potest. Episcop.p.3.alleg.81.n.27.& 28.* Spin. *gloss.28. n.20.*

487 Decima dubitatio. Quo ordine, & modo executor testamenti teneatur distribuere bona inter pauperes, & an possit sibi aliqua reseruare si pauper sit, vel dare filio spurio testatoris, aut vni pauperi assignare totam summam per plures distribuendam? Quoad primum dico deputatum ad distribuendum posse, & teneri distribuere pauperibus loci, vbi testator habet domicilium, prius quàm alienigenis. Messia *in Pragmat. Tax. pan.conclus. 5. num.96.* & pauperibus consanguineis testatoris priùs, ac magis quàm extraneis; ita Abbas *in cap.peruenit, de arbitr. num.1.* & *in cap. inhibendum, n.5.de cohabitat.Cler. & mulier.* Bann. *2.2.quæst.32.art.9.* & Tiraq. *in præf. de priuileg.caus.piæ, n.15.* Quòd si distributor ad erogandum bona pauperibus sit etiam pauper, euidenter poterit sibi ipsi erogare aliquid eleemosynæ causa: ita Felin. *in cap.irrefragabili, §.cæterum, n. 9. de officio Ordin.* & Henricus *in tract.de Synod. Episcop. conclus.13.num.126.* & tradunt communiter scribentes *in c.cum tibi, de testam.* Menoch. *cons.296.n.21.*

Sed quid si adsit filius spurius testatoris inter pauperes? Ratio dubitandi est, quia filij spurij nec directè, nec indirectè consequi possunt bona patris, vt in specie scribit Molin. *de primog. lib.2. cap. 11. n.29.* & Pius V. summus Pontifex prohibuit relinqui quocumque titulo non solùm ipsis spuriis, verùm etiam illorum coniugibus, parentibus, filiis, descendentibus, ascendentibus, vel cognatis; teste Menoch. *de præsumpt.lib.4.præsumpt.96.n.6.* Dicendum ergo est executores testamenti, qui pro suo arbitrio habent distribuere bona testatoris non posse ea distribuere in personam filij spurij testatoris: ita Ioan. de Anan. *cons.13 in fin.* respondit; & prius scripsit Bald. *in l.id quod pauperibus, num.34. C.de Episcop. & Cleric.* & *in l.ab eo, C.de fideicomm.* Alex. *cons.54. n.1.lib.7.* Placa *in Epitom.de delict.cap.41. num.17.* Cæterum si filius spurius est pauper euidenter, potest eligi inter pauperes, vt tradit Messia *in Taxa pan. conclus.6.n.46. vers.executor*, & Mascard. *de probat. vol.2.concl.193.n.7.* Cened. *ad decret.collect.114.n.8. vers.& an legatum.* Denique posse legatum distribuendum pauperibus in vnum distribui, tradit Petrus Magdaleuus *de numer.test.in testam.2.p.cap.2. ex n.43.* & Auilez *in cap.2. Prætor.in gloss.ninguno, n.3.* quamuis in hoc contrarium teneat Bartol. per ea, quæ habẽtur *in l.2.ff.de option.legat.* & Alex. *in d. l.Gallus, §.quid si is, ff.de lib.& posth.* Sed opinio nostra est vera, quando electio vnius facta fuit cum discretione, & causa iusta, nec bona sunt inmodica.

Vndecima dubitatio. An possit executor pecu- 488
niam distribuendam inter pauperes distribuere pro dotibus virginum? Responsio est affirmatiua, si sint pauperes considerata qualitate earum, & hòc modo executor satisfacit voluntati testatoris, qui tenebatur bona inter pauperes, vel vsus pios distribuere; prout vult Palatius Rub. *in repetit. cap. per vestras, cap.12.num 6 & 7.* Nam causa dotis, quando virgo eget, est satis pia: Baeza *de decim.c.11.n.53.* & Pinell. *l.1.p.3.n.69. C.de bon. matern.* nisi bona illa distribuenda à testatore designentur in particulari, vt certis, & determinatis pauperibus distribuantur; tunc enim illis debent distribui à dispensatore fideli in eos vsus, quos animæ defuncti viderit vtiliores: ita Aluarad. *de coniect.ment.test.lib.2.c.1.§.2.n.35.*

Duodecima dubitatio: An testatore præcipiente 489
certo tempore dari eleemosynam pauperibus, possit executor præuenire illud tempus, in præiudicium pauperum futurorum? Videtur negandum, quia debet hæres, seu executor testatoris voluntatem exequi, prout testator iussit: proinde nequit tempus illud præuenire, ex traditis à Papiniano *in l.cum pater, §.a filia, de legat.2.* vbi ipse, cui electio alicuius personæ datur in tempus mortis, non potest anticipare illud tempus, seu ante diem conditionis eligere, ne talis electio pauperibus futuris sit præiudicialis: Bartol. *in l.cum pater, §.filia, ff. de legat. 2.* sequitur Angel. *in l.si post mortem, C.de fideicomm.* Nihilominus cùm *d.l.cum pater, de legat. 2.* loquatur in fideicommisso relicto personæ certæ de certis, & dubitatio loquatur in legato, seu fideicommisso relicto in certis personis, hæres potest suo iuri renunciare, & diem præuenire: ita Bald. & Fulgos. & alij quamplurimi, quos sequitur Couarr. *in cap.tua nos, num.5, de testam.* Sĩ in *in specul.gloss.28. num.71.*

Decima

490 Decimatertia dubitatio. An possit executor pro exequendo suo munere aliquod præmium exigere; & quid si fuerit executor testamenti ad pias causas? Responsio est affirmatiua quoad primum; quia qui sentit onus, debet sentire & commodum; & vbi sunt onera, ibi & fructus esse oportet: *l. eum qui, de iureiur.* Alex. *l. si cum dotem, § transgrediamur, ff. solut. matrim.* Bald. *in l. certum, col. fin. C. famil. ercisc.* Iuuat, executorem testamenti loco hæredis haberi: *cap. cum tibi, de testam.* Sed hæredi datur quarta Trebellianica: *l. 1. & per totum, ff. ad Trebellianum*: igitur præmium executori debetur pro labore administrationis: text. *in l. si hæres, de condict. ob caus. l. contra publicam, C. de re milit.*

Quoad secundum, quamuis de legatis ad pias causas non debeatur falcidia, sic videtur dicendum non deberi aliquid salarij executori testamenti pro labore executionis, quando executio est circa pias causas, eò quia charitatis opera absque præmio sunt exercenda; nam quando adest præmium temporale, cessat charitatis præmium: *cap. Marchion. 1. quæst. 2.* & charitatis actus sunt spirituales: D. Thom. 2. 2. *quæst. 34. art. 3. & q. 33. art. 6.* & qui pro spiritualibus præmium recipit, delinquit: idem D. Thom. 2. 2. *quæst. 100. art. 1.* Nauarr. *in manual. cap. 23. num. 99.* & Sot. *de iustit. quæst. 5. art. 2. lib. 5.* Igitur executor nihil potest temporale exigere, quia huiusmodi opera cœlestia præmia expectant.

Benè tamen debetur executori in hoc casu ex consuetudine potiùs salarium attentis facultatibus defuncti: nam quamuis huiusmodi executor ad causas pias solùm datus nullum salarium consequi teneatur, sicut non debetur falcidia de legatis ad pias causas; *Authent. similiter, C. ad leg. falcid.* tamen potest petere, & consequi salarium, non obstante quòd executor in exequenda voluntate defuncti, dicatur exercere opus pium, quia non facit iniustum; ideò licitè petit; sicut labor ille, qui in huiusmodi administrationis tempore suscipitur, potest pretio æstimari, & ex consequenti pro eo salarium recipi: argumento obligantis se ad faciendum factum in certo loco, & tempore, potest pretium recipere; cùm labor ille sit pretio æstimabilis, qui antecedit operationem: sic in nostro casu, & si opus sit pium, & charitatis plenum adimplere voluntatem defuncti; labor tamen in opere peragendo dignus salario censetur.

491 Decimaquarta dubitatio: An executor testamenti, cui committitur exonerare conscientiam defuncti teneatur debita præscripta soluere; & quid, quando vnus est hæres, & alter vsufructuarius omnium bonorum, quis eorum debeat soluere debita, & legata defuncti? Quoad primum, Bald. *in l. id quod pauperibus, in 9. quæstion. C. de Episcop. & Cleric.* ait executorem deputatum ad soluendum debita, posse soluere debita naturaliter tantùm, quia in foro animæ tantùm valet debitum naturale solum, quantum naturale & ciuile simul; quamuis *in c. Ioannes, de test.* magis videtur contrarium; dum separat pios vsus, & debitorum satisfactionem: Tiraq. *in præfat. priuil. piæ caus. § vlt.* vbi tradit relictum factum ad soluendũ creditoribus esse ad pias causas. Vide tamen Perez *lib. 5. tit. 2. l. 4. pag. 140. vers. duodecimo dubitatur.*

Quoad secundum: quando vnus est hæres, & alter est vsufructuarius omnium bonorum, dicendum est vsufructuarium omnium bonorum teneri ad æs alienum testatoris nomine soluendum: quod in legato vsusfructus omnium bonorum expressè tradit Bartol. *in l. vltim. ff. de vsufruct. legat.* Atque ita in vsufructuarium omnium bonorum transeunt actiones, vt aiunt, actiuæ, & passiuæ, sed eo loco tantùm probatur ad vsufructuarium pertinere actiones ad exigendum ea, quæ debentur testatori; non autem dari contra illum actiones creditoribus: facit *l. nam quod, § vltim. ff. ad Trebell.* vbi ostenditur legatarium omnium bonorum teneri soluere æs alienum. Nihilominus quamuis dicendum sit illum, cui proprietas omnium bonorum legatur, teneri soluere debitoribus bene pensatis, in vsufructuario oppositum est dicendum omnium bonorum; videlicet illum non teneri ad solutionem æris alieni: ob text. notab. *in l. vlt. ff. de vsufruct. legat.* & *in l. vsufruct. ff. ad l. falcid.* sequitur Paulus Castrens. *in l. fin. § sin autem, C. de bon. quæ liber.* & *in cons. 194. n. 2. lib. 2.* Quare non vsufructuarius omnium bonorum conuenire debet, sed hæres, qui tenetur ad æris alieni solutionem: vt probat multis Couarr. *variar. lib. 2. cap. 2. num. 4.* dicens eandem opinionem contra Bart. placere Ruyno *cons. 51. num. 14. lib. 2.*

Bartoli tamen opinio defendi potest, quando legatus esset vsusfructus hæreditatis partis, scilicet, tertiæ, quartæ, vel quintæ, tunc tenebitur ad æris alieni pro ea parte solutionem, secundum Ruyn. *cons. 41. lib. 2. col. 2.* Vnde vsufructuarius etiam omnium bonorum non debet soluere legata gratis à testatore relicta: ita Bartol. *in d. l. vltim. ff. de vsufr. legat.* Alex. *in l. vsufructu, ff. ad leg. falcid.* & est communis, vt tradit Couarr. *suprà num. 7.* Quod intelligitur quando legata sunt statim soluenda, & non sunt annua; tunc enim eorum solutio ad hæredem, & non ad vsufructuarium pertinet: ita Bart. & Alex. *supra,* & Iason *in l. 1. col. 4. ff. ad Trebell.* Sequitur Menoch. *cons. 115. ex n. 9.* vbi addit, legata tamen annua vsufructuarium soluere teneri, *per l. vlt. § sin autem legata, C. de bon. quæ liber.* vbi Bald. Salycet. & Fulgos. & expressè Couarr. *d. n. 7. vers. tertio considerandum,* & Spin. *in specul. gloss. 13. n. 82. vers. sed licet.* Nec discordat omninò Ruland. *cons. 8. vol. 2. n. 2.* vbi vult, quando vniuersitas omnium bonorum defertur ex vltima voluntate, de ipsa vniuersitate non deduci debita, & credita, imò includi, vsufructuarium autem omnium bonorum non teneri soluere de vsufructu creditoribus, sed æs alienum deducendum esse ex omnibus bonis, & sic ex venditione hæreditatis, & non de vsufructu. Quo argumento vtitur Iason *in l. 1. princip. in 2. lectur. col. 3. ff. ad Trebell.* quocirca puto verius legata præstanda ab hærede, & non ab vsufructuario, *l. legatorum, in princip. ff. de legat. 2. l. Turpia, § 1. ff. de leg. 1.* ex ea ratione, quia hæres adeundo hæreditatem quasi contrahit cum creditoribus hæreditariis; at verò vsufructuarius cùm non adeat hæreditatem, non contrahit, nec quasi contrahit cum illis: *l. ex facto, ff. de hæred. instit. l. fideicommissum, § tractatum, ff. de iudic.* & Bald. notat *cons. 30. in fine, vol. 5.* ergo, &c. pro quo etiam facit text. *in l. 1. C. si cert. petat.* vbi omnes actiones actiuæ, & passiuæ transeunt in hæredem.

Nec obest text. *in d. § sin autem*; quia textus ille loquitur in legatis annuis, & non puris, vt *ibi* notat Salycet. *in 2. notab.* vbi inquit expressè quòd vsufructuarius vniuersalis debet soluere ex vsufructu legata annua; eò quia legata annua de anno ad annum recipiunt dilationem, sicut & vsusfructus, quia est annalis: secùs in aliis legatis, quæ debent purè solui: atque ita praxis est antequam tradantur bona vsufructuario, quòd hæres primò deducat æs alienum, quod solui debet de bonis mobilibus, & immobilibus, si aliter solui non potest, & postea residuum traditur vsufructuario. Roland. *d. cons. 8. n. 14. & num. 24. & 26.* secundùm magis communem.

Decima quinta dubitatio soluitur, quod Episcopus certus de negligentia executorum non solum potest, sed etiam debet testatoris mandata exequi; etiamsi talis executor sit alterius diœcesis: nam 422

compellere.

compellere, vt executor testamentarius adimpleat voluntatē defuncti, spectat ad Episcopū: text. *in Auth. de Ecclesiast. tit. §. si quis autem pro redemptione, collat. 9.* & Concil. Trid. *sess. 22. c. 8.* ibi: *Episcopi tanquam Sedis Apostolicæ Delegati in casibus à iure concessis omnium piarum dispositionum tam in vltima voluntate, quam inter viuos sint executores:* Spin. *gloss. 28. n. 20. & 21.* vbi id extendit ad Capitulum, Sede vacante: Atque ita vbi primùm constiterit Episcopo de negligentia executoris, tenetur testatoris mandata exequi: Barbos. *de officio, & potestat. Episcop. allegat. 82. n. 26. & in c. nos quidem, de testam. n. 7.*

493 Quinimò Episcopus compellendo potest facere, vt piæ defunctorum voluntates mandentur executioni; quamuis hæres sit laicus. vt per Sbroz. *de vicar. Episc. lib. 2. q. 49. n. 1.* Aloy. Ricc. *in collect. decis. p. 3. collect. 714.* Moderrius *de iurisdict. p. 2. c. 18.* & Ant. Cucch. *Instit. Can. tit. de Episc. n. 142.* ex Conc. Trid. *sess. 22. de reform. c. 8.* quamuis sint executores officiales sanctæ Inquisitionis, & ob id exempti à Iurisdictione Ordinariorum, vel Professores in aliqua Academia exempta; quia hoc non sufficit vt eximantur à iurisdictione delegata à Sede Apostolica; vt decisum fuit à sacra Congregatione, teste Franc. Leone *in Thesauro fori Ecclesiastici, p. 2. c. vlt. in fin.* sequitur Barbos. *vbi proximè, d. alleg. 82. n. 14.*

494 An verò sit necessaria monitio, vt data negligentia hæredis, seu executoris, deuoluatur potestas exequendi ad Episcopum; & quomodò deuoluatur, tactum est *supra hoc §.* & tenet partem affirmatiuam, *ex c. nos quidem, de testam. verbo, vt eam commoneat:* ita Menoch. *de arbitrar. casu 498. à n. 58.* Molin. *de iust. tom. 1. disp. 251. n. 5.* quos referens sequitur Barbos. *de officio & potestat. Episc. allegat. 82. n. 24.* vbi *n. 25.* tenet sufficere vnicam monitionem à Iudice personaliter faciendam, & consonat Cened. *ad Decretal. collectan. 114. n. 3.*

495 Dubitatio decima sexta: An Episcopus possit in defectū executoris, executioni mādare legata etiam profana? Ratio dubitādi, quia Concil. Trid. *sess. 22. c. 8.* loquitur de dispositione omnium piarum, tam in vltima volūtate, quàm inter viuos executionum: Dicendum tamen est idem posse Episcopum etiam in legatis non piis: ita Couar. *in c. si hæredes, de test. n. 3. vers. eadem vero.* Cened. *practic. lib. 1. q. 14. n. 2. & q. 31. n. 5.* & alij, quos sequitur Barbos. *de offic. & potest. Episc. p. 3. allegat. 82 n. 15.*

496 Dubitatio decima septima: In Regno Lusitaniæ quas pœnas incurrant executores infra annum, & mensem à morte testatoris, volūtatem defuncti non adimplentes? Molin. *de iust. tom 1. disp. 251. n. 5.* tradit in hoc Regno, eo ipso, quòd executores intra annum, & mensem à morte testatoris voluntatem illius non impleuerint, amittere munus executoris, & priuari legato, & commodo, seu præmio eisdem relicto à testatore; quas pœnas aduersus illos executioni mandare non possunt, si integrè antequam citentur, eam adimpleuerint: Barbos. *in remission. ad Ordinat. Regiam, lib. 1. tit. 62 §. 2.* & Barbos. filius *in c. si. hæres, de test. n. 3.* vbi addit idem seruari apud Gallos teste Rebuff. *ad leges Galliæ, tom. 1. tr. de sent. prouis. n. 88. pag. 145.* Quod apud Lusitanos intelligitur quando à testatore tempus adimplendi testamentum executori non præfigitur, eo autem præfixo, si executor absolutè non adimpleat voluntatem testatoris, vt dictum est, amittet totum præmiū executori relictum, ad redemptionem captiuorum: ita Ordinatio Lusit. *lib. 1. tit. 62. §. 12.* ibi: *O qual premio sera entregue ao Mamposteiro mor dos captiuos, porque o temos apropriado a dita redempçam.* Idem repetitur *§. 14.* ibi; *O qual premio elle perdeo, por nam comprir o testamento no tempo ordenado.*

Quinimò etiam iure Canonico hæredes, & legatarij priuantur ipso iure, emolumento testamenti; si statuto tempore, præuia admonitione, non adimpleuerint voluntatem testatoris: vt constat, *ex c. Syluester, 11. q. 1.* approbante in hoc pœnas iuris ciuilis. Quocirca priuatio hæc procedit etiam contra Clericos, & Religiosos, & contra Ecclesias, & monasteria; vt deducitur *ex Auth. de hæred. & falcid. §. vlt. vers. quia vero, collat. 1.* & *ibi* Bart. Greg. Lop. *in l. vlt. gloss. penult. ad medium tit. 10. p. 6.* semper tamen necessaria erit sententia priuationis contra hæredem non adimplentem supremam testatoris voluntatem: vt contra alios tradit Spin. *in specul. testam. gloss. 28. à num. 67.*

Decima octaua dubitatio: An minor negligens in adimplenda voluntate defuncti, restituatur; ne lucrum sibi relictum amittat? Affirmatiuè respondet Ruin. *cons. 199. n. 3. lib. 1.* Riminal. *cons. 261. n. 32. lib. 2.* Costa *select. interpret. circa condict. lib. 2. c. 4. n. 2.* Decius *cons. 349. 1. & 2. col.* Et est communis vt testatur Sfort. Odd. *de restit. in integr. q. 72. art. 6. sub n. 62.* & probatur, quia minor æquiparatur Ecclesiæ, & Ecclesia restituitur in integrum aduersus decursum tempus: Gloss. Bart. & Scribent. *in Authent. quas actiones, C. de sacros. Eccles.* Card. Imol. & alij *in Clemen. 1. de restit. in integr.* ergo minor restituetur contra testatoris mandatum, ne lucrum amittat sibi relictum. 497

Quid de hærede, qui mandatum testatoris non adimpleuit circa pia? Gloss. *in c. si hæredes, de test.* sic ait: *Hæres qui relicta ad pias causas conferre distulerit, totum amittere debet,* vbi Hostiens. & Anchar. *n. 5. ibidem,* & Butr. *n. 6.* volunt priuari legitima hæredem, qui voluntatem testatoris non adimpleuerit circa pia; per text. *in §. si quis autem pro redemptione, vers. si autem qui, in Auth. de Eccles. tit.* 498

Sed his obest, quia filio legitima debetur de iure naturæ extra omne testamētum, & ideò iura voluerūt excludere hæredem à lucro dato per defunctum, hoc est à legato, quasi qui noluerit subire onus, nec etiam debet habere commodum. Quæ ratio non habet locum in debito iure naturæ, quod debetur sine aliquo onere: *l. quoniam nouella. & l. quoniam in prioribus, C. de inoff. test.* Atque ita Bald. ob hanc rationē, *in Auth. hoc amplius, col. 2. vers. modo respondeo, C. de fideicommiss.* Hanc partē tenuit ob discrimen datum inter legatum & legitimam; quia non est legatum, quod iure naturæ detrahitur, aut debetur, & pœna non debet excedere delictum: *l. rescriptum, ff. de his quib. vt indig.* nec legitimæ onus imponitur, *l. quoniam, C. de inoffic. testam.*

Decima nona dubitatio: An Episcopus possit cōpellere hæredem, vel legatarium ad executionem legatorū ad pias causas, quamuis testator prohibeat ne Episcopus se intromittat: Affirmat text. *in c. tua nobis, de test.* posse Episcopum compellere prædictos ad executionem legatorum ad pias causas; esto, prohibeatur à testatore: eò quia similis clausula habetur pro non apposita: ita Couar. *in d. c. tua nobis, de test. n. 6.* quia intelligitur cessante hæredis, vel executoris negligentia, quā interpositā, non obstāte testatoris prohibitione, potest Episcopus se intromittere: Tuscus Card. *tom. 3. concl. 295.* Sarment. *lib. 1. select. c. 11. à n. 3.* Cald. Pereira *de nominat. emphyt. q. 19. n. 56.* Spin. *in specul. gloss. 28. n. 20.* per text. *in Clem. 1. de test.* vbi absolutè loquitur posse Episcopum cogere executorem, vt reddat rationem de executione: Valasc. *consult. 105. n. 55. vers. limitabis tamen,* & Barbos. *de officio, & potestat. Episc. p. 3. allegat. 82. n. 27. & 28.* vbi concludit non posse defunctum, dum testatur, prohibere ne executores rationes reddere cōpellantur: & constat ex Ordinatiou. Lusitana, 499

lib. 1. tit. 62, ibi: Seram obrigndos a dar conta nindaque os testadores mandem o contrario. Barbos. *ibi, ad Ordin. Reg. in principio, n. 5. & 6.*

500 Vigesima dubitatio: An executor testamenti Clericus possit constitui etiam à Laico, & an possit cōpelli ad illud munus antequam mandatum susceperit? Posse Clericum constitui etiam à laico executorem, colligitur ex c. *Iua nobis, de testam.* & tradit Zabarel. *in c. Ioannes, notab. 5. & n. 4. oppos.* 1. & clariùs id apparet *in c. 2. de testam. lib. 6.* quatenùs ait etiā Regulares posse creari executores de licentia suorum Prælatorum: idem ibi Gloss. *verbo, Religiosus,* & Gloss. sequens communiter recepta: ita Sanch. *in præcepta Decalog. tom. 2. lib. 6. c. 11. n princip.* quamuis contrarium tradat perperam quasi certum, sed minùs benè Iacob. de Canib. *in tract. de executorib. vltimar. volunt. p. 1. n. 23.*

Non poterit autem executor cōpelli ad illud munus præstandum, nisi post mandatum susceptum: per text. *in d. c. Ioannes.* Vnde ante illud non potest cōpelli ad illud munus subeundum, vt volunt Capra *tom. 2. commun. opinion. lib. 6. tit. 21. n. 8. pag. 139.* Perez *tit 2. lib 5. Ord. pag. 142.* & Spin. *gloss. 28. n. 18.*

501 Vigesima prima dubitatio: An executores possint interpretari ambiguam defuncti voluntaté, & quomodò id intelligatur? Respondetur si interpretationem suæ volūtatis testator alteri specialiter non cōmiserit, tunc si executores testamenti constituerit; ipsi possunt interpretari ambiguam defuncti volūtatem, ita vt declaratio ab illis facta, ab ipso testatore
502 facta intelligatur: ita Bald. *cons. 259. vol. 4.* Anchar. *cons. 329. n. 2. in fin. & 3.* quod posse facere executores, hærede etiam non requisito, vt dictū est, docet idem Bald. *in l. 1. col. 7. vers. quinto, de legat. 2.* tamen quāuis possint interpretari, non tamen exequi ipso hærede non requisito: Gabr. *concl. 1. n. 191. de citation. lib. 2.* Quòd si declaratio modum excedat, intra modum sustinebitur, vt Bald. *supra* subiungit, & ad arbitrium boni viri res sit deducenda, vt probatur *ex l. 1. de legat. 2.*

Quòd si executores in testamēto non fuerint constituti, illis non constitutis executio cōpetit hæredi; *c. 3. de testam.* Interpretatio autē cōpetit legi, qualis fuerit cogitatio defuncti: *l. 1. C. de legat.* Bald. *in l. Manius, in princ. in 2. notab. de leg. 1.* Quòd si lex interpretatur, standū est illius interpretationi: per text. *in l. si puterfam. ff. de hered. instit. & §. vlt. Instit. de vulgar. substit.* & *l. quamuis, C. de impub. & ali. subst.* nam vbi lex interpretatur, non requiritur alius interpres: Bald. *in cons. 147. vers. alia lex, vol. 2.*

503 Vigesima secunda dubitatio. An executores possint distribuere distribuenda in proprios vsus, aut filiorū? Hac de re, *supra n. 486.* aliqua dicta sunt, quibus addi potest absolutè, executores datos ad distribuendū, se ipsos eligere non posse, nec in suos proprios vsus conuertere; vt clarè præsupponit text. *in c. sua nobis, de test.* & Card Zabar. *in Clem. 1. col. penult. vers. vigesimo secundo quæro, de testam.* nisi sint in necessitate summa cōstituti; vt ait Imol. *in d. Clem. 1. n. 20. in fin.* tunc quidem aliquid moderatū possunt sibi retinere: nam quamuis Cald. *cons. 31. sub rubr. de testam.* probet multis rationibus executorem datum ad distribuendū inter pauperes, non posse filiis suis, quamuis pauperes sint, largiri; id procedit, nisi filij sint valdè pauperes: vt declarat idem Cald. *cons. 39. de test.* argumento constituti in summa necessitate, qui potest aliena rapere: *c. si quis propter necessitatem, de furt.* ergo multò fortius poterit sibi ipsi concedere, & retinere pro filiis, seu filiabus. Bald. *in l. illud, in princip. n. 20. ff. quod cuiusque vniu.* & Angel. *in l. illa institutio, n. 3. ff. de hered. instit.*

Similiter Episcopus eligēdo pauperes, quibus legatum est relictum, non libero, sed regulato arbitrio vti debet: Menoch. *de arbitrar. iudicum, q. 9. & lib. 4. præsumpt. 225.* Dicitur autem regulatum arbitrium, quando Episcopus, seu executor primo eligunt ex pauperibus ciuitatis ipsius testatoris; cum de aliis non sensisse illū præsumatur: ita in specie, Gloss. *in c. si pater, in verbo, pauperes, de testam. in 6.* Bart. *in l. 2. n. 2. C. de anno. ciuil. lib. 10.* Tiraquel. *de priuil. pia caus. priuil. 56. col. 2.* & Couar. *in cap. cum tibi, num. 14. de testam.*

An verò id quod relinquitur distribuendum inter pauperes, sit applicandū pauperioribus? Videtur affirmandum; per *l. si quis ad declinandam, §. vbi autem, de Episcop. & cleric. §. si quis in nomine magni Dei, in Auth. de Eccl. tit.* & tradit Bald. in specie, *in l. cum multa, n. 3. ad fin. de donat. ant. nupt.*

Nihilominus Episcopum, seu executorem non teneri eligere pauperiores, tradit Bart. *in l. vnum ex famil. §. 1. in fin. de leg. 2.* est enim locus gratificationi, nec peccat qui vnum pauperē alteri antepoit: sequitur Bald. *in l. 1. n. 31. vers. item quæritur, C. de sacros. Eccles.* ibi: Et si data sit alicui facultas eligendi pauperes, quibus hæreditas debeat restitui, is poterit eligere minus pauperes, licet non sint pauperiores: Bald. *in l. id quod pauperibus, n. 35. C. de Episcop. & Cleric.* Benedict. Capra *cons. 54. num. 15.* Portò si extent pauperiores ex familia testatoris, hi debēt præferri cæteris pauperibus, quia testator magis voluit suis, quàm extraneis prouidere; cùm charitas ordinata incipiat a se, & suis: *l. prætor, C. de seruit. & aqua,* cum aliis traditis ab Abbate *in c. 1. n. 4. de cohabit. cleric. & mulier.* Non existentibus tamen pauperibus ex familia testatoris, eligere possunt executores, vel Episcopus magis pauperes ex propriis eorum familiis. Bald. *in l. illa institutio, n. 2. ff. de hered. instit.* & Anchar. *in cons. 437. in his dubiis decidendis, col 1.* Paris. *in cons. 45. n. 15. lib. 3. & cons. 26. n. 3. lib. 4.* iuuat D. Thom. *2. 2. q. 32. art. 9.* dicens magis subueniendum esse coniunctioribus, quàm aliis, adhibendamque esse discretionis rationem, secundùm differentiam coniunctionis, sanctitatis, & vtilitatis; quia multò sanctiori, & magis indigenti, & magis ad bonum commune vtili largiendum est quàm propinquiori, maximè si non sunt multò coniuncti: sequitur Syluest. *in verbo, eleemosyna, n. 4.* & Armil. *eodem verbo, n. 8. & 14.*

EPITOME.

504 *Executores quam potestatem habeant, quando nullus hæres instituitur in bonis à defuncto relictis.*

505 *Executores vniuersales, quando plures sunt constituti, & aliqui impediuntur, cæteri quid faciant.*

506 *Quid faciendum ab executore testamenti, quando testator iussit restitui mille aureos pro bonis malè ablatis, & non reperiuntur tot creditores, inter quos ea summa sit diuidenda.*

507 *Religiosus exemptus, si delinquat in executione testamenti adimplenda, an debeat puniri ab Episcopo.*

508 *Executor, cui relinquitur certa summa diuidenda ad libitum, an teneatur elargiri aliquid operibus piis.*

509 *Institutores Maioratuum, seu Capellaruum, an possint executoribus suarum voluntatum relinquere aliquid annuum pro suo labore, & an hoc sit etiam Maioratus.*

Vigesima tertia dubitatio circa executores vltimarum voluntatum: Quando nullus hæres 504
instituitur,

institutur; dicendum est censeri huiusmodi executores hæredes cum onere distribuendi bona in pias causas: ita Menoch. cons. 369. n. 10. Tiraquel. in tract. le mort. p. 7. declar. 5. n. 14. Mendes à Castr. in praxi Lusitana, lib. 1. cap. 3. n. 22. Valasc. consult. 68. n. 4. Habent enim vicem hæredum in testamentis huiusmodi factis ad pia, quamuis contrarium seruetur in praxi, nisi solùm in testamento in quo relinquitur hæres, vel anima defuncti, vel pauperes Christi.

Cæterùm si testamentum non est conditũ ad pias causas, validum esse testamentum, refert Valasc. d. consult. 64. in quo executores vniuersales quasi vicem hæredũ habentes, sunt constituti, sicque fuisse iudicatum a Senatu Lusitano: quod non probat Valasc. ibi: nec Molin. de iustit. disp. 248 pag. 1523. Gama tamen addit dec. 196. contrarium fuisse ab inferiore Senatu decisum, & cõfirmatum à supremo, cui Molin. standũ esse potiùs tradit. Quare extra casum piæ causæ, non puto verum, nec benè decisum, executores vniuersales hæredum vicem habere; vt ait Innocent. in c. cum tibi, de test. vbi dicit esse casum, & docet Bart. in l. alio, n. 3. & 6. ff. de alim. & cibar. legat. idem Bart. l. hæreditas, n. 2. ff. de hæred. instit. Alex. cons. 45. n. 12. vers. nec secundum eum, lib. 1. & cons. 98. in fin. lib. 2. Et est communis: Peralta in l. si quis in principio testamenti, n. 22. de leg. 3. & hoc fauore causæ piæ ob quam executores vniuersales habent vicem hæredum: secùs quando sunt executores ad non pia, & ideò non sustinetur testamentum apud Lusitanos, in quo non est hæres institutus, quamuis sint executores vniuersales, & ita aliquando fuisse iudicatum meminit Valasc. supra, & Gama d. decis. 196.

505 Vigesima quarta dubitatio, circa executores plures, si aliqui sint impediti, aut nolint acceptare. Dicendũ est reliquos procedere posse, nisi testator cõtrariũ expressit: ita habetur in c. Religiosus, de test. lib. 6. vbi Gloss. quam Syluest. verbo, testamentum, 2. q. 5. sequitur. Quinimo si vnus solùm superfit, is poterit procedere ad executionem. An autem morte vnius executorũ munus illius transeat ad ipsius hæredes? Responsio est negatiua: Molin. d. disp. 248. vbi ait expirare munus illius, eò quod industria illius in singulari, censetur electa: ex Gloss. in d. c. Religiosus, §. vltim. de testam. ibi: verbo, moritur.

506 Vigesima quinta dubitatio: quando testator mandauit vt restituantur mille aurei pro malè ablatis, & non inueniantur tot creditores inter quos ea summa sit diuidẽda? Panormit. in c. tua nobis, de testam. vtitur distinctione, dicens: si testator prohibuit prædictam summã conuerti in alium vsum, tunc quod superest tradẽdum esse hæredi: si tamen simpliciter disposuit, residuũ, esse diuidendum inter pauperes, quia credẽdum est tantam quantitatem debuisse, quantam reliquit, & mandauit restitui creditoribus, quamuis non reperiantur. Quod idem seruandum est circa cautionem, quam præstant vsurarij, vt notatur in c. quanquam, de vsur. lib. 6. sequitur Tabien. verbo, executor, n. 13. Armil. in eodem verbo, n. 12.

507 Vigesima sexta dubitatio: An Religiosus exẽptus deputatus ad executionẽ testamenti, si delinquat in suo munere, an sit puniẽdus ab Ordinario? Affirmat text. in Clem. vnic. de testam. vbi præcipitur Religiosis, vt reddãt rationẽ sui officij Ordinarius, & similiter mandat Ordinarius, vt rationes exposcant: Richard. tamen in quarto, dist. 45. art. 5. q. 2. id limitat in Religiosis exemptis communiter, qui possunt vocari in iudicium ratione contractus, aut delicti, vt habetur in c. 1. de priuil. lib. 6. secùs dicendum de illis, qui propter supradicta nequeunt vocari in iudicium, & ex consequenti puniri ab Ordinario, vt ait Tabien. verbo, executor, n. 15. & Armil. ibidem, n. 14. Molin. de iust. tom. 1. disp. 247. vers. Religiosus. & quamuis supra, n. 484. secundùm veriorem dictũ, sit Religiosum executorẽ nihil valide posse exequi sine licentia Superioris: non desunt qui teneant etiam sine licentia Superiorũ obtenta, facta per Religiosũ executorẽ esse valida: inter quos est Federic. de Senis cons. 293. in fine: Roman. cons. 409. col. fin. & in singul. 242. Quæ opinio est cõmunis secundùm Decium cons. 494. & cons. 499. n. 12. Cou. in c. tua nobis, de testam. Menchac. de success. creation. §. 21. n. 178. Spin. in specul. gloss. 28. n. 32. Matiens. in l. 5. tit. 4. gloss. 8. n. 6. & l. 14. gloss. 1. n. 4. lib. 5. recop. & alij, quos referens sequitur Ceual. commun. contra comm. q. 88. & q. 404.

Porrò Religiosi, qui nequeunt esse executores testamenti, possunt eligi in testamentis ad pauperes eligendos, quamuis neget Dominicus, & Francus in c. 2. de testam. in 6. sed Bart. contrariũ tradit in l. cum pater, §. hæreditatem, ff. de leg. 2. Bald. in Auth. ingress. col. 2. C. de sacros. Eccles. quæ sententia est communis secundùm Gualdens. de arte testandi, tit. 7. cautel. 7. quem sequitur Mench. lib. 2. controuers. illustr. c. 97. Duen. regul. 381. vbi dicit hanc esse veriorem, quam sequitur Greg. in l. 2. tit. 10. p. 6. verbo, frailes: & Padil. in l. cùm quidam, n. 2. ff. de leg. 2. & ita practicatur, teste Ceuall. d. q. 88. in fin.

Vigesima septima dubitatio: An executor testamẽti, cui testator reliquit certã summam distribuendam prout sibi visum fuerit, & placuerit, teneatur elargiri in vsus pios? Responsio est affirmatiua, nisi aliud colligatur ex volũtate testatoris: facit c. cum tibi, de testam. vbi testamentũ ad pias causas in alienũ arbitrium cõferri potest, vt per Clarum in §. testamẽtum, q. 6. n. 6. Tiraq. de priuil. pia caus. priuil. 64. & Gom. in l. 31. Taur. n. 4. Valasc. consult. 68. n. 4. & cons. 145. n. 5. Surd. de alim. tit. 8. priuil. 17. n. 5. Ratio, quia voluntas testatoris semper interpretanda est in meliorem partem, secundùm regulã c. cum dilecti. de donat. & melior pars ea censetur quæ in fauorem piæ causæ, seu pauperum redundat. Quòd si aliter fiat distributio, potest reuocari ab Episcopo: ita Armil. verbo, executor, n. 13. & Tabien. ibidem, n. etiam 13. 508

Hinc fit vt quando inueniuntur duo testamenta, alterum ad pias causas, & alterũ ad non pias, & non constat de prioritate, in dubio testamentum ad pias causas posterius factũ præsumitur; quia magis fauet voluntati, seu menti testatoris: quinimò duo testamenta ad pias causas, inter quæ de prioritate non constat, non confunduntur, & illud valet, quod piæ causæ fauorabilius est: ita Ægid. Lusit. in l. 1. C. de sacros. Eccles. 3. p. §. 1. n. 9. vers. quare.

Vigesima octaua dubitatio: An institutores Maioratuu, seu Capellarũ possint relinquere aliquid annuum in perpetuũ vltra relicta pro administratione, pro labore exequendi onera, & an hoc sit etiam Maioratus, seu Capella? Pro decisione priùs dicẽdum, apud Lusitanos Maioratum esse quando instituens, ait, quòd ex reditibus bonorum certæ aliquæ Missæ dicantur, aut quænis onera persoluantur, & residuũ maneat ipsi administratori, seu possessori: Capellam autem esse quando aliqua fructuũ portio, seu quota relinquitur administratori, & reliqua expendãtur in celebratione Missarũ, aut in alijs pijs operibus: habetur in Ordin. lib. 1. tit. 62. n. 53. Valasc. consult. 27. n. 1. Gama dec. 224. n. 9. Ægid. Lusit. in repetit. l. 1. C. de sacros. Eccl. p. 5. §. 2. à n. 16. vbi de hac re plenè, ex d. lege Regia, §. 53. quæ ita institutionem tam Maioratus, quàm Capellæ, ita definit, non habito respectu ad verba instituentium; ibi: Porque a semelhantes palauras nam aueram respeito. Valasc. consult. 82. n. 3.

Et quamuis præfata Ordinatio declarans Capellæ institutionem, addat eam tunc esse, quando certa quota redituum administratori apponitur, videlicet

tertia, quarta, aut quinta pars, & quòd residuum in Missas, & caritas pias expēdatur, idem est dicendum etiā quādo non pars fructuū quotitatiua sed quātitatiua deputatur administratori, nimirū octo, decē, aut centum; modò quod superest ex reditibus bonorum applicetur oneribus Capellæ: vt ostēditur ex dicta Ordinat. ibi: *Certa cousa, ou certa quota.* Nam verbū, *Res*, generale est, *l. rei appellatio, l. res appellatione, ff. de verbor. significat.* Atque ita rei appellatione pars etiam quantitatiua fructuum intelligi debet; adhoc vt dicatur institutio Capellæ administratori destinata; & quod superest iubeatur expēdi in pias causas.

His positis: Dico primò, non esse Maioratum, illud in perpetuum relictum pro labore, quem executores subire debent in adimplendis oneribus Maioratus, seu Capellæ; quomodocunque applicetur à testatore: neq; ob id testator censetur instituisse Maioratum, neq; Capellam, neque vinculum in fauorem familiæ creasse: ita Gama *dec.* 30. & *dec.* 48. & *dec.* 124. dicens oneris impositionem solam secundùm se non efficere Maioratum, neq; rem inalienabilem, quidquid in contrarium, *in d. dec.* 30. referat fuisse iudicatum; cui sententiæ ipse non acquiescit: ex text. singulari *in l. nihil proponitur, ff. de leg.* 1. vbi talis, vel similis oneris impositio non facit rem inalienabilem, purà fundum, qui relinquitur in perpetuū executori Maioratus, seu Capellæ vltra portionem administratori destinatam pro labore exequendi. Quinimò id clariùs probatur, quia fundus iste potest vendi causa oneris permanente: si igitur vendi potest non est inalienabilis, vt res Maioratus, quæ secundùm se alienabilis non est. Quare cùm fideicommissum familiæ posteris relictum requirat prohibitionem alienationis, non censetur tale, cùm non interueniat prohibitio alienandi.

Nec refert tot cōtrà sententias latas esse, per quas iudicatum fuit Maioratum cōstitutum fuisse ex sola oneris Missarum impositione, absque alia alienationis prohibitione. Quia pro nostra opinione non minores sententias latas fuisse refert idem Gam. per quas decisum fuit onus istud Missarum simpliciter annexū Maioratum non effecisse, vt videre est apud eundem: atque ita prædictum onus non sufficit vt Maioratus constituatur. Requiritur enim expressa testatoris prohibitio alienandi. Decius *cons.* 336. & *cons.* 377. *n.* 4. Iuuat, posse fundum relictum diuidi per æstimationem: Stephan. Gratian. *discept. forens. c.* 116. *n.* 9. secùs si ex verbis testamenti appareat fuisse in hoc casu institutum Maioratum, vt ostenditur apud Cabed. *arresto* 97. *p.* 1. latinè sic habet.

Testator quidam reliquit duos heredes, & cuilibet eorum dimidium sui patrimonij cum onere, vt quilibet iuberet fieri Sacrum vnum in Hebdomada, & tunc addidit: tenebitur quicunque satisfacere huic oneri pro parte sua in perpetuum, & cum hoc onere hæc bona perseuerabunt in suis hæredibus sua familia per lineam rectam in perpetuum. Iudicatum fuit per Senatum inferiorem huiusmodi bona debuisse vniri in vno heredum, & per æstimationem diuidenda: Auditor autem cum Senatu Domus supplicationis, censuit hæc bona non posse diuidi, sed debuisse permanere instar Maioratus penes filium seniorem: & ita factum fuit. Scriba Antonio Roderico, mense Nouembr. 1574.

Nihilominus Flores de Mena *in additionibus, ad dec.* 30. Gam. tradit, ex quibus coniecturis inducatur Maioratus: quod prius exposuit, *lib.* 1. *q.* 17. & 18. docens fideicommissum perpetuum non induci ex vna coniectura non admodum vrgenti, sed ex pluribus, & valdè vrgentibus, & concludentibus: vt vult etiam Bursat. *cons.* 51. *n.* 9. *lib.* 1. eò quòd fideicommissum perpetuum est onus, & in dubio debet iudicari quod non subsit perpetuum fideicommissum, vt cum pluribus ostendit Rimin. iun. *cons.* 31. *n.* 3. *lib.* 1. & Ceph. *cons.* 447. *n.* 16. & *cons.* 483. *n.* 8. *lib.* 3. Quinimò Oldrad. *cons.* 21. credit ex onere perpetuo etiam cum pluribus substitutionibus conditionalibus, si sine liberis decesserit, & deficientibus conditionibus, videlicet, quia grauatus filios habuerat, & in casu filiorum existentium nihil disposuit testator, non solùm non induci fideicommissum, sed bona esse libera cum illo onere: cuius opinio est communis, teste Ioanne Botta, *cons.* 50. vbi addit non esse ab ea recedendum, nisi extent plures, & graues coniecturæ, quam opinionem veram dicit Antun. Gabr. *lib.* 4. *commun. resolut. tit. de fideicommiss. concl.* 7. & sequitur Menoch. *cons.* 85. *a n.* 45. & *n.* 124.

Iuuat hanc partem, bona feudalia esse indiuisibilia, & cum onere perpetuo à dominis recognoscuntur; non tamen per hoc constituitur Maioratus perpetuus, neque ex oneribus annexis, neq; ex indiuisibilitate bonorum feudalium, & hoc modo transeunt ad omnes filios feudatarij postremo morientis pro indiuiso, vel pro diuiso quoad cōmoditatem, si aliud non sit in more positum, vel si aliud ex inuestitura non appareat: Igitur idem erit in nostro casu. Confert contrà: bona sunt indiuisibilia; ergo debent ad vnum, & ad maiorem pertinere. Quia respondetur posse plures pro indiuiso possidere, & posse etiam commoditates partiri; imò posse etiam vni non maiori adiudicari, data æstimatione alteri: vt volunt Xuares *in repetition. l. post rem iudicatam, in* 11. *limitat. in causa Comitatus de Valētia, dub.* 2. *per totum.*

Secùs dicendum putat idem Flores, *in additione, ad dec.* 30. quando apparent coniecturæ vrgentes, tunc enim concludit quòd existentibus probabilibus coniecturis inducitur Maioratus ex dicto onere anniuersarij, & ex indiuisibilitate [illegible] in praxi ex consuetudine solere similia anni[illegible]ria vni, & maiori adiudicari per viam Maioratus, vt meliùs cōseruetur pia memoria, sicque fieri frequenter à testatoribus, qui ad hæc anniuersaria vocant maiores, & pretendunt conseruationem memoriæ, quando res est indiuisibilis, & accedit onus perpetuum: colligiturque euidens coniectura Maioratus, & fideicommissi perpetui.

Item pro coniectura ex natura rei, facit Gloss. *in l. quoties ab omnibus. gloss.* 1. & *ibi* Bald. *C. de fideicom.* quæ est communiter recepta, vt post plures tradit Burgos de Paz *iun. q.* 2. *n.* 90. & 98. quatenùs res est diuisibilis: igitur ex hac coniectura inducitur Maioratus, & vni debet competere; quia quæ sunt indiuidua ad vnum debent venire, qui sit maior natu, ob reuerentiam ætatis.

Cæterùm vt clariùs procedatur, & vt quæstio anceps expediatur de inducēdo ex coniecturis Maioratu, quando testator id non expressit verbo, dicendum est; quando testator cum onere annectit prohibitionem alienationis, & vult bona in familia cōseruari, quamuis non faciat alias vocationes, inducitur Maioratus perpetuus. Similiter si testator relinquat bona sua agnationi propriæ, seu familiæ, per verba tractum successiuum habentia ex eo censetur Maioratus institutus, si ad Primogenituræ ordinem verba referantur, quamuis testator non vtatur verbo Maioratus. Probatur *ex l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, ff. de leg.* 2. & *ex l. peto, §. fratre, ff. eod.* vbi disponitur quod in fideico[illegible]isso, quod relinquitur familiæ, nominatus primo succedere debet, & post illum proximiores, qui ex eadem familia testatoris supererint. Molin. *lib.* 1 *de primog. c.* 5. *n.* 23. *ad fin.*

Eodem modo si testator aliquas substitutiones faciat, & post eas vocet consanguineum proximiorē sub conditione si sine liberis substitutus, aut vocatus decedat; quamuis conditio desit, ex appositione

tamen

tamen oneris,& vocatione proximioris habetur in aliis pro repetita, & censetur Maioratus perpetuus: Flores *d.q.*18.*n.*34. vbi etiam addit *n.*35. induci Maioratum perpetuum, quoties testator plures vocationes facit præferendo masculos fœminis,& ex oneris appositione,& etiã sine ea. Nec non inducitur Maioratus, quando ait testator, quòd bona vadant de maiore ad maiorẽ, aut quòd non diuidantur,& perueniant ad vnum successorem: idem Flores *ex n.*35. *ad n.*39. & Molin. *d.cap.*5. *ex n.*18. *per totum, vsque ad n.*35. quos oportet videre.

510 Vigesima nona dubitatio; pro loco, in quo debent dici Missarum sacrificia relicta perpetuò, quæ iubentur fieri à testatore. Dicendũ ergo est teste Melchiore Phæbo *tom.*1.*dec.*100.*à n.*1. decisũ in Senatu Lusitano *anno* 1618. non posse celebrare vltra locum à defuncto deputatum: si autem locus non deputetur, vbi sacrificetur pro anima defuncti, celebranda esse vbi testator sepultus est: *n.*11. *& n.*14. addit, si sacerdos destinetur ad sacrificandum sub certo stipẽdio, sub illo contineri cãdelas, vinum,& alia necessaria.

511 Trigesima,& vltima dubitatio, pro legato relicto ab Illustrissimo Domino Augustino de Iesu bonæ memoriæ, pro maritãdis quatuor puellis; cuius executio commendatur ab eodem Illustrissimis Archiepiscopis successoribus singulo quoque anno in perpetuum. Quæritur ergo quando Archiepiscopus successor suo tempore plures dotes concedit eisdem puellis, an Archiepiscopus, qui post succedit in dignitate Primatiali teneatur soluere easdem dotes à suis prædecessoribus promissas,& cõcessas? Responsio sit, teneri successores soluere prædictas dotes concessas, præsertim puellis matrimonio locatis tempore concedentis.

Primò, quia quando possessor disponit de rebus præsentibus quarum est administrator, vt est hoc loco Illustrissimus Archiepiscopus, & prouisio ad ipsum pertinet, talis prouisio est seruanda, si non habuit effectum à successore: ita Bald. *in c.*1. *n.*3. *qui successor. feud. dar. teneant.* & *in l. qui se patris, n.*14. *ad medium, C. vnde liber.*

Secundò quia vbi prædecessor aliquid concessit, & ex ea concessione ius quæsitum est, successor non potest illud reuocare: *l. id quod nostrum, ff. de regul. iur.* quod & tenuit Alber. *l. digna vox, n.*15. & Lop. *l.*2. *tit.*15. *p.*2. *verbo, Sino el hijo, col. vltim. vers. & nota.* sequitur Barbos. *in l. quia tale, ff. solut. matrim. n.*88. vbi probat hanc doctrinam: sequitur Cald. Pereir. *in lib. cons. fol.*70. *cons.*8. *à n.*49. 50. 51. *& seqq.*

Tertiò probatur, quia esto, mandatum re integra morte mandantis expiret, hoc tamen non intelligitur quando mandatum est ad pias causas: ergo quãuis virgines non nupserint tempore concedentis has dotes, non propterea successores liberantur à reddenda dote secuto matrimonio; quia fauore piæ causæ non expirat mandatum obitu mandantis: vt defendit cum multis Tiraquel. *priuil.* 82 *&* 132. *de priuileg. piæ caus.* Idem docet *de pia caus.* Couar. *lib.*1. *variar. c.*14. *n.*16. Molin. *tom.*1. *disp.*263. §. *dixi mandatum,* & Sanch. *lib.*1. *de sponsal. disp.*6. *n.*9. Quare Illustrimus successor, vt executor Illustrissimi Domini Augustini, tenetur soluere easdem dotes eisdẽ fœminis, quibus fuerũt promissæ à prædecessore.

Quartò, quia successor Ecclesiasticus debet fauere iis, quos nouit prædecessori fideliter paruisse, *c. hac huius placiti,* 12 *q.*2. Innocent. *in c. vlt.* & hoc verum est, *ibi: ne Prælat. vices suas,* & ita successor ratum habere debet, quod factum est à prædecessore, vt vult Innocent. *in d. c. vlt. cons.*483. *lib.*3.

Quintò, Archiespicopus Illustrissimus est successor vniuersalis in eadem dignitate Ecclesiastica, *c. significauit, de rescript.* & est legitimus administrator, & successor officij, ac proinde promissionibus prædecessoris est obstrictus, *l. viam veritatis, C. de locat. & conduct.* & §. *vlt. Instit. eod. tit.* ergo tenetur habere ratam dotationem prædecessoris ritè factam: *cap. querelam,* cum Gloss. *ne Prælat. vices suas,* quam partem dixit communem Romanus *in* §. *si vir. n.*20. *l. si filio familias, ff. solut. matrim.*

Sextò, confirmatur quia administratori, seu executori huius legati, competit potestas eligendi ad virgines maritandas, & eo ipso quod eas elegit, & ipsæ per electionẽ habent ius quæsitum, est contractus quasi inter administratorem,& inter easdem, cui nequit contradicere administrator succedens: *argument. cap.*1. *de probat.* & *ibi* Barbos. *n.*4. *&* 5.

E P I T O M E.

512 *Olim de iure communi intra Ciuitatem non poterant sepeliri corpora defunctorum, & n.*513.
514 *Romani viros grauissimos sepeliebant in foro Ciuitatis.*
515 *Decursu temporis post aduentum Christi Domini prope Ecclesias sepeliebantur Catholici.*
516 *Sepultura vtrum possint vendi sine labe simoniæ. & vtrùm, Cæmeterio adaucto sine Episcopi authoritate, possit ibi excommunicatus sepeliri.*
517 *Harum quæstionum solutiones continentur, & n.*518. 519. *&* 520.
521 *Quisnã fuerit primus, qui in Ecclesia fuit sepultus.*
522 *Ecclesia dicitur Basilica ab Imperatore Basilio.*
523 *Mortui an sint plangendi, & a quo tempore mos iste incæpit.*
524 *Pompæ funerales an prosint animabus defunctorũ.*
525 *Et an peccent faciẽtes huiusmodi põpas, & n.*526.
527 *Sepultura quid sit materialiter, & quomodò differat à monumento.*
528 *Sepulchrum, & ius sepulchri, & ius inferendi mortuos in sepulchrum quomodo differant.*
529 *Sepulchrorum quædam sunt familiaria, & quædam sunt hereditaria.*
530 *Eligere sepulturam est liberum omnibus extra suam Parochiam, etiam vxoribus sine consensu maritorum.*
531 *Qui habuerit duplex domicilium, non electa sepultura, vbi est sepeliendus.*
532 *Decedens in loco vbi est sepulchrum suorum Maiorũ, sepeliri debet ibi, nõ electa alibi sepultura.*
533 *Maiores qui dicantur ad effectum sepeliendi in sepulchro suorum Maiorum.*
534 *Sepulturam pro alio eligere quinam possint, & n.*535. 536. *vbi de peregrinis, & n.*537. *vbi de expositis, & de scholasticis.*
538 *Corpora defunctorũ cur sepeliantur in loco sacro.*
539 *Et quinam dicatur locus sacer.*
540 *Vtrum Catholici omnes sint speliendi in loco sacro.*
541 *Et quid de cathecumenis.*
542 *Natus vestitus pelle secundina, baptizatus pelle non scissa, an sit sepeliendus in loco sacro.*
543 *Vsurarij manifesti qui dicantur, & an debeant sepeliri in loco sacro, & n.*544. *Et quas pœnas incurrant vltra hanc, n. eodem.*
545 *Hæretici carent Ecclesiastica sepultura, sicut & excommunicati non solùm maiori, sed etiam minori ligati.*
546 *Excommunicati decedentes cum signis contritionis vbinam sint humandi.*
547 *Excõmunicatus in foro externo, absolutus tamen in foro interiori an possit sepeliri in loco sacro. Signa contritionis in excommunicato sine absolutione, an prosint vt post mortem absoluatur, n. eodem. Mortuus sine absolutione ab excommunicatione*

quomodò possit absolui d.n.547. vers. Absolui ergo potest.

548 *Fideles an possint communicare cum cadauere excõmunicati vitandi, ipsúmq; lauare, & vestire.*

549 *Sepelientes excommunicatum vitandum in quas pœnas incurrant vltra peccatum mortale.*

550 *Sepelire hoc loco quid contineat in propria significatione, & in rigore, ad incurrendam excõmunicationẽ sepelientium excõmunicatos vitãdos.*

551 *Ossa eorum, qui de iure carent Ecclesiastica sepultura sunt exhumanda, si discerni possunt ab ossibus aliorum.*

552 *Fœmina praegnans si decedat, an sit sepelienda cum fœtu.*

553 *Occidentes scienter se ipsos non sunt sepeliendi in loco sacro.*

554 *Meretrices publicæ carent sepultura Ecclesistica quando semel in anno sacramento Pœnitentiæ, & Eucharistiæ non satisfecerunt. Et quid de morientibus in peccato notorio sine confessione.*

555 *An sit adimplendum præceptum impositum ab aliquo, ne corpus suum sepeliatur; & an possit impedriri ab alio.*

Decimas Ecclesiasticas recipientes, nec restituentes an sint sepeliendi, & quid de non soluentibus, d. n. 555. vers. dictum est.

556 *Excõmmunicationes impositas sepelientibus scienter excommunicatos, quis possit absoluere.*

557 *Sepultus in aliena sepultura est restituidus cũ omnibus emolumẽtis Parochiæ, & Parocho proprio.*

558 *Iudex secularis an possit præcipere vt exhumetur cadauer, de quo suspicatur quòd fuerit occisum, vt faciat informationem.*

559 *Expẽsas funeris fieri pertinet ad hæredes defuncti.*

560 *Heredes nondum hæreditatem adeuntes, si funeralia exequantur, quibus modis excusabuntur à non soluendo funeralia de suo.*

561 *Quarta Episcopalis in quibus casibus non debetur Episcopo de omnibus relictis per vltimam voluntatem, & n. 562. 563. 564.*

565 *Quarta Episcopalis an debeatur de relictis Confraternitatibus, seu Hospitalibus authoritate Episcopi erectis.*

566 *Vtrùm non debeatur Quarta Episcopo ex consuetudine præscripta.*

567 *Vtrùm debeatur Quarta de candelis etiam, quæ dantur ad manus interessentibus in funere.*

568 *Debetur Quarta Episcopo ex omnibus decimis quæ pertinẽt ad Ecclesias inferiores sui Episcopatus.*

569 *Quarta Parochialis debetur ratione funeris, & in die funeris: quando eligitur sepultura extra Parochiã modò nõ sint relicta ad vsus priuilegiatos.*

570 *Quarta an debeatur Parochiæ defuncti quando sepelitur in Ecclesia exempta.*

571 *Quarta Parochialis non debetur nisi petatur à Parocho, siue ab Episcopo; quia censetur remissa.*

572 *Quarta Parochialis cui debeatur quando quis habet duo domicilia, & sepelitur extra Parochias.*

573 *Quando legatum relinquitur Ecclesiæ Parochiali, an præsumatur relinqui animo compensandi cum Quarta.*

574 *In quibus Quarta Parochialis nõ debeatur; & vice versa, & n. 575. 576. 577. 578. 579. & 580.*

512 OLim de iure communi intra Ciuitatem non poterant corpora defunctorum sepeliri sub grauissimis pœnis: quod quidem *l. duodecim tabularum* fuit decretum; dicebatur namque inter alia, ibi: *In Vrbe nemo sepeliatur, néue vratur*, vt refert Iul. Paul. *lib. 1. recept. sentent. tit. de sepulchris, §. 2.* dicens sic: *Corpus in ciuitate inferri non licet, ne funestentur sacra Ciuitatis: & qui contra fecerit, extra ordinem puniatur.* Petr. Greg. *in syntag. iuris, p. 3. lib. 33. c. 23. à n. 2. cum sqq.*

Hæc autem lex diu fuit obseruata, vt ostenditur *in l. prætor ait, §. D. Adrianus, de sepulchro violato:* D. Adrianus (ait Vlpianus) rescripsit, & pœnam statuit quadraginta aureorum in eos, qui in ciuitate sepulchrum faciunt: conducit text. *in l. mortuorum, C. de Religiosis, & sumptibus funerum.* Imperator addit: *mortuorum reliquias, ne sanctum municipiorum ius polluatur, intra ciuitatẽ condi iam pridem vetitum est.* 513

Idem probatur testimonio sanctorum Patrum, quorum corpora extra vrbem condebantur in sepulchro: vt constat *ex Genes. c. 50.* vbi Iacob fuit in terra Chanaam sepultus: & ante hoc tempus Abraham emit sepulchrum Saræ vxori ab Ephron, deditque quadringentos siclos argenti pro agro, in quo erat duplex spelunca. Ex quo apparet extra ciuitatem quondam corpora sepeliri.

Item decursu tẽporis Romani viros grauissimos, & de Republica benè meritos, in foro ciuitatis sepeliebãt; teste Appiano Alexandrin. *de bello ciuili, c. 41.* Cicero quoque Tubertum recenset in foro sepultum, propter eximiam virtutem: Garcia *de expensis, cap. 8. num. 10.* 514

Postea tamen post aduentum Christi Domini, iuxta Ecclesias sepulti sunt Catholici: & ea de causa ius Canonicum constituit vt prope Ecclesiam intra triginta passus mortui sepelirentur, & ea loca gauderent eodem priuilegio, & immunitate, quo gaudent ipsæ Ecclesiæ: *c. sicut antiquitus, 17. q. 4.* Gloss. *in c. consuluisti, de consecratione Ecclesiæ, vel altaris;* & Gloss. *in c. cum Ecclesia, de immunitate Ecclesiarum.* & loca illa dicebantur Cæmeterium: Durantus, *de ritib. Eccles. lib. 1. c. 23.* locus scilicet mortuorum sepulturis destinatus authoritate Episcopi & benedictus secundùm formam capitis, *nemo Ecclesiam, de consecratione, dist. 1.* Spino *in suo speculo gloss. 2. n. 33.* Garc. Louisa *in notis ad Concilium Valentinum, fol. 111. & 126.* & *in notis ad Concilium Braccarense primum, verb. de feris, pag. 126.* 515

Ex dictis duplex sequitur quæstio: Prima, vtrùm possit vendi sepultura absq; labe simoniæ: Secunda vtrùm si Cæmeteriũ augeatur sine Episcopi authoritate vtrùm possit excõmunicatus in ea parte aucta sepeliri. Quoad primam quæstionem, Suar. *tom. 1. Relig. lib. 4. de simonia, c. 14.* negat, non solùm ratione benedictionis; sed etiam ratione terræ, per *caput, Abolenda, de sepultur.* sequitur Reginald. *lib. 23. n. 226.* Fillincius *tom. 3. tract. 45. c. 3. q. 11. n. 26.* Iul. Lauor. *lib. variar. elucubrat. tit. 2. & 10.* Barbos. *in c. Abolenda, n. 2.* 516

Alij tamen negant esse simoniã vendendo sepulturam, vt est quid materiale, hoc est ratione vsus, & iuris sepeliendi: nam vsus est in nostro dominio, & potest legari, & trãsmitti ad quoscumq; hæredes cũ hac differentia, quòd si ius sepeliendi iure sanguinis competat: transferatur ad posteros illius familiæ: si autem iure hæreditario conueniat, transmittatur ad quoscumque hæredes instar iurispatronatus, quod transmittitur cum vniuersitate bonorum: *l. ius sepulchri, ff. de Religiosis, & sumptibus funerum.* Thuscus *verbo, sepulchrum, concl. 101.* 517

Vtraque sententia admitti potest suo modo intellecta: nam prima sumitur, vt quid spirituale, & ratione benedictionis, & ratione terræ Cæmeteriatæ, & vt sic est materia simoniæ. Secunda autẽ sententia procedit, quia res sacra vẽdi potest ratione materiæ; ergo sepultura ratione terræ vẽdi potest in qua fundatur ius sepulturæ: Azor. 3. *p. lib. 11. c. 17. q. 2.* Quinimò saluari potest, quòd venditio fieri potest ex illa ratione obligationis, quod nullus alius ibi sepeliatur: 518

ita

ita Suar. *d.c.14.n.22.* quem sequitur Barb. *d.c. abolenda, de sepult. num. 2. ad fin.* vbi ex eodem Suar. *d.c.14. n.18.* addit, si quis habeat sepulchrum proprium emptum suis expẽsis, vel extructum pro se, & suis, non esse materiã simoniæ, si nimirum datur quoad proprietatem, secundùm valorem fundi, & habito respectu ad solos sumptus in eo extruendo factos, quia ibi non venditur benedictio, nec proprium ius sepulturæ, sed illud materiale ad quod alia sequuntur.

Ad secundam quæstionem de Cæmeterio adau-
519 cto sine authoritate Episcopi, an possit ibi excommunicatus sepeliri? Videtur negandum, quia ius de re aucta gaudet priuilegio rei principalis: cùm ergo Cæmeterium erat benedictũ authoritate Episcopi; sequitur quod postea auctum fuit, gaudere priuilegio principalis, & ex consequenti non posse ibi sepeliri excommunicatũ secundum *l. etiam. ff. sol. matr.*

520 Contraria tamen sententia est verior, secundùm quam dicendum est posse ibi excommunicatum sepeliri: ita Cardin. *in Clem. 1. n. 10. & 11. de sepult.* & *ibi* Anchar. *n. 4* quos etiam sequitur Vgol. *tab. 2. de consecr. c. 9. §. 5. vers. postremo.* Vnde ad argumentum, in quo dicitur augmentum sequi naturam principalis; dicendum est, procedere quando in vtroque eadem inest ratio; non verò quando inter vtrumque diuersa ratio reperitur: secundùm regulam; *in l. Papinianus exul. ff. de minoribus*, quia vt, Cæmeterium sit locus deputatus sepulturis Ecclesiasticis, opus est, quòd deputetur ab ipso Episcopo ad mortuorum sepulturam cum particulari benedictione; qua solemnitate caret locus adauctus, si non sit ab Episcopo impertita: vt ex traditis à Molin. *de primog. lib. 1. cap. 2. num. 3. & 4.* deducitur.

521 Quæri potest, quisnam fuerit primus, qui in Ecclesia fuit sepultus? Respondetur fuisse Basilium Græcorum Imperatorem, & ex eo Ecclesia dictam fuisse Basilicam: ostenditur *in cap. omnes Basilicæ, 16. quæst. 7.* Rochus *de iure patronatus, verbo, pro eo quod.* Mandol. *regul. 7. Cancellariæ q. 2.* Archidiaconus, *cap. non oportet, 42. dist.* Simancas *de instit. Cathol. verbo, Ecclesia.* Turrecremata *in sum. Eccles. lib. 1. c. 2.* Atque ita paulatim fuit permissum ab eo tempore, mortuos in Ecclesia humari: Spin. *in suo speculo, gloss. 2. n. 33.* distinguitur autem Basilica ab Ecclesia: quia Basilica dicitur Ecclesia constructa antequam sit consecrata: post consecrationem verò dicitur Ecclesia:
522 Ioann. Andr. ita *in cap. nobis, in verbo, Ecclesia, de iure patronatus.* Archid. *dist. 42. cap. non oportet*: Alex. *in l. 1. §. fin. ff. de acquir. poss.*

523 Quæri potest, an mortui sint plangendi? Respondetur affirmatiuè; neque flere propinquorum mortem prohibitũ fuit lege duodecim tabularum: cùm humanum sit propter mortem amicorum, & propinquorum lachrymas fundere; eiulare vetitum, quia pecudum est; sed flere debitum: Garcia *de expensis, c. 8. n. 11.* vbi id etiam probat argumento Iacobi Patriarchæ, quem tota Ægyptus fleuit septuaginta diebus, & Ioseph, & fratres eius, cùm patrem deferrent in terram Chanaàm: *Genes. 50.* De Beato Stephano legitur, quòd *viri timorati fecerunt planctum magnum super eum*, & de hac consuetudine plangendi mortuos, agunt Marienso *lib. 5. recollectionum, tit. 5. l. 2. in gloss. 13.* Mandol. *in praxi, tit. de ingratitudine, cap. 127.* aliàs 130. *vers. non nego*, & alij quos refert Cened. *ad decretum, collectan. 46. in cap. vbicunque sepeliamur, num. 3.* & latè probat lugendi ritum Petr. Greg. *Syntag. iuris lib. 2. c. 14. n. 10. & 14.*

524 An verò prosint animabus defunctorum pompæ vanæ, & comitatus secularis? Videtur negandum ex traditis à Volaterran. *in Philologia lib. 31. c. fin.* vbi damnat funeris, & sepulchrorum pompas, quas præcipuè, vt ait, inter Catholicos, Sacerdotes expetere non debent: facit D. Aug. *de ciuit. Dei*: dicens sepulchrorum memoriã, sumptúsque funeris magis cõsolari viuos, quàm defunctis commodo esse: confirmat Greg. *in c. anima defunctorum, col. 4. 13. q. 2.* vbi sic ait: *Curatio funeris, conditio sepulturæ, pompa exequiarum, magis sunt viuorum solatia, quàm subsidia mortuorum.*

525 Dicendum tamen est non peccare hæc omnia facientes; prout tenet Turrecremata *in eadem causa, & quæstione, & in c. cum grauis, ibid.* tradens huiusmodi pompas in luminaribus, pannis, & aliis sumptibus prodesse animabus defunctorum, si non per se, saltẽ per accidens, quatenus per hæc homines monentur, & excitantur ad orandum pro mortuis, & quatenùs pauperes inde eleemosynas accipiunt, & Ecclesiæ honorantur. Item quia dum ad sacra loca veniunt fideles, & defunctorum recordantur, pro illis Domino preces fundunt, & mortis memoriam recolentes, aliquando se recipiunt ad meliorem frugem.

526 Sequitur tandem, vt dicatur quid sit sepultura? Breuiter, sepultura materialiter sumpta est locus in quo mortui reponuntur, alio nomine dicitur Sepulchrum: formaliter autem est actio, seu officium sepeliendi pertinens ad charitatem, seu pietatem, ac misericordiã erga defunctos. Quandoque Sepultura est ipsa terra ad vsus sepulturæ deputata. Item est ius funerãdi in Ecclesiæ Cæmeterio: vt notatur *in dictionario vtriusq; iuris, verb. Sepultura*; secundũ Gostred.

527 Differt Sepultura à Monumento; nam Monumentum est sepulchrum sine corpore, & dicitur à verbo *moneo*, quia extat ad memoriam defuncti: *l. Monumentum. ff. de Religios. & sumpt. funer.* Cùm autem habet corpus dicitur Sepultura, seu Sepulchrum: habetur *in eodem Dictionario, verbo, Monumentum.* Garcia *de expensis d. c. 8. in princip. n. 4.*

528 Quæres, in quo differat Sepulchrum, & ius sepulchri, ac ius inferendi mortuos in sepulchrum? Respondeo, Sepulchrum esse quid religiosum; quod in nullius bonis est, & extra hominũ commercium reperitur, nec potest acquiri, nec possideri ab aliquo: *l. quamquam, in princ. ff. de aqua pluuia arcend. l. si sepulchrũ, cum simil. C. de Relig.* Ius tamen sepulchrorũ est illud, quod quis acquirit in sepulchro, quod in suo loco extruxit, vt possint ibi ipse, atque hæredes sui, atque agnati, vel cognati, & cæteri, quos ipse voluerit sepeliri; & omnes in eadem sepultura sepelire alios volentes prohibere: *l. familiaria, cum l. seq.* & quasi per totum, *ff. de Relig. l. ius sepulchri. C. eodem.* Porrò sepulchrorum, seu sepulchri ius communiter etiam sepulchrum appellatur, & confunduntur vnum cum alio: vt deducitur *ex l. ius sepulchri, C. eodem tit.* Quare illi, qui in loco proprio ædificant sepulchrũ, impropriè dicuntur Domini sepulchri, etiamsi nihil aliud, quàm ius sepulchri, seu vsum illius cõsequantur: vt vult Abb. *in c. abolenda, de sepult. n. 5.* Denique ius inferendi mortuum in sepulchrum, est illud, quod quis à Domino fundi, seu loci comparauit, in quo sepulchrum factum fuit, vel ab eius hærede, vt se ipsum, vel alios possit humare in eo sepulchro.

529 Ex dictis patet quædam sepulchra esse familiaria, quædã hæreditaria: familiaria sunt in quibus omnes ex familia illius, qui sepulchrum ædificauit, sepeliri poterunt, quamuis non sint hæredes: hæreditaria, in quibus humari nequeunt, nisi sint hæredes: *l. qua pórinde, §. restitutã, ff. ad Treb.* Gabr. Pereir. *decis. 24. n. 2. l. familiaria, ff. de Relig. & sumpt. fun.* & *in l. ius familiarium, C. eod. tit.* Molin. *de primog. lib. 1. cap. 24. num. 42.* & P. Molin. *tom. 1. tract. 2. disp. 214. vers. ius sepulchri quoddã familiare*, & *vers. ius sepulchri hæreditariũ.* Petr. Greg. *de iure vniu. p. 3. lib. 33. c. 23. n. 10.*

530 Quæstionis tamen est, an integrum sit cuicumque eligere sibi sepulturam extra Parœciam suam? Affirmat Gloss. *in cap. nos instituta, de sepulturis*; cu-

ius hæc ſunt verba: *Quilibet adultus, & diſcretus poſſit ſibi eligere ſepulturam*: & eſt communis; ſalua quarta parochiali Eccleſiæ debita: *cap. de his*, & *cap. ſuper eo, de ſepultur. cap. fin. eodem tit. in 6. Clement. dudum, §. verum, eodem tit.* & *ibi* Cardin. *§. huiuſmodi.* Auguſt. Barboſ. *in d. cap. nos inſtituta, num. 6* & alibi apud Bonacin. *de ſepultur. prop. 2. num. 6. verſ. dixi*: dicens fideles, ſi ſepulturam alibi eligant, poſſe ibi ſepeliri, niſi ex alio capite prohibeantur, vt Religioſi: Probatur, quia vxori fas eſt eligere ſepulturam inconſulto marito: *cap. de vxore, de ſepultur.* ve per Spino, *gloſſ. 2. princip. num. 41.* Lælium Zechium *de repub. Eccleſiaſtica, cap. 28. de Parocho, num. 17. verſ. fallit, ad fin.* Beller. *diſquiſit. clerical. p. 1. tit. de Clerico debitore, §. 3. num. 15.* ſubdens *n. 16.* poſt Abbatem *in d. cap. de vxore num. 6.* Quòd, ſi vxor moriatur, ſibi ſepulturâ non electâ, ſepelienda erit in ſepulchro mariti; quòd ſi plures habuerit, in ſepulchro vltimi: Bertachin. *in ſuo dictionario, verbo, ſepultura, num 9.*

531 Sed quid ſi quis habeat domicilium in aliquo loco, & non eligat ſepulturam alibi? Reſpondetur ſepeliendum eſſe in loco, in quo domicilium habet: ſi verò habuerit duo domicilia, ſepeliatur in loco domicilij, in quo deceſſit ex hac vita, & in quo recepit Eccleſiæ Sacramenta: *cap. 1. & cap. in noſtra, de ſepulturis*, & *cap. ſi qui, eodem tit. in 6. cauſa 13. quæſt. 2. cap. nunc autem*, & *cap. vbicunque.*

532 Porrò quando quis decedit in loco, vbi eſt ſepulchrum ſuorum Maiorum, & teſtator non eligit ſepulturam, ſepeliendus eſt in ſepulchro ſuorum Maiorum: ita Garcia *de expenſis, cap. 8. num. 4.* Ideò non eſt quærendum defuncto ſepulchrum illi, qui Maiorum ſuorum habet ſepulchrum: Molin. *de primog. lib. 1. cap. 24. num. 41.* Spin. *in ſuo ſpeculo, gloſſ. 2. num. 38.* Petrus Gregor. *ſupra, num. 10.*

533 Maiores tamen dicuntur parentes, aui, proaui, & cæteri aſcendentes: eſt communis, Card. Thuſcus *tom. 7. lit. S. concluſ. 194. l. Maiorum. ff. de verb. ſignification.* Lælius Zechius *ſupra, verſ. fallit*: vbi etiam vult ſi pater, & auus ſint in vno loco ſepulti, & proauus, & tritauus in alio ſepeliatur filius cum patre, & auo, quia ſepultura vna debet eſſe patris & filij: Oldrad. *conſ. 25. & conſ. 257.* vbi dicit, quòd ſi alibi pater, & alibi auus ſunt ſepulti humetur cum patre: quod eſt verum, quamuis non ſint hæredes: *l. vel quod, & ibi* Bart. *ff. de Religioſ.* Contra verò, ſi in vno loco quieſcit pater, in alio auus, & in alio proauus: ſepeliri debet in parochia vbi audiebat diuina, & Sacramenta recipiebat: ita Lælius *ſupra*, & Belletus *vbi proximè, p. 1. de Clerico debitore, §. 3. num. 19.* vbi *num. 20.* concludit, Clericum non habentem ſepulturam, neque eam eligentem, humandum eſſe in Eccleſia cuius curam gerebat, vel vbi tenebatur reſidere; Sanch. *de matrim. lib. 3. diſp. 23. num. 17.* poſt Stephanum Gratian. *diſcept. forenſ. cap. 94. num. 7.*

534 Quæri etiam poteſt, an valeat quis ſepulturam eligere pro alio? Reſpondetur patrem poſſe eligere filio impuberi, vbi eſt conſuetudo; & Dominum ſimiliter ſeruo impuberi: *cap. licet, de ſepulturis, lib. 6.* ita Petrus de Vbaldis *de Canonica Epiſcopo debita, in fine, cap. 11.* Belletus *ſupra, §. 3. num. 17.* vbi negat patrem poſſe filio puberi: quinimò nec nec matrem filiis, nec tutorem pupillo neque auum nepoti, tradit: quod intellige vbi non eſt conſuetudo eligendi: Auguſt. Barboſ. *in d. cap. 1. de ſepult.* Bonacin. *ſupra, diſp. 3. quæſt. 21. punct. 3. num. 8.* vbi etiam docet non poſſe Vniuerſitatem eligere ſepulturam, pro vniuerſis ſuis ciuibus: eò quia Vniuerſitas, aut Princeps ſecularis nequit præiudicare Eccleſiæ parochiali ſingulorum: ita Marius Antoninus *lib. 1. variar. reſolution. cap. 112. caſu 59.* Molfeſius *in ſum. t. p. tract. 13. cap. 8. num. 33.* Ex quo ſequitur non poſſe etiam Congregationes, nec Sodalitia Confratrum ſtatuere, vt confratres extra ſuas Parœcias ſepeliantur: quia ſequitur præiudicium Eccleſiarum parochialium, qui ſepeliendi ſunt in parochialibus, aut in ſepulchris ſuorum Maiorum, niſi alibi eligant ſepulturas: ita Anton. Genuenſ. *in praxi Epiſcopali, c. 61. n. 6.* Molfeſius *d. tract. 13. cap. 8. num. 29.* poſt Petrum de Vbaldis *de Canonica Epiſcopo debita, cap. 11.* quia regulariter loquendo quiſque in ſua parochiali Eccleſia eſt ſepeliendus; niſi aliunde conſtet de voluntate defuncti; cùm ius ſepeliendi communi lege competat Eccleſiæ, vbi recipiuntur Sacramenta: *cap. ſi qui, cap. cum quis, & cap. licet, de ſepulturis in 6.*

535 Verùm Religioſi poſſint eligere ſepulturam? Reſponſio eſt negatiua ex dictis, quamuis electio ſepulturæ omnibus adultis ſit libera: per *cap. cum liberum, de ſepultur.* vbi excipiuntur Religioſi: Lælius Zechius *de rep. Eccleſiaſt. cap. 28. de Parocho, num. 17. fallent. 2.* vbi etiam excipit morti damnatos, & furioſos, quibus interdicitur eligere ſepulturam: quin etiam *in cap. final. de ſepultur. in 6.* idem Religioſis prohibetur: vt latè explicat Sanch. *in precept. decalog. lib. 6. cap. 14. à princip. num. 3.* cum Nauarro *Comment. 2. de regul. num. 43.* Frater Emmanuel *eod. tit. tom. 3. quæſt. 60. art. 2. verſ. aduertendum tamen eſt*: vbi vult poſſe Religioſum eligere ſepulturam, quando decedit ita longe à Monaſterio, vt ad illud commodè deferri non poſſit: idem Sanch. *d. loco, num. 7.* reſoluit Prælatum Religionis poſſe ſibi eligere ſepulturam; & allegat Franch. *d. cap. fin. num. 2.* Roſel. *verbo, ſepultura, 2. n. 2.* & Fratrem Emanuel. *d. q. 60. art. 4.* Vide hac de re Sanch. *tom. 1. tract. 2. diſp. 214. §. Religioſi*: vbi concludit Prælatos poſſe eligere Religioſis ſepulturam: Bertachin. *in repert. verbo, ſepultura, num. 10. verſ. ſepulchrum.* An eligat ſibi Monachus extra Monaſterium: & decidit negatiuè, poſt Innocentium *in cap. nimis, el 1.* & Gloſſ. *in verbo, eligat, de exceſſibus prælatorum*, & *verbo, Monachus teſtatur, verſ. 6.* & alij communiter.

536 Quid de peregrinis morientibus extra propriam Parochiam? Reſponde: ſi decedant non electa ſepultura, nec commodè poſſunt deferri ad ſepulchrum ſuorum Maiorum, neque ad Eccleſiam Cathedralem, ſepeliri poſſe in Parochiali, in qua decedunt: maximè ſi in ea Sacramenta ſuſceperunt; nam Parocho miniſtranti Sacramenta Euchariſtiæ, Pœnitentiæ, & Extremæ-Vnctionis, competit ius exercendi officium ſepulturæ: ita Thuſcus *lit. P. concluſ. 277.* Molfeſius *loco cit. num. 29.* Gratian. *diſcept. forenſ. cap. 298.* Aloyſius Riccius *in praxi de ſepult. reſolut. 560.*

537 Quid de expoſitis quorum parentes ſunt ignoti: ſepeliendos eſſe in Eccleſia parochiali, aut in ſepultura hoſpitalium, traditur *in cap. 1. de infantibus expoſitis, & languidis.* Viatores item ſepeliuntur in Cathedrali, ſeu parochiali, in qua moriuntur: quòd ſi pauperes ſint, gratis debent ſepeliri à Parocho; vt vult Iul. Lauorius *lib. variar. tit. 2. cap. 11. & cap. 16. num. 16.*

Scholaſtici autem, qui ad vrbem aliquam, ſtudiorum cauſa accedunt, humantur in Parochia in qua viuunt, & in qua Sacramenta recipiunt: Molin. *vbi ſupra, d. diſp. 214. pag. 1304. verſ. illi qui.*

538 Rogabis qua de cauſa corpora defunctorum ſepeliantur in loco ſacro? Reſponſio ſit in primis, vt excludant infamiam, qua afficiuntur carentes Eccleſiaſtica ſepultura. Item ne excrucientur ab ſpiritibus malignis. Tertiò vt fiant participes ſuffragiorum, & orationum, quæ in loco ſacro ſiunt pro defunctis

functis ibi quiescentibus. Quartò vt iuuentur intercessione Sanctorum, quibus loca illa sunt sacra: ita Diuus August. *in lib. de Cura pro mortuis, cap.* 18. & habetur 13. *q.* 2. Iul. Lauorius *lib. variar. elucubration tit.* 2. *cap.* 5. *num.* 117.

539 Rursus rogabis, an dicatur locus sacer, in quem illatum est cadauer fidelis? Respondetur esse sacrum, non ex eo quòd sepulchrum contineat corpus defuncti: sed requiritur vt fiat Religiosus, quòd authoritate Episcopi fiat: nec sufficit quòd inferatur mortuus in sepulchrum vt fiat religiosus; quia hoc procedit de iure ciuili: hodie tamen de iure Canonico, cùm nullus locus, nisi præuia Episcopi licentia, religiosus efficiatur: *cap. ad hac, de religiosis domibus:* Decius *in cap. quanto, n.* 5. *de iudiciis*, & Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 38. 39. & 40. sequitur non sufficere vt dicatur locus sacer, quòd sit mortuus illatus in illum; sed quòd sit deputatus authoritate Episcopi ad sepulturam fidelis: ita Gonzalez super *regul.* 8. *de mensibus*. Gloss. 5. *n.* 38. & 39. vnde sequitur quod iam dictum est, sepulchrum authoritate Episcopi fundatum, vendi, seu pignorari non posse, nec etiam ius sepeliendi; secùs si non interueniente Episcopi authoritate fiat: idem Gonzales post alios, quos referens sequitur *ibi, num.* 36. & 37.

540 Sequitur dicendum, quinam sepultura Ecclesiastica non gaudeant, cùm omnes Catholici regulariter in Ecclesiastica sepultura sepeliantur: vt habetur *in cap. Ecclesia, de consecrat. dist.* 1. dicendum est per verbum, *omnes Catholici*, excludi à sepultura Ecclesiastica paganos, Iudæos, & cæteros infideles; quia sunt extra Ecclesiam: & ideò iustum est ne sepeliantur in loco ad sepulturam fidelium deputato: tum etiam, quia ratio postulat, vt non communicemus viuentes, nec mortui illis, qui non communicant in eadem lege, & doctrina fidelium: habetur *in cap. Ecclesia, de consecrat. dist.* 1.

541 Ex dictis controuerti potest, an Catechumeni, qui decedunt sine Baptismo, sint sepeliendi in loco sacro? Videtur negandum, quia quamuis non sint pagani, non tamen sunt fideles, seu Catholici. Nihilominùs contrarium est verius, cùm decedant cum voto Baptismi, licèt Baptismum actu non susceperint: ita Sayro *lib.* 5. *cap.* 16. *num.* 24. vbi ostendit, quandonam Ecclesia polluatur, & egeat reconciliatione, quamuis videatur contradicere Paul. Layman. *lib.* 3. *tract.* 2. *cap.* 12. *num.* 11. Quod videtur probabile; scilicet non esse humandos in loco sacro, quia non sunt partes, nec membra Ecclesiæ: vt sentiunt D. Thom. 2. 2. *quæst.* 1. *art.* 9. *ad* 3. Canus *lib.* 4. *de locis, cap.* 2. *vers. at Papa.* Quibus accedit Azor. *inst. moral p.* 2. *lib.* 5. *c.* 20. §. *dicendum.* Quibus respónderi potest non esse Catechumenos, partem Ecclesiæ, quatenus est baptizatorum congregatio, & similiter in hoc sensu non possunt dici Christiani, prout Christianus characterem includit baptismalem; atque ita probabilius est quod asseritur à Suar. *de fide, disp.* 9. *sect.* 1. *num.* 18. dicente Catechumenos esse inter membra Ecclesiæ numerandos, quia pertinent ad Ecclesiam omnes iusti, in quorum numero existunt Catechumeni, qui decedunt cum voto Baptismi, & sunt fideles merito, quamuis baptizati non sint, & spectat ad Ecclesiam: Aragon. *q.* 1. *art.* 10. *in tr. de Ecclesia, vers. ad secundū argumentum:* vbi vult tripliciter posse aliquem pertinere ad Ecclesiam, numero scilicet tantùm; merito tantùm; numero & merito simul: atque ita cùm omnes iusti merito pertineant ad Ecclesiam, esto non sint baptizati, sequitur Catechumenos non pertinere ad aliam Ecclesiam præter eam, quæ est Christi Domini.

Quid dicendum de puero qui natus est ex vtero matris secundina non scissa vestitus, & ita fuit baptizatus, an sit humandus in loco sacro? Affirmant aliqui posse: ita Angel. *verbo, Baptismus* 6. *num.* 4. Vasq. 3. *p. tom.* 2. *disp.* 145. *num.* 11. eò quia secundina illa, seu pellis censetur pars infantis. Nihilominus pars negans est verior: Ratio, quia infans pelle illa non potest ablui si vestitus exeat; cùm sit pellis densa à natura instituta ad continendam vrinam fœtus, & sudorem: igitur non potest validè ablui; cùm non sit pars infantis prædicta pellis, & careat anima: & ideò si infans pelle inuolutus moriatur, non debet in loco sacro sepeliri: ita Valent. *tom.* 4. *disp.* 4. *q.* 1. *punct.* 2. *vers. quinto sequitur:* Bonacina *de Baptism. disp.* 2. *q.* 2. *punct.* 3. *num.* 21. nisi constet secundinam esse diaphanam, & valdè porosam; ita vt aqua coniecta ad carnem infantis perueniat, aliàs non censetur infans baptizatus. 542

Constat item esse humandos extra locum sacrum vsurarios manifestos, qui dicuntur illi, qui fatentur in iudicio se vsuras exercuisse: item qui per sententiam Iudicis, vsurarij declarantur, & condemnantur, aut qui palam dant ad vsuram: ita vt nulla tergiuersatione negari possit. Denique de quibus hoc vitium per testes idoneos in iudicio est plenè probatum: Spino ita *gloss.* 2. *in suo speculo, num.* 17. Couarr. *lib.* 3. *variarum cap.* 33. *num.* 4. Petr. Gregor. *lib.* 2. *de iure vniuerso, p.* 1. *cap.* 13. *à num.* 10. Molin. *de iust. disp.* 333. Illustrissimus Acunha 1. *p. decret. cap. eiiciens,* 11. *dist.* 88. *verbo, maledictus, num.* 5. vbi id probat, carere scilicet Ecclesiastica sepultura vsurarios manifestos: idem tradit P. Lessius *lib.* 2. *c.* 20. *dub.* 22. *n.* 188. vbi addit eum, qui illos scienter præsumpserit sepelire, ipso facto, esse excommunicatum, nec esse absoluendum, donec arbitrio Episcopi satisfecerit: *Clement.* 1. *de sepultur.* 543

Hinc sequitur non incurrere in hanc pœnam, qui confessus est se vsurarium esse, extra iudicium, coram Parocho & testibus; vt tradit Molin. *disp.* 333. eò quia confessio extra iudicium non importat notorium iuris: vt colligitur ex Gloss. *in cap. manifesta,* 2. *quæst.* 1. 544

Non est dubium vltra hanc pœnam, vsurarium, de quo loquimur, incurrere alias, de quibus Acunha *supra, ex d. num* 5. nam *ex cap. quia in omnibus, de vsuris*, quod est Concil. Lateran. Sancitum est, vt vsurarij manifesti non admittantur ad Eucharistiæ perceptionem: Molin. *supra, tom.* 2. *disp.* 334. P. Less. *supra, num.* 186. donec publicè satisfactum sit: P. Emanuel Sà *verbo, vsura, n.* 7. Cardin. Thusc. *tom.* 8. *conclus.* 354. Bonacina *de contract. disp.* 3. *quæst.* 3. *punct. vltim. num.* 1. & alij quos referens sequitur Augustin. Barbos. *in cap. quia in omnibus, de vsuris, num.* 3. subdens *num.* 6. recipientem vsurarium ad communionem altaris de cuius pœnitentia non constat, suspendi ab exequutione sui officij, donec ad arbitrium sui Episcopi satisfaciat: Raynald. *in praxi, lib.* 32. *tract.* 2. *num.* 73. *in princip.*

Insuper vsurarius talis non admittitur ad oblationes faciendas, & Clericus debet illas respuere: P. Azor. *instit. moral. p.* 1. *lib.* 7. *cap.* 38. *quæst. vltim.* Acunha *supra, vers. sancitum est.* Reginald. *d. lib.* 32. *tract.* 2. *num.* 73. *in princip.* Lessius *d. dub.* 22. *n.* 186. & 187. *vers. tertia, & vers. quarta:* vbi tradit non etiam recipiendum esse ad confessionem peccatorum; donec satisfiat reipsa, præstita saltem cautione pignoratitia vel fideiussoria; quæ satisfactio fieri debet creditoribus si adsint, vel Ordinario loci, aut eius Vicario, vel Parocho coram testibus, vel coram Notario publico habente mandatum ab Ordinario: vt patet *ex cap. quamquam, de vsuris, lib.* 6.

545 Carent etiam Ecclesiastica sepultura hæretici: ita Petrus Gregor. *d. cap. 13. num. 10.* Spinod. *num. 17. in princip.* & est communis. Similiter excommunicati: Petrus Gregor. *supra, & p. 3. de action. lib. 33. cap. 23. num. 32.* Bertachin. *in reper torio, verbo, sepultura, num. 20.* vbi *vers. sepultura est prohibita*, ait esse prohibitam excommunicatis, non solùm maiori, sed etiam minori excommunicatione affecto, post Innocentium *in cap. sacris, de sepulturis*, & Cardin. *in Clement. 1. quæst. 12. eod. tit.* Quibus accedit Petrus Gregor. *supra, d. cap. 13. ad finem*, vbi extendit hanc pœnam ad Blasphemos impœnitentes.

546 Quæstionis est an excommunicati, qui cum signis pœnitentiæ mortui sunt; & absolutionem, dum essent in humanis, petierunt; sed morte præuenti non fuerunt absoluti, sint humandi in loco sacro: Negat Regula generalis, quæ tradit non deberi communicationem mortuis, quibus viuentibus communicare non possumus; atqui receptum est neminem posse in vita communicare cum excommunicato declarato, antequam absoluatur, quamuis ostendat signum pœnitentiæ, & contritionis: ergo etiam mortuis, quamuis signa pœnitentiæ ostenderint, sepulturam Ecclesiasticam non esse concedendam, nec quoad suffragia eis communicandum: per text. *in d. cap. à nobis, c. 2. de sentent. excommun.*

Partem affirmatiuam probat Vgol. *de censur. tab. 2. cap. 9. §. 5. vers. 5.* Sayr. *de censur. lib. 2. cap. 4. n. c 3.* Quare si constet de huiusmodi signis, debere quamprimùm absolui; iuxta *d. cap. à nobis*, P. Suar. *de censur. disp. 12. sect. 4. num. 3.* vbi ait esse absoluendum, prius quàm sepeliatur, vt dicitur *in c. à nobis, 28. de sent. excommunic.* & locum reconciliandum, in quo iacet, si fortè contingat ibi prius sepeliri quàm absoluatur: & ideò non est exhumandus ex sepultura.

547 Non est tamen leue dubium; an sufficiat absolutio excommunicationis impensa in foro conscientiæ, ad hoc vt excommunicatus possit sepeliri in loco sacro? Negatiua solutio magis placet, quia quamuis sit absolutus, absolutio illa in interiori foro pœnitentiæ quoad effectus exteriores nihil operatur: ac proinde quoad illus perinde est, ac si non esset impensa: Nauarr. ita *in manual. cap. 27. num. 278. ad fin. & consil. 5. sub tit. de priuileg. in antiquis, & consil. 4. à num. 8. sub tit. de iudicijs, in nouis.* Fr. Emanuel *de regul. tom. 1. quæst. 61. art. 10.* P. Suar. *de leg. lib. 8. cap. 6. à num. 11.* argumento spurij dispensati in foro conscientiæ ad beneficium: Sanch. *de matrim. lib. 8. disp. 34. à num. 43. ad num. 49.* qui non potest in foro externo gaudere dispensatione: ergo non poterit absolutus in eo foro dumtaxat sepeliri in loco sacro publicè, nec Ecclesiastica sepultura gaudere pro foro externo; probat Nauarr. *consil. 4. per totum, de sepult.* nec suffragiis Ecclesiæ iuuari, quibus priuatur excommunicatus; vt per Ægidium *de Sacramentis, & censur. tom. 2. disp. 24. à num. 36.* neque illorum fiunt participes ante absolutionem: Suar. *tom. 1. disp. 9. sect. 3. num. 2.* Ægid. *d. disp. 14. num. 49.*

Quæri tamen potest an sufficiant signa pœnitentiæ, & contritionis in excommunicato decedente sine absolutione, vt post mortem absoluatur? Respondetur sufficere: ita Anton. Gabriel. *commun. lib. 1. de testibus, conclus. 1.* Mascard. *de probat. conclus. 12. num. 1.* & satis est vnos testes ad probandum hoc, vt ipsi volunt.

Absolui ergo potest post mortem excommunicatus, non directè ab Ecclesia, sed indirectè, quatenus facit facultatem vt fidelibus integrum sit cadauer sepelire, & suffragia offerre pro mortuo: tenetur sicut potest Ecclesia post mortem declarare ipsum excommunicatum, vel interdictum ob censuram contractam dum vixit: sic etiam potest manifestare eum mortuum, esse absolutum, quando de eius pœnitentia constiterit per signa euidentia: ita Henriq. *in sum. lib. 1. cap. 25. §. 1. ad finem.* Azor. *instit. moral. p. 2. lib. 5. cap. 26. q. 3.* Cened. *ad decretum collect. 42. n. 1.* Vasq. *tract. 3. de excommun. dub. 17. num. 6.*

Non inde infertur posse Ecclesiam excommunicare mortuos directè; quamuis posse tradat Roman. *singul. 725.* Tabien. *in sum. verbo, excommunicatio 4. num. 1.* Sed verius est non posse, quia nemo habet iurisdictionem in defunctos, vt ostenditur apud *Matthæum 18.* tum quia excommunicatio non fertur nisi propter contumaciam delinquentis, & propter emendationem illius; defunctus autem non habet contumaciam contra Ecclesiam, neque amplius potest emendari: ita Nau. *in manual. cap. 34. n. 32.* Vgolin *de censur. tab. 1. c. 17. §. 2.* Vasq. *supra.* Azor. *vbi proximè, c. 26 q. 2.* Sayr. *de censur. lib. 1. c. 8.* Bonac. *eod. tit. disp. 1. q. 1. punct. 4. n. 1.* & Mar. Alter. *de censur.* item *tom. 1. lib. 1. disp. 10. c. 3.* nec refert quòd Ecclesia potest manifestos peccatores priuare sepultura, & suffragiis, sicut constat fecisse D. Gregorium, qui religiosum priuauit sepultura, & suffragiis propter pecuniam apud ipsum mortuum repertam: Quia hoc factum fuit indirectè dumtaxat, quatenus imperauit ne pro mortuo suffragia offerant, & ne sepultura Ecclesiastica donetur: ita Mar. Alter. *ubi proxime*, & Illustrissimus Acunha *in p. decret. cap. neque 14. dist. 88. vers. in Ecclesia frequentatur*, post alios quos *ibi* referens sequitur.

Quæritur, an sit communicandum cum excommunicato vitando? Respondetur negatiuè, & ideò cadauer ipsius nec lauari, nec vestiri potest, neque tradi Ecclesiasticæ sepulturæ: ita Vgolin. *tab. 2. de censuris, c. 23. in princip. n. 8.* P. Reginald. *in praxi fori pœnitentialis, lib. 32. n. 85.* excipientes fideles, qui hunc excommunicatum sepeliunt in loco non sacro, sed prophano, ne aër corrumpatur. Mar. Alter. *de censur. tom. 1. lib. 5. disp. 10. cap. 6. & 7.* 548

Rogabis, in quam pœnam incurrant sepelientes excommunicatum vitandum? Bonacin. *de contract. disp. 3. q. 21 punct. 2.* tenet peccare mortaliter: quia est prohibitum hoc fieri in materia graui: P. Suar. *de censur. disp. 12. sect. 4.* idem vult, subiungens transgressores ligari excommunicatione minori: post Abbatem *in cap. sacris, de sepultur.* id colligentem ex illis verbis, ibi: *Vt quibus non communicauimus viuis, non communicemus defunctis*: quia constat hanc esse communicationem, atque ita conuenire sepelientibus generalem pœnam impositam illis; qui communicant cum excommunicatis: Nihilominus *in Clement. 1. de sepultur.* pœna fuit aucta, & ideò sepelientes incurrunt excommunicationem maiorem, qui excommunicatos in loco sacro sepeliunt, & cum eo grauamine vt nullatenùs absoluantur, nisi prius ad arbitrium Episcopi diœcesani, eis, quibus per id fuerit iniuria irrogata, satisfactionem exhibuerint competentem: ita *Clement. ibi*: ex quo fit vt absolutio aliter data non teneat; quod constat ex particula illa: *Nullatenus absoluuntur*; vt obseruat Nauarr. *ex gloss. in Clement. de sequestrand. possess. verbo. Nullatenus absoluantur.* 549

Sunt etiam aliqui casus, in quibus incurritur etiam excommunicatio maior à sepelientibus, quando scilicet sepeliunt excommunicatum vitandum, vel interdictum, vel notorium vsurarium: ita Cardin. *in Clem. 1. 20. causa, q. de sepult.* Bertach. *in repert. verbo, sepeliens, n. 30. vers. sepulti sunt exhumandi*: Bonac. *de censur. in genere, disp. 2. q. 2. punct. 5.* & *de censur. in particulari, disp. 2. q. 2. punct. 30. & 31.* nam post Concilium Constantiense *in extrauag. Ad euitanda*, tenemur

tenentur vitare denunciatos, seu vitandos: prout tradit Iul. Lauor. *in lib. variar. elucubration. tit. 2. cap. 12.*

Excusantur ab hac excommunicatione, qui ex ignorantia etiam culpabili sepeliunt supradictos: eò quia verba *Clement. 1.* sic habent: *Qui propriæ temeritatis audacia in Cæmeteriis excommunicatos publicè, aut nominatim interdictos scienter sepelire præsumunt*: quare ignorantes non incurrunt propter particulam illam, *scienter præsumunt*. Similiter qui graui metu coacti; eò quod non sepeliunt audacia propriæ temeritatis. Quocirca non ligantur, qui propter metum id efficerent. Eodem modo si sepelirent in loco prophano. Nauarr. *in summ. cap. 27. num. 137.*

550 Quæstionis est, quid intelligatur per verbum, sepelire in loco sacro? Ratio dubitandi, quia verbum, *sepelire*, in rigore videtur comprehendere actionem inferendi cadauer in sepulchrum: vnde in hanc censuram solùm videntur incidere duo, vel tres homines, qui mortuum in sepolchro deponunt: quod cùm sit pœna, videtur restringenda, & ipsi cùm sint homines ignorantes, fermè nunquam censura ista ligabuntur. Iuuat pro hac parte, quod dicitur *in eadem Clement.* per hæc verba: *Eos, qui propria temeritatis audacia, non sine contemptu Clauium Ecclesiæ*, &c. propter quæ inferentes cadauer in sepulchrum excusabuntur, cùm id operentur absque audacia temeraria, & sine contemptu Clauium. Cùm ergo verborum proprietas tenenda sit in pœnalibus; vt notat Caietan. *in sum. verbo, excommunicatio, c. 36.* & Nauarr. *in sum. c. 27. n. 137.* solùm incidunt in hanc censuram duo, vel tres, qui mortuum in sepulchro condunt, & cæteri excusantur.

Cæterùm Soar. *de censur. d. sect. 4. num. 10.* vltra illos duos, vel tres, comprehendit etiam mandantes, si per alias particulas non excusentur: proinde comitantes, vel etiam cantantes; & crucem, vel lumina deferentes excusat ab hac censura; quia re vera non sepeliunt propriè: sicut etiam excusat cooperantes remotè quales sunt sepulturam aperientes, & excauantes illam, si postea sua opera cadauer non inferatur in foueam, nec terra operiatur, quamuis suis humeris vsque ad Ecclesiam portetur. Similiter consulentes, vel fauorem præstantes, quia propriè non possunt dici sepelientes: ideò non oportet hanc pœnam extendere ad omnes fautores, vel cooperatores, quando Legislator id non expressit: ita Suar. *ibi, vers. imo, vlterius.*

Et quamuis hæc sententia sit valde probabilis; mihi placet opinio Vgol. *de censur. tab. 2. cap. 9. § 6. num. 3.* distinguentis ita: vel omnes de quibus dubitatur, an incurrant hanc censuram, eas operas exhibent, sine quibus cadauer illud sepultum non fuisset; & sic omnes incidunt in hanc censuram: quia ab his propriè sepultum aliquem esse dicimus, sine quorum opera sepultus non esset: Vel eas operas exhibent, quibus non exhibitis, sepeliri tamen posset excommunicatus mortuus; & tum temporis, quamuis à peccato non excusentur, in Censuram tamen non incurrunt: & ex consequenti nec funus prosequentes, nec deferentes Crucem, nec cereos accensos, similiter nec cantantes Psalmos; cùm hæc omnia non sint necessaria omninò ad sepeliendum.

Sed quid de illis, qui præsentiam exhibent sepulturæ excommunicati? Respondetur ligari censura, sicut sepelientes, si cooperantur, vel mandant: secùs si simpliciter præsentes sint ad videndum: ita Cardin. *in Clement. 1. de Baptismo 1 oppos.*

551. Quid faciendum de ossibus eorum, qui de iure carent Ecclesiastica sepultura? Certi iuris est extrahenda esse ex loco sacro in quo sepulta fuerunt; dummodò ab ossibus aliorum discerni possint: Bonacina *de Matrimon. q. 4. puncto vltimo*, & est communis: Cardin. *in Clement. 1. quæst. 20. de sepulturis*, vbi tantùm meminit exhumandos esse in tribus casibus, videlicet, si sepultus sit vsurarius manifestus, vel excommunicatus publicè, vel interdictus nominatim: secùs si sit sepultus tempore interdicti: quòd si nequeant ossa distingui, non sunt exhumanda, ne ossa fidelium simul extrahantur: vt expressè dicitur *in cap. sacris, de sepult.* vt Soar. *disp. 9. sect. 4. num. 4. de censur.*

552 Quæritur item, an debeat fœmina prægnans sepeliri in loco sacro? Anchar. *in cap. ex parte parentum, in fine, de sepulturis*: negat; sed magis placet posse sepeliri, quia fœtus censetur pars matris: Bonacin. *de sepult. punct. 1. num. 1.*

553 Quid de occidentibus scienter se ipsos? Respondetur non esse sepeliendos in loco sacro, nisi constet ipsos fuisse antea amentes, aut furiosos; nam quando constat de iniusto contra se ipsos actu mortifero, & dubitatur de excusatione, præsumitur pro actu iniusto: vt habetur *in cap. placuit, 23. quæst. 5.* vbi dicitur esse humandos extra locum sacrum, nec pro ipsis publicè orandum, qui seipsos ferro, veneno, laqueo, aut alia ratione violenter occidunt: Petrus Gregor *p. 1. vbi supra, & p. 3. lib. 35. c. 23. n. 32.* Spin. *in suo speculo, gloss. 2. n. 19. & 20.* post alios; nisi ducti pœnitentia, in extremis positi, ostendant contritionis signa: Bonacina *de contract. disp. 3. quæst. 21. punct. 2. n. 2. vers. secundo occidentes*: vnde subdit inuentum aliquem laqueo suspensum in cubiculo ianuis clausis in quo nemo morabatur, priuandum esse Ecclesiastica sepultura: eò quia est vehemens præsumptio, & coniectura non ab alio, sed à se ipso fuisse occisum: vt bene etiam sentit Genuens. *in prax. cap. 61. num. 20.* & L. uorius *supra num. 32. in lib. variar. tit. 2. cap. 12.* Gutier. *lib. 2. can. cap. 3. ex num. 2.*

554 Contra meretrices publicas, dicendum est nisi redeant ad meliorem frugem, sepeliendas esse extra locum sacrum, si semel in anno Sacramentum pœnitentiæ, & Eucharistiæ non susceperunt; vt præcipitur *in cap. omnis vtriusque sexus.* Syluester *verbo, sepultura q. 10.* Molfesius *in sum. 2. p. tract. 13. cap. 8. n. 67.* Cardin. Tusc. *verbo, sepeliri, conclus. 188. n. 3.* Aug. Barb. *in c. ex parte, el 2. de sepult. n. 5.* ex Gloss. *ibi*, per hæc verba: *Item in quolibet, quem constat in mortali peccato decessisse, quales sunt meretrices.* Quasi sentiant omnibus morientibus in peccato notorio esse negandam sepulturam. Qua in re standum est locorum consuetudini; eò quòd non apparet ius, per quod generaliter peccatores notorij sepultura priuentur: quamuis Bertach. *in suo repertor. verbo, sepultura, n. 20. vers. 4.* sic ait: *Sepultura Ecclesiastica prohibita est manifestis iniquis: cap. cum ad Monasterium, de statu Monachorum*, & *23. q. 5. cap. placuit*: consentit Petrus Gregor. *de iur. vniuers. p. 1. cap. 13. num. 10.* dicens negari sepulturam notoriis peccatoribus, & incorrigibilibus mortali peccato infectis.

Ex dictis sequitur, meretricem, & quemcumque alium peccatorem notorium, non esse priuandum Ecclesiastica sepultura, si inueniantur occisi in cubiculo, si eo anno satisfecerunt re vera præcepto Confessionis, & Communionis: quia præsumitur meretrix non à se ipsa occisa, sed fortè ab amasio suo: eodem modo notorius peccator censetur occisus, non à se ipso, sed ab inimico.

555 Ambigi potest, an possit aliquis præcipere ne corpus suum sepulturæ tradatur, aut impedire ne quis sepeliatur? Quoad primum respondetur negatiuè: per text. quem refert Gloss. *in l. quidam, ff. de condit.*

condit. instit. Suar. *allegat.* 1. *num.* 4. *&* *num.* 12. Boer. *decis.* 23. *num.* 65. & *deci.* 267. *num.* 5. quibus accedit Illustrissimus Acunha 1. *p. decreti, dist.* 21. *c. nunc autem, n.* 7. Quoad secundum etiam negatiua responsio placet, nisi causa iusta detur: quia impedire sepulturam, est impedire opus pium charitatis, & misericordiæ; cuius actus est actio sepeliendi: tum vel maximè, quia hoc est prohibitum de iure etiam ciuili: text. *in l. final. C. de sepulchro violato.* Menoch. *lib.* 2. *de arbitrariis, casu* 387. *n.* 22. Couarr. *cap. vlt. de testam.* Farin. *in q. crimin. tit. de delictis, & pœnis, q.* 20. *n.* 139. Molfesius *in summ. tom.* 2. *tract.* 13. *c.* 8. *n.* 74. & Paul. Lauor. *variar. c.* 10. Quare contra creditores impedientes sepulturam suorum debitorum sub specie crediti exigendi, imponitur pœna priuationis crediti: *d. l. final. C. de sepulchro violato.* Molin. *tom.* 1. *disp.* 214. *ad fin.*

Dictum est, nisi detur iusta causa impediendi: quoniam ea existente potest impediri, ne quis in loco sacro humetur: verbi gratia, si quis recipiat Decimas Ecclesiasticas, easque non vult restituere: vt ostenditur *in cap. prohibemus, de decimis*: per hæc verba: *Si quis verò decimas receperit, & Ecclesiæ non reddiderit Christiana sepultura priuetur.* Spino *in suo speculo, gloss.* 2. *num.* 21. post Petr. de Vbaldis *de Canonica Episcopali, p. fin. c.* 14. Quia decimæ debentur omni iure, naturali, diuino, & humano: Nau. *in manual. cap.* 21. *n.* 28. Sot. *de iust. lib.* 9. *q.* 4. Rebuff. *de decimis q. etiam* 4. Quæ pœna procedit contra laicos retinentes receptas decimas, non autem habet locum contra laicos non soluentes: ita Nauarr. *consil.* 2. *de decimis.* Genuensis *in prax. Episcop. c.* 61. *num.* 10. & Lauor. *in lib. variar. tit.* 2. *cap.* 12. *n.* 48.

Vnde colliges non posse Parochum impedire, vel negare sepulturam non soluenti decimas; nisi aliud consuetudo inueterata præcipiat: quia cùm Caput, *prohibemus*, sit pœnale; nisi in casu *ibi* contento pœna non habet locum: quia loquitur de laicis retinentibus receptas decimas, non autem de non soluentibus.

Potest tamen esse quæstio, an possit impediri, vel negari sepultura, quando non apparet iusta causa impediendi? Responsio negans placet, quia actore non probante reus est absoluendus: & ideò quamuis hac de re controuerti possit inter partes, an mortuus sit humandus in loco sacro, debet sepeliri, quia sepultura non patitur longam moram; nec impediri potest, quamuis pars contraria appellet à sententia; quia non est locus appellationi propter corruptionem Cadaueris: ita Tuscus *in verbo, sepeliri, conclus.* 188. *num.* 14. Molfesius *loco citato, num.* 71. & Lauorius *supra, cap.* 9. *num.* 10.

556 Quid dicendum de sepelientibus scienter excommunicatos publicè, vel nominatim interdictos, à quonam sint absoluendi à censura, quam hunc actum exercentes contraxerunt? Dicendum est hanc excommunicationem nulli esse reseruatam, & ex consequenti posset absolui sepeliens à Parocho, nisi obstaret grauamen: vt constat *ex Clement.* 1. *de sepultur.* vbi excommunicantur omnes, qui in cœmeteriis, tempore interdicti, in casibus à iure non concessis; vel excommunicatos publicè, vel nominatim interdictos, vel vsurarios manifestos scienter sepelire præsumunt; nec priùs absolui possunt quàm ad arbitrium Ordinarij eis, quibus præmissa fuerit iniuria irrogata, satisfactionem competentem exhibuerint. Sic *ibi*: esse autem excommunicationem nulli reseruatam, tradit Sayr. *de censur. lib.* 3. *cap.* 35. *num.* 8. vbi excommunicantur omnes, qui scienter præsumpserint sepelire hæreticos, necnon receptatores, vel fautores eorum, qui possunt absolui, si propriis manibus exhumulent publicè huiusmodi corpora damnatorum: idem repetit *n.* 6. *&* *n.* 8. nulli scilicet esse reseruatas huiusmodi censuras.

557 Quid dicendum, quando aliquis in aliena sepultura, in qua non erat sepeliendus, fuit humatus? Responsio sit, ossa defuncti cum omnibus emolumentis, & oblationibus esse restituenda, quando non est facta electio sepulturæ in aliena Ecclesia, vbi defunctus non accipiebat Sacramenta: quia tunc Parochiali debetur cadauer, non autem alienæ Ecclesiæ: ita Hieron. Carat. *in opusc. de iur. Paroch. tit.* 7. *cap.* 13. Quare Parochus spoliatus ante omnia est restituendus; cùm corpus possit exhumari, authoritate Superioris, tanquam traditum sepulturæ, & Ecclesiæ non suæ: ita Chassaneus *in Catalog. glor. mundi, p.* 2. *consider.* 5. *vers. de gloria autem, col. penult.* quem sequitur Gratian. *discept. forens. cap.* 298. *n.* 6. August. Barb. *in cap. ex parte* 5. *n.* 3. *de sepult.*

Si autem sepeliatur in propria Parochiali, non tamen in propria sepultura, sed in aliena, & contradicant habentes ius sepulturæ; quamuis in rigore iuris videatur exhumandum cadauer, nihilominus postquam est sepultum non est vexandum, neque loco mouendum: *l. fin. C. de sepulchro violato, & l. nemo, C. de Religios. & sumpt. funer.* ita Innocent. *in cap. cùm liberum, de sepult.* Lauor. *lib. variar. elucubr. tit.* 2. *c.* 9. *n.* 122. Ideò pro bono pacis conuentio potest fieri: Bonacin. *d. disp.* 3. *q.* 21. *punct.* 3. *n.* 12.

558 Quæri etiam potest, an possit Iudex sæcularis præcipere, vt exhumetur cadauer defuncti, vt inde capiat informationem, quando est vehemens suspicio, & rumor sparsus, quod defunctus fuerit occisus? Respondetur impetrata licentia ab Ordinario loci, vel saltem à Parocho posse Magistratum secularem eruere corpus è sepulchro, neque ob id sacrilegium committere: ita Cabed. Lusit. 1. *p. dec.* 174. & ita *num.* 4. sic fuisse iudicatum refert: nec propterea Iudex Ecclesiasticus incurret in irregularitatem, si ex hoc mors aliqua sequatur, quia actus iste est causa remota mortis delinquentis, & ad incurrendam irregularitatem propter defectum lenitatis debet esse actus proximus, & influens in mortem inde secutam: ita Nauarr. *in manual. cap.* 27. *n.* 207. Lauor. *supra, cap.* 7. *n.* 31. & *cap.* 12. *n.* 57. & Hieron. Vener. *in examine Episcop. lib.* 9. *cap.* 30. *num.* 26.

Nec obest si dicatur ex hoc sequi pœnam violatorum sepulchrorum: Quia hoc factum fuit de licentia Ordinarij, & pœna non incurritur sine dolo; imò delinquentes in hac materia excusantur, si faciant id simpliciter; sicut non incurrunt Cæmentarij quando reficiunt sepulchra, & ob id saxa, lapides, & ornamenta ex eo extrahunt, quia dolo carent: *l. sepulchri deteriorem, ff. de sepulchro violato*: atque ita quoties iussu Superioris artifices cadauer exhumant, dicta pœna, tanquam sine dolo id agentes, minimè tenentur: *l.* 3. *§. Diuus, ff. de sepulchro violato,* & Faber à Monte Leone *in praxi arbitr.* 4. *p. pag.* 305. *n.* 280. nec non excusantur destructores sepulchrorum hostium: *l. sepulchra hostium, ff. de sepulchro violato,* & alij apud Farinac. *p.* 1. *crimin. tit.* 3. *q.* 20. *ex n.* 130. vbi excusat *n.* 131. ab hac pœna violantes sepulchra eorum, qui sepulti sunt contra prohibitionem legis; quales sunt manifesti vsurarij, qui debitam pœnitentiam, & restitutionem in vita non fecerunt.

559 Superest dicere de expensis funerum: atque in primis certi iuris est, funeris impensam pertinere ad hæredes, qui bona defuncti consequuntur: quia ratio petit, vt qui commodum capit, sentiat onus: *l.* 1. *ff. de Religios. & sumpt. funer.* Impensa item & sumptus funeris debet fieri secundùm qualitatem personæ, & secundùm dignitatem defuncti: *l. si quis, §. sumptus, ff. eodem.*

Quòd

560 Quòd si hæredes defuncti nondum hæreditatem adierunt, neque deliberarunt, an velint illam adire, quia dubitant de viribus hæreditatis, an sint satis ad satisfaciendum creditoribus defuncti? Lauor. *lib. variar. elucubrat. tit. 2. cap. 1. n. 91.* tradit posse illos asserere se expensas facere titulo pietatis, & sibi reseruare ius repetendi impensas & cum protestatione repetendi: quo modo non sibi præiudicant: immoderatas tamen in hoc casu non debent exequi impensas.

561 Rogabis quid de quarta funerali Episcopo debita? de iure communi Episcopo debetur Quarta de omnibus relictis per vltimam voluntatem monasteriis, Ecclesiis, & aliis piis locis, nec non de oblationibus omnibus funeralibus. Hæc autem Canonica portio aliquando est Tertia, aliquando Quarta pars, aliquando dimidium, communiter vocatur *Quarta*, vt constat *ex c. decernimus*, 10. *q. 1.* & *ex c. de his, ibid.* In dubio autem quanta portio in aliqua Prouincia debeatur? Dicendum est deberi Quartam: quoniam in dubio pars minor est eligenda.

562 Cæterùm Quarta Episcopalis non debetur quando quis in vita donauit Ecclesiæ: Azor. *instit. moral. p. 2. lib. 9. cap. 12. quæst. 7. casu 9.* August. Barb. *de offic. Episcop. p. 3. allegat.* 86. *n.* 26. Bonacin. *suprà disp. 3. quæst. 22. punct. 3. n...*

563 Similiter non debetur Quarta de relictis pro fabrica Ecclesiæ, seu ornamentis: ita Bernard. *de regulis* 237. *vers. tertio.* Quaranta *in summa Bullary, verbo Priuilegia Regularium, vers. Quarta Episcopalis, difficult. 3.* etiam quando Ecclesia de præsenti non eget restauratione, adhuc non debetur, neque quando datur potestas executoribus testamenti, vt distribuatur in pias causas, prout voluerint non habebit Episcopus suam Quartam: Mascard. *de probat. conclus.* 593. *num.* 8. Lelius Zechius *de republica Ecclesiast. cap. 28. de Parocho, n.* 18. *vers. 9.* Miranda *in manual. Prælat. tom. 2. q. 47. art. 3. concl. 1.* Franc. Leo *in Thesauro fori Ecclesiast. p. 2. c. 14. n. 6.* vbi vnlunt non deduci Quartam Episcopalem de vestibus, nec de calice, aut aliis relictis concernentibus cultum diuinum: sequitur Azor. *suprà, d. q. 7. casu 2. 4. & 5.* & alij quos sequitur August. Barb. *de offic. Episcop. d. p. 3. allegat. 86. n. 23.* vbi extendit hoc ad relicta, pro operibus piis in genere. Concordat Bertach. *in suo repert. verbo, Quarta Episcopalis, vers. 5.* vbi ait non deberi ex relictis factis pauperibus; per text. *in cap. requisisti, de testamentis*: vbi allegat pro hac parte Bald. *in l. si quis, in §. in omnibus, col. 3. de Episcop. & Cler.* & *in l. id quod pauperibus, 17. q. C. eod. tit.* & *in Authent. similiter, in vltima quæst. C. ad l. falcidiam.* & Feder. de Senis *cons.* 56.

564 Eodem modo non debetur, quando legatur aliquid ad luminaria, vt oleum, lampades, vel cereos: *cap. vltim. de testam.* & *cap. ex parte, de verb. signific.* Nec item deducitur Quarta ex his, quæ legantur ad anniuersarium perpetuum quotannis celebrandum: *cap. vlt. de testam.* & *cap. ex parte 2. de verb. signific.* Sicut non debetur ex legatis factis, ad maritandas duas puellas singulis annis, quia hoc legatum non fit piis locis, nec est legatum pium, nisi puellæ in matrimonio elocentur, & sint pauperes, & intuitu pietatis factum sit: Bonacin. *d. punct. 3. vers. ex quo patet*; denique non deducitur Quarta ex relictis loco exempto, & non subiecto Episcopo, etiamsi qui legauit sit subiectus Episcopo, quia attenditur, & consideratur subiectio loci, & non personæ: Cardin. Thusc. *verbo, Quarta concl.* 21. Item, quia Quarta Episcopalis debetur ex relictis Ecclesiæ subiectis: Ecclesiæ autem exemptæ non habent omnimodam subiectionem in omnibus Episcopo: ita Petr. de Vbald. *tit. de Quarta p. 2. c. 4. quæst. 6.* & Lauor. *lib. var. c. 17. n. 81.* Azor. *suprà d. c. 12. vers. quimo quæritur*: vbi ait hanc opinionem esse receptam communi omnium suffragio.

565 Quid dicendum de legato facto Sodalitatibus erectis authoritate Episcopi, seu Hospitali, an debeatur Quarta Episcopo? Respondetur deberi: modo legatum non fiat ad vsus priuilegiatos: ita Barb. *de potestate Episcopi, 3. p. allegat. 75. n. 43.* Lauor. *d. cap. 17. num.* 84. & alij communiter, quibus accedit Azor. *suprà, q. 8.* & ex antiquioribus Ioan. Andr. & Panor. *in cap. officij, de testam. num. 7.*

Si autem hospitalis domus non sit erecta authoritate Episcopi, etiamsi deputata sit ad recipiendos peregrinos; sunt qui putent non esse Quartam debitam Episcopo, quia Episcopus illius loci curam non habet, & fundator potest illam domum diruere, & transferre ad alios vsus; atque ita quod relinquitur huic domui non censetur relictum loco, sed pauperibus.

566 Rogabis, an possit non deberi Quarta Episcopo ex consuetudine? Responsio sit, si consuetudo exiet spatio quadraginta annorum præscripta, valere, & excusare ab hoc onere: ita Panor. *in cap. certificari, de sepult.* Quia quamuis ea consuetudo sit contra ius commune; valet, si per id tempus duret; & à fortiori, si tanti temporis sit, cuius initium excedat hominum memoriam. Nihilominùs Hostiensis & alij, teste Azor. *vbi proximè*, tenent huiusmodi consuetudinem non valere; quia secundùm Canones, & iura, Quarta debetur: affirmans tamen est amplectenda, quia per tempus quadraginta annorum consuetudo præscripta est in suo robore, & multò magis, si excedat hominum memoriam Barbos. *in cap. de Quarta, de præscript. num. 4.*

567 Item quæritur an debeatur Quarta Episcopalis de candelis, quæ dantur in funere? Gloss. *in Clement. dudum, vers. funeralibus, de sepult.* affirmat. Dicendum est intelligi de candelis, facibusque, quæ in Ecclesia exponi solent circa pheretrum, seu circumcirca corpus, & vexillum Crucis: quia hæc acquiruntur Ecclesiæ, in qua quis sepelitur, nisi ex consuetudine aliis, Capitulo scilicet, aut Parocho acquirantur. Item secùs oportet dici de candelis, quæ à fratribus, & presbiteris deferuntur præ manibus: quia hæ acquiruntur ipsismet fratribus, & Presbyteris: vt decreuit Benedict. XI. *in Extrauaganti, inter cunctas, vers. de funeralibus, de priuilegiis, inter communes*, quamuis aliquibus in locis aliud de consuetudine seruari soleat, cui standum semper est: prout tradit Iul. Lauor. *in lib. var. elucubrat. tit. 2. cap. 3. num.* 178.

568 Item debetur Episcopo Quarta ex omnibus decimis pertinentibus ad Ecclesias inferiores ad ferenda onera sui Episcopatus: text *in cap. vobis*, & *in c. concessio, 12. q. 2.* de qua fit mentio *in c. de Quarta, de præscript.* cum aliis, & *in cap. conquerente, de officio Ordinary*, Rebuff. *de decimis, q. 7. n. 11.* Suar. *de Relig. tom. 1. tract. de decimis, lib. 1. c. 28. num. 9.* & in hac Quarta de iure communi fundatus est Episcopus: vt per Monetam *de decimis, cap. 8. q. 2. num. 14.*

Quarta Parochialis.

569 Quarta Parochialis debetur Ecclesiæ Parochiali, de omnibus quæ obueniunt ratione funeris, seu in die funeris, & de omnibus legatis factis Ecclesiæ, in qua defunctus eligit sepulturam: ita Hyer. Carat. *in opusculo de iuribus parochial. tit. 8. de Quarta Parochiali, c. 2.* Miranda *in manual. Prælat. tom. 2. q. 48. art. 4. concl. 2.* vbi post alios tradit hoc esse intelligendum de relictis occasione loci, non tamen

respectu personæ, dummodò hoc non fiat in fraudem. Nomine Parochiæ intelligitur illa, in qua quis de iure sepeliendus esset: modò illa Ecclesia, in qua sepelitur, non sit exempta: neque id quod relinquitur non sit ad vsus priuilegiatos, & denique Quarta petatur.

Dictum est, *modò relicta non sint ad vsus priuilegiatos*: dicuntur enim relicta ad priuilegiatos vsus, quæ relinquuntur Ecclesiis, aut piis locis ad perpetuum obsequium cultus diuini, videlicet, quando sunt relicta ad fabricam Ecclesiæ, vel pro vestibus, aut ornamentis, Luminaribus, seu pro candelis, pro anniuersariis, seu pro Missis in perpetuum celebrandis, aut pro aliis similibus casibus, vt ostenditur *ex cap. vlt. de testam.* nisi fortè aliud præscripta consuetudo quadragenaria suadeat: ita Thusc. *in verbo Quarta, num.* 28. Ratio, quia consuetudo habet vim auferendi Quartam Ecclesiæ Parochiali, aut limitandi eam, & ob eam aliquibus in locis non soluitur Quarta Parocho de legatis, sed dumtaxat de oblationibus factis in die sepulturæ: vt tradit P. Molin *de iust. tom. 1. disp. 215. num. 3.* post alios.

570 Rursùs dictum est, *dummodo Ecclesia non sit exempta*, quia eximitur ab obligatione soluendi Quartam funeralem: vt autem exempta dicatur Ecclesia, non sufficit vt sit exempta simpliciter; ita vt neque Episcopus, neque Parochus in ea iurisdictionem aliquam habeant; sed requiritur quòd sit exempta ab onere Quartæ soluendæ: qua exemptione, & priuilegio gaudent aliquæ Religiones per se, vel per participationem, seu communicationem aliarum, quibus hæc indulta fuerunt concessa. Vt autem antiquiores Pontifices maximos omittamus, hoc indultum religiosis Minimis cōcessit Iulius II. anno 1506. & idem anno 1511. *sui Pontificatus* 8. concessit Minoribus de obseruantia: Paulus III. dedit eandem exemptionem Minoribus, ann 1544. & Paulus IV. Ordini Prædicatorum anno 1556. Nicolaus V. ipsum contulit priuilegium Carmelitis calceatis, teste Fr. Manuel. Rodrigues *tom. 1. regul. q. 39. art. 2.* & refert Molfesius *in sum. p. 2. tract. 13. cap. 9. num. 28. & num. 53.*

Hoc autem limitari debet in Ecclesiis, Monasteriis, seu piis locis, quæ ante annos quadraginta, antequam Tridentina Synodus ederetur, consueuerant Quartam soluere funeralium, & postea exempta fuerunt ab hoc onere, eò quia Tridentina Synodus *sess. 25. cap. 13.* abrogauit priuilegia eorum, qui ante annos quadraginta Quartam funeralium persoluere Cathedrali, vel Parochiali Ecclesiæ consueuerant, nisi fortè indulta illa fuerint confirmata, postquam Concilium Tridentinum editum fuit.

571 Dictum est, *dummodò Quarta petatur*, quia non debetur Quarta Parochiæ, nisi petatur: quia falcidia, & Trebellianica non debentur, nisi petantur. *l. si spon̄sus, §. fin. ff. de donat. inter virum, & vxorem*: cùm ergo assimiletur Quarta Parochialis falcidiæ, & Trebellianicæ, vt diximus *supra in proprio tractatu cuiusque*, & istæ non debeantur, nisi petantur; idem dicendum est de Parochiali. Nemo enim tenetur soluere debitum, quod sibi remittitur, & condonatur: atque ita remitti posse hanc Quartam ab Episcopo & Parocho planum est; & tacitè remitti videtur, dum expressè non petitur: ita Megal. *1. 2. instruct. confess. lib. 2. cap. 13.*

572 Quæri potest, quando quis habitat per tempora æqualia in duabus Parochiis, & in neutra sepulturam eligit, cuinam debeatur Quarta Parochialis? Responsio sit esse diuidendam inter vtramque, itaut fiat æqualis partitio Quartæ inter ambas illas Parochias, quæ vni tantùm Parochiæ esset debita; si vnica esset Parochia: Azor. *2. p. instit. moral. lib. 9. cap. 13. quæst. 8.* Bonacin. *de contract. disp. 3. quæst. 22. punct. 2. vers. secundo sequitur.*

Quæri item potest, quando legatum relinquitur Parochiali, an censeatur relictum animo compensandi Quartam? Respondetur: quando legatum a testatore relinquitur ipsi Episcopo non præsumi relictum animo compensandi cum ea Quarta, quam Episcopus consequi debet ex cæteris legatis, ab eodem testatore factis Ecclesiæ: ita Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 109. num. 56.* August. Barbos. *in cap. 8. de sepult. ad fin.* Similiter in nostro casu non censebitur relictum animo compensandi tantumdem, quantum continet Quarta legatorum, quæ quis reliquit Ecclesiæ vbi eligit sepulturam, nisi fuerit legatum ea conditione, vt Ecclesia sit contenta huiusmodi legato loco debitæ portionis Parochialis, & Parochus id velit acceptare. Resolutio procedit, vbi extat consuetudo præscripta; si tamen plus legetur parochiali Ecclesiæ, quàm sit Quarta Ecclesiæ debita, optio sit Parocho: vide tamen Azor. *d. lib. 9. cap. 13. vers. nonus casus*, & Molin. *tom. 1. disp. 200. col. 9. lit. D. vers. cum de relicto.* 573

Rogabis, in quibus casibus Quarta parochialis omnino non debeatur? Respondeo primo, non deberi quando Ecclesia recepit donationem inter viuos ex testatore: iuxta *caput, De his, § si vero, de sepult.* vt dictum est *supra* Idem quando testator in vita sua soluit legatum Ecclesiæ: nam tunc legatum translatum fuit in donationem inter viuos: quamuis Syluester *in verbo, Canonica portio, q. 9.* contrariam sententiam sequatur. Idem dicendum, quando aliquid donatur alicui sine mentione mortis, censetur acquisitum inter viuos; quamuis possessio illius post mortem donatoris capiatur: vt colligitur *ex l. Seia, §. final. ff. de donat. causa mortis.* Megal. *1. 2. instruct. confess. lib. 2. cap. 13. n. 30.* Molfesius *in summa 2. p. tract. 13. cap. 9. num. 34.* 574

Secundò non debetur Quarta Parochialis de illis, quæ alteri Ecclesiæ alia de causa fuerunt donata, quàm sepulturæ, eò quia non censentur collata ob causam funeris. Quod procedit, nisi data fuerint ob aliam causam in fraudem Parochialis Ecclesiæ; tunc enim saluanda est Quarta Parochialis: vt deducitur *ex cap. 1. de sepultur.* Molin. *tom. 1. de iust. disp. 215. vers. præter Quartam, col. 2.* Thusc. *verbo, Quarta, conclus. 27. num. 33.* 575

Tertiò, Canonica portio non debetur Ecclesiæ, quando Parochianus religionem fuit ingressus, & currente anno probationis decessit: ita Tiraquell. *de retract. Lignag. §. 1. gloss. 8. num. 23.* Longè aliter quando ingressus est animo non perseuerandi, & obiit ante professionem: ita Lælius Zechius *de Republica Ecclesiastica, cap. 28. de Parocho, n. 18. fallent. 3.* Barbos. *in c. de his, de sepultur. num. 3. & 4.* Ratio huius discriminis: quia Religiosus Nouitius suscepto habitu, animo faciendi professionem, vel saltem animo perseuerandi, censetur mutasse domicilium; ideò non est sepeliendus in priori Parochia, sed in Monasterio; atque ita Quarta non debetur priori Ecclesiæ, nisi ratione sepulturæ, & funeris: secùs quando Nouitius ingressus est animo non perseuerādi; nam tunc non dicitur mutasse domicilium; ideò debetur Quarta Parochialis ex bonis eius: Archidiaconus, & Geminianus *in cap. cum quis, de sepulturis.* Angel. & Rosella, *verbo Canonica portio.* Azor. *d. cap. 13. vers. tertius casus*, Bonacina *d. disp. 3. quæst. 22. punct. 2. vers. idem dicendum.* 576

Quartò, non debetur Quarta ex relictis alicui Ecclesiæ in qua quis sepulturam elegerat, sed ibi non fuit humatus, eò quòd obiit in alio loco, & ad illam Ecclesiam non potuit deduci, vel quia 577

Ecclesia

Ecclesia electa erat interdicta: ita Cardin. Thusc. *verbo, Quarta, conclus.* 27. *num.* 51. Molfelius *in summa 2. part. tract. 13. cap. 9. num. 41.* Azor. *supra, d. lib. 9. cap. 13. quæsit. 4. vers. octauus casus*, nam verba sunt intelligenda cum effectu; quamuis Geminianus *in cap. 1. de sepultur. in 6.* arbitretur in hoc casu Ecclesiam non amittere legata, causa sepulturæ facta, & ideò Ecclesiam Parochialem sua Quarta non priuari.

578 Quinto, non deberi Quartam Ecclesiæ de relictis factis alteri Ecclesiæ, in qua sepultura fuit electa, & non habuit effectum, quia sepeliendus decessit excommunicatus: Bald. *in l. si quis ad declinandum, §. in omnibus, col. vltim. versic. sed ponamus, Cod. de Episcop. & Cleric.* Fedet. de Senis *cons.* 90.

Sextò, non debetur Quarta Parochialis Ecclesiæ de relicto facto Rectori alterius Ecclesiæ, in qua testator eligit sepulturam, consanguineo, seu amico testatoris; ita Innocent. *in cap. 2. de sepultur. in verbo, gloss. in vers. disponere*, & Bald. *in d. §. in omnibus, ad fin.*

579 Septimò, quamuis Mendicantes ex vsu recepto de solis funeralibus oblationibus diei funeris soluant Quartam Parochiæ defuncti, de legatis, & de oblationibus aliorum dierum, neque de aliqua alia re non soluunt Quartam. Quinimò in Eborensi vrbe ex consuetudine vna Parochia nihil soluit alteri de oblationibus primi diei funeris. Extra tamen hanc vrbem in nonnullis locis Parochia sepulturæ soluit Parochiæ ipsius defuncti dimidiam oblationem diei funeris, & exequiarum mensis, & anni: vt decernitur *in constit. Eborensibus, tit. 24. cap. 4. §. è quando.* Vt autem hæc omnia meliùs fiant, standum est consuetudini cuiusque loci, quæ quando res est contra ius commune, præscribitur spatio quadraginta annorum: at verò quando est consuetudo præter ius commune, præscribitur spatio decem annorum: Molin. *d. disp.* 215. *col. 3. lit. D.* Azor. *d. cap.* 12.

580 Octauò, & vltimò non debetur Quarta Parochialis, si quis Relegatus eat in exilium perpetuum, & moriatur in loco exilij: quia Quarta debetur Parochiæ in qua exul decessit; non enim censetur amplius Parochianus prioris Parochiæ: quia per exilium perpetuum acquisiuit nouum domicilium. Contra verò Relegatus ad tempus, si moriatur ante finitum exilium, Quarta diuidi debet inter Parochum prioris Parochiæ, seu domicilij, & inter Parochum loci ad quem exul ad tempus missus fuit: ita Petrus de Vbaldis *in tract. de Quarta, part. 2. cap. 17. num. 30. & 39.* & Lauot. *in lib. variar. elucubrat. cap. 17. numer. 30. & 39.* quibus accedit Bonacina *puncto 2. supra num.* 42.

---

§. XVIII.

De Inuentario conficiendo.

E P I T O M E.

581 *Inuentarium quid sit, & quo iure introductum?*
582 *Quotuplex sit inuentarium.*
583 *Signum Crucis ponitur in principio Inuentarij, & an vitiatur si omittatur, aut non inuocetur nomen Domini.*
584 *Inuentarium conficere qui teneantur? Et coram quo iudice fieri debeat, quando defunctus, est Ecclesiasticus.*
585 *A quo tempore incohari debeat, ac finiri? & num. 586. & num. 587.*
588 *Inuentarium quando conficitur, quæ personæ citandæ, & quomodo?*
589 *Priuilegia, seu commoda, quæ emergunt ex inuentario confecto?*
590 *Non conficientes inuentarium in foro conscientiæ, quas pœnas incurrunt?*
591 *Ecclesia hæres instituta an teneatur vltra vires hæreditarias, inuentario non confecto?*
592 *Testator an possit remittere confectionem inuentarij hæredi, & tutori? & num. 593.*
594 *Filius an teneatur facere inuentarium, & quid amittat eo non confecto?*
595 *Quid de Fisco?*
596 *Pater teneatur conficere inuentarium secundum aliquos, vel saltem descriptionem bonorum; & quid si transeat ad secundas nuptias?*
597 *Rationem, qui debent reddere tenentur conficere inuentarium.*
598 *Possessores Maioratuum tam primi, quàm sequentes, non excusantur à conficiendo inuentario.*
599 *Fideicommissarius vniuersalis tenetur facere inuentarium: secus fideicommissarius particularis; & cur?*
600 *Creditoribus primis hæres beneficio inuentarij soluere vtrum possit nihil reseruando aliis?*
601 *Vsurarij hæres an debeat soluere primò venientibus creditoribus?*
602 *Quæ res sint describendæ in inuentario, declaratur?*
603 *Res commodatæ, seu depositæ, seu pignori datæ an sint describendæ; & an fructus, & accessiones, quæ augent hæreditatem?*
604 *Æstimatio ipsarum rerum, an sit numeranda.*
605 *Instrumenta, per quæ debitores conueniri possunt, an sint describenda, & an meliorationes Maioratuum, seu Emphyteusis?*
606 *Creditores succedentes debitori non conficientes Inuentarium, an perdant, quod sibi debetur?*
607 *Temporis petitio ad deliberandum hæredi constituta, quantum intelligebatur à iure; & hodie quantum temporis sit in praxi?*
608 *Hodie petitio temporis ad deliberandum præsumitur suspecta, & in detrimentum creditorum, seu legatariorum.*

INuentarium est remedium redigendi in memoriam bona, quæ supersunt ex bonis defuncti, 581
fuitque introductum ex beneficio Iustiniani, vt constat *ex l. fin. §. sin autem, C. de iur. deliberandi*: per hæc verba: *Sin autem hæres dubius est, vtrumne admittenda sit nec ne defuncti hæreditas, non putet sibi esse necessarium deliberationem, sed adeat hæreditatem, vel se se immisceat, omni tamen modo ab ipso inuentarium conficiatur*: sic lex. Definitur hoc modo, inuentarium, seu Repertorium, est descriptio bonorum defuncti, quæ describenda sunt.

Inuentarium est duplex, alterum solemne, & 582
cum publica authoritate factum: alterum simplex, & priuatum vtrumque plenum, aut non plenum dici potest. De omnibus istis membris *in l. fin. C. arbitr. tutel.* Publicum dicitur seu solemne Inuentarium, quod fit interueniente persona publica; hoc est Magistratu: *l. 1. de iust. & iur.* Priuati Inuentarij facit causam descriptio, & veluti index

terum memoriæ causæ. Plenum Inuentarium illud est, in quo omnia, & singula, quæ sunt scribenda, numerantur cum suis qualitatibus, & numeris, & cum certitudine. Repertorium non plenum, illud est, quod summariè, & de plano, & veluti capitatim, cursimque ac raptim conficitur, aut in quo omittitur descriptio plena describendorum.

583 Prima ergo dubitatio sit, an in principio Inuentarij, sit apponendum Crucis signum? Pars affirmans disponit, text. *in l. fin. vers. subscriptionem, C. de iur. deliber.* An eius omissio instrumentum Inuentarij reddat nullum? Affirmat Alex. *in l.2. §. primo, num. 7. ff. de vulgar.* Alberic. *num. 14. in d. l. fin.* Angel. *in l.1. §. hec stipulatio, num. 22. ff. si cui plusquam per leg. falcid.* & est communis opinio, teste Gregorio *in l.5. tit. 6. part.6. verbo, la señal de la Cruz.*

Contraria sententia est verior non vitiari instrumentum per omissionem signi Crucis: ita Oroscius *in l. si quis ex argentariis, §. initium, num. 9. ff. de edendo.* Padilha *in l. si qua beneficia. C. de diuersis rescriptis.* Menchac. *de successionum creatione, §. 9. num. 12.* qui etiam refert duas opiniones communes: sequitur Gutier. *in l. nemo potest, num. 117. ff. de leg. 1.* eò quia omissio Crucis non est magnæ solemnitatis, & ideò non vitiat dispositionem; Iason *in d. § primo, num. 13.*

Est tamen inuocatio diuini Numinis, seu nominis Domini vtilis, & pia in omni contractu: nihilominùs omissio solemnitatis inuocandi Deum in principio contractus, non vitiat illum, cùm non censeatur solemnitas substantialis: sequitur Panormit. *in cap. 1. de fide instrument.* Felin. *ibid. num. 2.* Decius *num. 1.* Couarr. *pract. quæst. cap. 1. num. 1.* Valasc. *de iur. emphyteut. quæst. 7. num. 38. vers. dixi autem.* & Ordinatio Lusit. *lib. 1. tit. 78. §. 4.* dum refert solemnitates alias instrumentorum publicorum, & huius non meminit; quare ab hac recepta sententia non est recedendum: iuxta præcitatos. Tamen considerata consuetudine generali apud Lusitanos dicendum est omissionem inuocandi Deum in principio instrumentorum publicorum vitiare instrumenta: Cald. Pereira *de emption.* post alios antiquos, *cap. 1. num. 16. vers. at quia*: non enim hanc solemnitatem reputat leuem, sed magni ponderis, quamuis id non tenaciter defendat; imò contrarium magis probat, cùm videatur durum tot instrumenta ex incuria, siue ignorantia Notariorum vitiari, & præiudicari contrahentibus. Quare, verius est non vitiari: Mascard. *1. part. de probation. quæstion. 6. num. 81.*

584 Quinam teneantur conficere Inuentarium? Facile constabit, si dicamus primo loco hæredes teneri; neque de hoc ambigi potest. Coram quo fieri debeat, magis potest dubitari, quando defunctus est Ecclesiasticus, videlicet Episcopus? Cabed. *part. 1. decis. 84.* faciendum esse Inuentarium bonorum à iudice laico: sequitur Ceuallus, *de violentia, 2. part. quæst. 76. num. 13.* Sed verius est fieri à iudice Ecclesiastico, quia Episcopi decedunt intestati, & eorum hæredes regulariter sunt alij, Episcopi, vel Ecclesia, vel Camera Apostolica, quæ omnia sunt Ecclesiastica: atque ita Inuentarium confici debet coram iudice Ecclesiastico: ita in specie, seu in indiuiduo tradit Franciscus Marcus *in decis. Delphinatus, p. 1. decis. 105.* sequitur Marta *de iurisdictione, part. 4. centuria 3. casu 122. num. 16.* quos referens sequitur Illustrissimus Vlyssipunensis Acunha *1. part. decreti, dist. 23. cap. qui Episcopus, num. 9.* & ante illos Petrus Gregor. *de iur. vniuers. part. 3. lib. 46. cap. 3. num. 8.* ex eo fundamento, quia hæreditas dum iacet, repræsentat defunctum Episcopum, & post aditam hæreditatem repræsentat successores Ecclesiasticos; ideò Inuentarium debet fieri per Ecclesiasticos: ita in simili etiam resoluit Gutier. *lib. 2. pract. quæst. 49. num. 5. §. certius casus.* Molin. *tract. 2. disp. 663. tom. 3. de iustit. §. contrarium arbitror, à folio 543. lit. C. D. E.* vbi concludit exemptionem etiam post mortem Ecclesiasticorum pertinere ad bona, quamdiu non transeunt ad laicum; ac proinde si vendantur pro expensis funerum, non est soluenda Gabella, nec pro exoneranda conscientia: ita Lacarte relatus à Molin. *vbi proximè.*

Idem dicendum est de Presbytero defuncto instituente hæredem Clericum, cuius Inuentarium faciendum est per Ecclesiasticum Iudicem; secus si fuerit institutus hæres laicus: tunc enim fiet per Curiam sæcularem, quia bona desinunt esse Ecclesiastica, & sequuntur hæredis conditionem: Guido Papæus *decis. 261.* Petrus Gregor. *supra, num. 8.* Secùs si defunctus instituat hæredem Ecclesiam. Porrò si Clericus relinquat filios minores, siue legitimatos, siue non, confectio Inuentarij pertinet ad Iudicem pupillorum: ita Cabed. *1. p. decis. 81.* vbi refert ita fuisse iudicatum; Petrus Gregor. *vbi supra, d. num. 8.*

585 Secunda dubitatio: à quo tempore incipiat obligatio conficiendi Inuentarium? De iure Lusitano *lib. 1. Ordin. tit. 88. §. 4.* incipit à die obitus, ad mensem; ibi: *Do dia de seu fallecimento ahum mes.* Barbos. *in remissionibus, ibidem.* Valasc. *de partitionib. cap. 8.* Molin. *dict. tract. 2. disp. 218. in princip.* Spino tamen *in suo speculo, gloss. 35. num. 26.* idem tradit dicens inchoandum esse intra triginta dies: & hunc terminum non esse considerandum à die, quo hæres est institutus, sed ab adita hæreditate incipere currere: per Gloss. *in l. fin. C. de iur. deliber.* & *ibi* Scribentes communiter: Gregor. Lopes, *lib. 5. tit. 6. part. 6.* quæ sententia est vera de iure communi; & intelligitur nisi hæres malitiosè differat adire hæreditatem: nam tunc à die obitus testatoris incipit terminus currere: Remota tamen malitia hæredum, dicendum est, probabilius esse obligationem venire à die mortis testatoris, secundùm Gloss. *in Authent. & cum testator, verbo, statutum, Cod. ad leg. falcid.* vbi Corneus *num. 40.* eam defendit. Alijs autem magis placet terminum esse considerandum incœpisse ab eo die, quo hæredes cognouerunt se esse institutos hæredes defuncti: vt habetur *in l. 5. tit. 6. part. 6.* ibi: *y deuen començar à fazer este Inuentario à trinta dias desque supieren que son herederos del finado.*

586 Dubitatio tertia, quando vrgeat obligatio perficiendi Inuentarium? Respondeo intra triginta dies esse incipiendum, & intra sexaginta sequentes perficiendum. Quòd si bona defuncti sunt alibi, quàm vbi cœptum est Inuentarium, datur annus ad complendum illud à morte testatoris computandus: *dict. l. fin. §. sin autem, Cod. de iur. deliber.* est communis: Petrus Gregor. *supra, num. 9.* Spin. *supra, num. 27.* Quod tempus ad perficiendum, ita datum est pro forma, vt nequeat à Iudice alterari, nec minui, nec augeri: Bald. & Salicet. *in l. fin. cit.* Ripal. *2. num. 23. Cod. de rei vendicat.* Morecbeq. *de diuis. bonor. cap. 1. ex numer. 2. ad 6.*

587 Quarta dubitatio: quando est incipiendum Inuenta

Inuentarium à tutoribus, & ab aliis adminiſtratoribus bonorum defuncti? Reſponſio ſit non reperiri à iure ſtatutum terminum ad illud conficiendum, ſed quamprimùm fieri poſſit, eſſe inchoandum, conſtat ex *l. tutores*, & *ibi* Gloſſ. *C. de adminiſtratione tutorum.* Ayora *de partitionib. cap.* 15. *q.* 6. Valaſc. *conſult.* 52. *ex numer.* 5. & *de partitionib. cap.* 8. *ex num.* 13. ſubdens ſi longum tempus dabatur, & Inuentarium non inchoetur, ſed differatur, tutores poſſe remoueri, vt ſuſpectos, & bonis defuncti inutiles; quia dolus contra eos præſumitur, non tamen incurrent in alias pœnas contra non conficientes Inuentarium: Valaſc. *vtrobique locis citatis*, & eſt communis ſententia.

588 Quinta dubitatio: an ſint citandi creditores, & legatarij, vt interſint confectioni Inuentarij? Reſponde affirmatiuè, ſi certi ſint, & poſſint citari perſonaliter: aliàs per proclamationem citentur: text. *in dict. l. fin. in princip.* & *ibi* Gloſſ. *in verbo, cæterorum*, quæ magis communiter recipitur; & placet Alexandro *ibi*: Gregor. Lopez *in dict. l.* 5. *tit.* 6. *part.* 6. *in verbo, el teſtador*, poſt Bald. *in Authent. ſed cùm teſtator. Cod. ad leg. falcid.* niſi aliud in confectione Inuentarij conſuetudo inueterata loci diſponat: Morcheq. *ſupra, num.* 8. Accedunt Petrus Gregor. *d. cap.* 3. *num.* 9. & Spin. *d. gloſſ.* 35. *num.* 19. vbi docent creditores & legatarios, ſi certi ſint, nominatim citandos; aliàs ſi abſint, per præconem proclamationem faciendam.

589 Dubitatio ſexta: quænam priuilegia emergant ea confectione Inuentarij? Primò reſponde Inuentarium Iudicis decreto confectum haberi pro ſe præſumptionem, quòd non ſint plura bona hæreditaria: quòd ſi creditores, & legatarij aliud affirment, probatio illis incumbit: Bartol. & Scribentes *in d. l. fin. §. licentia danda. Cod. de iur. deliber. l. fin. Cod. arbitr. tutel.* Maſcard. *de probation. concluſ.* 939. Secundò, Inuentarium infra terminum inchoatum valet, quamuis poſt terminum res de nouo reperta hæreditaria adiiciatur, quamuis fuerit in termino perfectum: Bartol. *in tractatu Inuentarij*: Bald. *in dict. l. fin.* & *in Authent. ſed cum teſtator, ad leg. falcid. col. vltim.* Quare conficiens Inuentarium debet dicere, quod quidquid poſtea inuentum fuerit de bonis defuncti, & apparuerit, addet; atque ita excuſabitur: Bartol. *in l.* 1. *§. item. ff. de offic. Præfect. vrb.* Bertach. *verbo, Inuentarium hæredis, qualiter fieri debeat, verſ. cautè Inuentario perfecto.*

Tertiò hæres non faciens Inuentarium, tenetur integra legata ſoluere, etiam vltra vires hæreditarias: text. *in Authent. ſed cùm teſtator, C. ad leg. falcid.* Paulus *conſil.* 447. *in princip. lib.* 2. Corneus *conſ.* 303. *num.* 5. *lib.* 1. & *conſ.* 22. *lib.* 2. Quæ ſententia probatur *per l.* 50. *tit.* 6. *partit.* 6. ibi: *Pera pagar complidamente todas las deudas, y las mandas*, quæ vult hæredem non conficientem Inuentarium teneri legatariis, & creditoribus ſatisfacere vltra vires: quod etiam tradit Petrus Gregor. *dict. cap.* 3. *num.* 18. eò quia præſumitur expilata hæreditas: ſecùs ſi conficiatur Inuentarium, tunc enim non tenetur vltra vires hæreditatis creditoribus, & legatariis ſoluere: Molin. *tom.* 1. *tract.* 2. *diſput.* 216. *pag.* 1313. *verſic. primum*: Valaſc. *de partitionib. cap.* 8. *num.* 15. poſt alios.

Quartò, hæres durante tempore conficiendi Inuentarium, non poteſt conueniri, neque à legatariis, neque à creditoribus: *l.* 7. *tit.* 6. *part.* 6. Roder. Suar. *in l. poſt rem iudicatam, ampliat.* 1. Boer. *decis.* 83. Quæ ſententia non procedit quando legatum eſt pium, quia illud ſoluitur non confecto Inuentario: Tiraquell. *de priuileg. pia cauſa, priuileg.* 26. Confecto autem Inuentario quamuis tempus trium menſium non fuerit tranſactum poteſt hæres conueniri iuxta regulam *l. ille*, & *l. à filia, ff. ad Trebellian.* Rebuff. *ad leges Galliæ*, 3. *tom. tit. de appell. art.* 26. Petr. Greg. *ſup. cap.* 3. *num.* 20.

Quintò poteſt detrahere conficiens Inuentarium à legatis falcidiam, ſi ſibi non ſuperſit quarta pars bonorum defuncti: Molin. *d. diſp.* 216. *verſ. ſecundum*, quam partem non deducet non confecto Inuentario: *l. fin. §. ſin autem, C. de iur. deliber.* eò quia præſumit lex, hærede non conficiente Inuentarium, bona fuiſſe ſufficientiſſima ad ſatisfaciendum creditoribus, & legatariis: quod eſt verum, niſi legatarij, ſeu creditores fateantur non fuiſſe alia bona in bonis defuncti: Spin. *in gloſſ.* 35. *num.* 47. *verſ. alia reperitur vtilitas.*

Sextò, confecto Inuentario, quamuis legatariis, aut creditoribus debeatur quantitas certa, & non res determinata in indiuiduo, ſeu in ſpecie, quæ ſit in rebus hæreditariis, ſi pecunia deficiat in hæreditate, nec ſit emptor, qui res hæreditarias ea lege velit emere, vt hæres non teneatur de euictione, poteſt legatarios, & creditores compellere, vt accipiant res ipſas hæreditarias in ſolutum: ita Valaſc. *conſult.* 52. *num.* 39. poſt alios. Molin. *ſupra, verſ. Quartum commodum.* Spin. *d. gloſſ.* 35. *num.* 49. Qui caſus eſt notabilis, in quo repugnante creditore aliud pro alio poteſt ſolui.

Septimò, hæres non poteſt venire contra factum defuncti, tamen confecto Inuentario non perturbatur actio illius, quam habet contra defunctum: quod autem nequeat venire contra; habetur *in l. cum à matre, C. de rei vendicat.* & *in l. filius, C. de liberal. cauſ.* Faciendo autem Inuentarium non confunditur eius actio, & poteſt venire contra: ita Pinel. *in l.* 1. *C. de bonis maternis, p.* 3. *ampliat.* 7. *num.* 81.

Octauo, confecto Inuentario hæres extrahit impenſam funeris, & quod expendit in inſinuatione, ſeu publicatione teſtamenti, nec non in confectione inuentarij, & in reliquis hæreditati neceſſariis: ita vt de reliquo ſolùm teneatur ſatisfacere creditoribus, & legatariis; adeò vt ſi detractis eiuſmodi ſumptibus, & perſoluto ære alieno, de cætero non remaneat ſibi pars quarta ſolutis legatis, poſſit detrahere ab illis ipſam falcidiam, vt modò dictum eſt: Molin. *ſupra, verſ. ſextum.*

Septima dubitatio, an hæredes non conficientes
Inuentarium teneantur in foro conſcientiæ, vltra 590
vires hæreditaris ſatisfacere legatariis, & creditoribus? Pars negans indiſtinctè traditur à Benedict. Ægid. Luſitano *in l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ. p.* 5. *§.* 1. *num.* 5. *verſ. ſolum*, Petr. Greg. *d. lib.* 46. *de iur. vniuerſ. p.* 3. *cap.* 3. *num.* 19. poſt Bald. *ad l. fin. C. de iur. deliber.* Ratio, quia leges, quæ loquuntur de Inuentario, quantumcunque iuſtæ ſint, fundantur tamen in præſumptione; & ideò non obligant in conſcientia quando de rei veritate contrarium conſtat, & in foro interiori veritas præualet, non autem præſumptio: per *caput, à nobis* 2. *de ſentent. excomm.* ita Scribentes *in cap. quæ in Eccleſiarum, de conſtit.* Abbas *in cap. Raynald. num.* 14. *de teſtam.* & *conſ.* 73. *num.* 9. argumento *l. continuus, §. cum ita, de verbor. oblig.* perinde quia de veritate conſtat in foro conſcientiæ, inuentarium non conficientem nihil ſubtraxiſſe de rebus hæreditariis, dicendum eſt nihil teneri in conſcientia vltra vires bonorum reſtituere.

Contrariam ſententiam tuetur P. Molin. *tom.* 1. *de iuſt. diſp.* 217. *concluſ.* 1. *verſ. hac de re*, dicens,

Inuentario non confecto, etiam in foro conscientiæ teneri hæredes creditoribus, vltra vires hæreditatis satisfacere ante sententiam: quoniam dispositio decernens hoc ipsum non fundatur in præsumptione aliqua, nec est dispositio pœnalis; sed nititur in bono publico ad vitandas fraudes, & lites, & ideò obligat in eo foro, eo ipso quod hæres non confecit Inuentarium: quæ dispositio, seu lex, quæ obligat ad conficiendum Inuentarium, est iusta; sed lex iusta obligat in foro conscientiæ sicuti in foro exteriori; vt probat Couarr. *in cap. cum esses, num. 2. de testament.* ergo tenetur hæres vltra vires hæreditatis satisfacere hæredibus, etiam in foro conscientiæ: ita Feder. de Senis *consil.* 21. Spin. *in speculum. gloss.* 35. *num.* 56.

Et quamuis hæc sententia videatur probabilis; prior opinio est multo probabilior: quia fundamentum quod asserit legem iustam obligare in foro conscientiæ, illud procedit quando fundatur in veritate, vbi veritas præualet, & præsumptio eliminatur, sicut & fictio: vnde quando lex nititur in præsumptione, licèt iusta censeatur, non ligat in foro poli, sed in foro fori; si aliter se habeat veritas: *cap. cum nos, de sponsal.* sequitur idem Benedict. Ægid. *supra, dict. num. 5. vers. qua tamen ratio.*

Molina *supra, vers. secunda conclusio:* opinatur hæredem non conficientem Inuentarium non teneri ante latam sententiam legatariis, vltra vires hæreditatis, soluere: post latam tamen sententiam in foro conscientiæ teneri, dummodò sit in culpa quod Inuentarium non fuerit confectum. Nihilominùs indistinctè communis sententia traditur, ac defenditur tam in creditoribus, quam in legatariis, non teneri scilicet hæredem in animæ iudicio vltra vires hæreditatis: esto, non confecerit Inuentarium. Porrò Aretin. *in rubric. de acquirend. hæred. col.* 3. distinctione vsus tradit in foro conscientiæ, Inuentario non confecto, legatariis non teneri, creditoribus autem maximè. Quia te ipsa defunctus tenebatur soluere de suo: at verò legatariis vltra vires hæres non tenebatur olim: vt deducitur *ex l. qua dotis, in fine, ff. solut. matrimon.* Legatariis tamen vltra vires hæreditatis non tenebitur: *l. 1. §. denique, ff. ad Senatusconsultum Trebell.* Atque ita cùm non nisi ea noua illa constitutione sub præsumptionem edita, hæres in solidum teneatur, si veritas in contrarium appareat, in foro animæ non obligabitur: ita Ægid. *supra, num. 6. vers. qua concordia*, vbi liberat hæredem ab onere soluendi tam creditoribus, quàm legatariis quando veritas se habet contra; esto, Inuentarium non confecerit: sequitur Gomez. *in l. 3. Tauri, num.* 121. vbi loquitur de creditoribus, quibus ex quasi contractu hæres tenetur satisfacere in foro externo; tamen in foro interiori excusatur: ergo multo fortiùs excusabitur à legatis soluendis, quæ procedunt ex liberalitate.

Ex dictis infertur hæredem, inuentario non confecto, non teneri etiam creditoribus, & legatariis vltra mensuram bonorum defuncti, ab eisdem confessatam: ita Bald. de legatariis solùm loquens, *in l. filium, quem habentem, col. antepenult. C. familiæ ercifcund.* Paul. *in l. in ratione, §. quod vulgo, ff. ad leg. falcid.* quos refert, & sequitur Iason in creditoribus & legatariis promiscuè *in d. §. & si præfatam, in d. l. fin. C. de iur. deliber. num.* 9. Couarr. *in cap. 1. num. 15. de testam.* in legatariis nominatim id tantum docet, cui accedit Gregor. Lopes *suprà, in dict. verbo, las mandas.* Vnde concludit Ægid. *supra, num.* 7. hæredem in hoc casu non teneri creditoribus, & legatariis qui fatentur defunctum non reliquisse nisi certam quantitatem bonorum: & ideò, supposita tali confessione, non teneri vltra illam. Similiter addit *ibid. n. 9.* creditores, & legatarios conscios omninò de patrimonio, nihil amplius defunctum reliquisse, in foro conscientiæ non posse vltra illud ab hærede exigere; ex eo quod Inuentarium non fecisset: nec posse ad huc se adiuuare auxilio legis id decernentis. Quinimo, si voluerint vti Iustiniani constitutione, tenebuntur restituere accepta, quia nititur præsumptione, quæ in foro interiori, non habet locum; sed veritas. Ægid. *vbi proximè*: vbi addit tam legatarios, quam creditores peccare, si retineant: Mortheq. *supra, num. 14. & 15.* post alios *ibi.*

Octaua dubitatio; si Ecclesia sit hæres, an teneatur vltra vires bonorum, non confecto Inuentario? 591
Couarr. *in d. cap. 1. num. 14. de testam.* pro vtraque parte rem disputat, & inclinat in partem affirmatiuam, dicens teneri Ecclesiam vltra vires bonorum, sicut reliqui hæredes ad id tenentur: sequitur Menes. *l. 1. num. 80. C. de iuris & fact. ignor.*

Contrarium est verius: Bald. *in Authent. sicut alioquin, C. de sacros. Eccles.* dicens non teneri vltra vires patrimonij relicti; etiamsi adeat hæreditatem sine beneficio legis, & Inuentarij. Bertach. *in repert. verbo, Ecclesia, num.* 110. post Bald. *in d. l. fin. col. 5. in princip. C. de iur. deliber.* vbi vult idem dicendum in pauperibus institutis, & in clericis contemplatione Ecclesiæ, vt scilicet non teneantur ad onera vltra vires; quamuis adeant, inuentario non confecto: Bartol. idem tradit de Ecclesiis, & Ecclesiasticis personis, *in d. l. fin. §. fin. C. de iur. de deliber.* Abbas *in cap. 1. de solut.* Quam partem magis probat Ægid. *p. 5. §. 1. num.* 28. vbi decidit Ecclesiam hæredem non teneri creditoribus, & legatariis vltra vires, non facto inuentario, imò falcidiam ex legatis posse retinere.

Nona dubitatio, vtrùm testator possit remittere 592
hæredi confectionem Inuentarij; anceps est: responsio sit posse in præiudicium legatariorum: ita Oroscius *in l. 1. n. 77. de officio Præfecti vrbis.* Couar. *in d. cap. 1. de testamentis, num.* 17. quamuis Menchac. *de success. creat. §. 10. n. 69.* neget. Sed fallitur: ita P. Molin. *de iustit. disp.* 219. *in princip.* vbi tradit non posse testatorem hæredi remittere confectionem inuentarij comparatione creditorum: quòd si remittat, remissio est nulla; & in foro externo tenetur hæres vltra vires bonorum, si inuentarium non conficiat; nam suis creditoribus testator non potest nocere, nec facere eorum causam deteriorem: secùs respectu legatariorum, & fideicommissariorum vniuersalium: quia tunc integrum est illi facere remissioné conficiendi inuétarium; nec tenebitur soluere legata vltra quantitatem patrimonij defuncti: Iul. Clar. *lib. 3. sentent. §. testam. q.* 66. Mol. *de prim. lib. 1. c. 28. n. 14.* eò quia legatariis liberaliter bona sua relinquit; & ideò nulla irrogatur iniuria eisdem, quòd remittatur obligatio conficiendi inuentarium hæredi: Molina *tom. 1. disputat.* 219. *pag.* 1348. *& seq.*

Decima dubitatio circa tutorem? In qua certi 593
iuris est posse testatorem remittere confectionem inuentarij, per *l. vltimam, C. arbitrium tutelæ.* Bart. & Scribentes *in l. nemo potest, de legat. 1.* Gloss. *in l. tutores, C. de administr. tut.* Cynus *in d. l. fin. de iur. deliberandi*: Valasc. *consult.* 52. *num.* 33. ex Bald. *l. cum tale, §. Titius, ff. de condit. & demonstr.*

Nihilominùs si Iudici videatur expedire inuentarium pupillo, non obstante remissione testatoris, poterit tutorem cogere vt conficiat inuentarium: Bartol. & ibi Crotus *col. 19. in d. l. nemo potest.* Se-

gu

gura *in l. si ex legati causa, numer. 12. ff. de verbor. obligationib.* puta si oriatur noua causa suspicionis sinistræ post testamentum contra tutorem, seu curatorem. quia tutori, & curatori incumbit cura pupilli circa corpus, & vitam minoris, idcircò tenetur consulere non solùm saluti corporis, sed etiam bonis: secundùm *l. consilio, de curatore furiosi, & in princip. Institut. de tutel.* ac proinde ad Iudicem spectat emendare testatoris errorem: quinimo Iudex poterit ex causa remittere cõfectionem inuentarij, si id expediat pupillo; videlicet si magis vtile sit quod eius facultates non cognoscantur: ita Abbas *in c. ex p. 2. de appellat.* Gloss. *in d. l. tutores.* Bertach. *in repertor. verbo, inuentarium, n. 20. vers. inuentarium debet fieri per tutorem*: Spin. *d. gloss. 35. n. 11.* Morquech. *d. c. 1. n. 47.*

594 Vndecima dubitatio quærit; an vltra hæredem, qui sint obligati ad conficiendum inuentarium? Responsio sit, filium teneri conficere, sicut quilibet alius hæres extraneus: tamen non amittet filius, non confecto inuentario, legitimam: Gloss. *in §. si vero non fecerit, in Authentic. de hæred. & falcid.* Guid. Papæus *decis. 54.* Alex. *in d. l. fin. §. penult. C. de iur. deliber.* Spin. *supra, n. 6. & 7.* Tenebitur tamen debita patris integra de suis bonis soluere: Bartol. *in dict. §. si vero non fecerit*: quæ omnia procedunt, nisi legatarij, & creditores fateantur non reliquisse patrem, nisi tantùm ea bona quæ hæredes affirmant: Baldus, *in leg. filium, col. penult. C. famil. ercisc.* Morcheq. *de diuis. bonor. lib. 1. c. 1. n. 12. & seqq.* Quinimò non conficiens inuentarium non perdit Trebellianicam secundùm magis communem opinionem; quamuis contraria sit etiam communis, quòd filius Trebellianicam amittat: Morquech. *de diuis. bonor. c. 1. ex n. 10.* post Deciom *cons. 235. n. 10. 11. & 12. & in cons. 480. n. 15. & 16.* Grog. Lopes *l. 10. in gloss. fin. tit. 6. p. 6.* Gratus *cons. 12. & 21. & 77. lib. 2.* Spin. *gloss. 35. n. 9.* vbi ponit *commun. contra commun.* concluditque veriorem illam, quæ tradit filium priuari Trebellianica post Sarmient. *Select. lib. 2. c. 7. n. 8.*

595 Duodecima dubitatio; an Fiscus teneatur facere inuentarium? Respondent negatiuè, Bart. *in l. 1. §. an bona, ff. de iure Fisci*: Et est communis. Quod intelligitur quando bona veniunt ad Fiscum propter aliquod delictum, quia tunc Fiscus non succedit indigno tamquam hæres, sed succedit causa vindictæ: per text. *in l. non solum, §. fin. de in integrum restitutione*, & ideò non est onus Fisco conficiendi inuentarium. Contra verò si fiscus instituatur hæres, tenebitur conficere: ita Bart. *in Authent. de hæred. & falcid. §. penult.* Spin. *supra, n. 18.* quando verò succedit Fiscus in bonis vacantibus, non dicitur succedere tamquam hæres: *l. 4. §. eadem constitutio ff. de fideicommiss. libertatib. l. 1. §. an bona, de iure fisci*: ac proinde non tenetur conficere Inuentarium, quia non tenetur supra vires: sic Petr. Gregor. *d. cap. 3. n. 13. per l. non possunt, de iure fisci.* Guid. *de forma Inuentarij, n. 13.* & Franciscus de Porcellin. *eodem tract. cap. 2. num. 26.*

596 Decima tertia dubitatio: de patre legitimo administratore bonorũ filij: Ordin. Lusit. *lib. 1. tit. 87. de Iudice orphanorum*, circa patrem disponit teneri facere inuentarium: ita *ibi* Manuel. Barbos. *ad §. 6. n. 3.* post Pinell. *in l. 1. C. de bonis maternis, p. 2. n. 23.* Mendez de Castro *in l. cum oportet, p. 2. n. 121. C. de bonis quæ liberis.* P. Molin. *de iust. tract. 2. disp. 219. vers. hinc melius*: Quare de iure nostro certum est.

Eo autem remoto controuertitur, & pro parte negatiua; Azebed. *in l. 4. tit. 1. lib. 5. non. recopil. n. 51.* Mantiens. *in l. 2. tit. 1. eodem lib. gloss. 2. num. 10.* volunt hanc partem esse veram, quam sequitur Anut. Gail. *pract. lib. 2. obseruat. 145. n. 13. & obseruat. 72. n. 15. & 16.* quod apud Gallos ita obseruari docet Rupellanos *in Enchirid. iur. Gallia, pag. 365.* Et esse verius tenet Mynsinger. *singular. obseruat. centur. 2. obseruat. 93.* Ratio; quia lex de patre erga filios multùm confidit, & præsumit patrem magis diligere filios quàm se ipsum, & semper suscipere bonum consilium pro filiis; vt multis probant Tiraquel. *in præfat. l. si vnquam, C. de reuocand. donat. n. 25.* Mascard. *de probat. tom. 2. conclus. 1154.* & Menoch. *cons. 145. n. 50.* Ideò hoc onus ei remittunt: quibus accedunt Bursat. *in cons. 133. n. 54. & 55. lib. 1.* & Iacob. Mandellus de Alba *in cons. 125. n. 12. lib. 1. & cons. 286. n. 17. lib. 2.*

Contraria sententia docens teneri patrem legitimum administratorẽ conficere inuentariũ de bonis filij, & ad illud compelli posse, censetur verior: ita Pinel. *supra l. 1. p. 2. n. 23. C. de bonis maternis.* Garcia *de expens. c. 11. n. 65.* Caualcan. *de vsufruct. mulier. relict. n. 155.* vbi postquam probat Pinelli opinionem, sic loquitur: *Quod mihi placet maximè officio Iudicis, si Iudici videbitur esse vtile, & redundare in vtilitatem filij: neque est dubium hoc esse vtile; præsertim quando subest suspicio alicuius alienationis, aut dissipationis.*

Mihi tamẽ non videtur esse abs re; si loco inuẽtarij fiat saltem descriptio bonorum omnium, quæ inueniuntur post mortem vxoris, & matris illorum; posito quòd inuentarium solemne conficere non debeat pater: quia id filiis poterit maximè prodesse, ne bona aliqua occultentur, aut minuantur: ita Molin. *de primog. lib. 1. c. 15. n. 34.* Cald. Pereir. *in l. si curatorem habens verbo, læsis, n. 144. vers. ex quibus cum Speculatore*, quæ resolutio tãquam verior placet Baeçæ *de decima tutori præstanda, cap. 4. n. 6. in fin.* sequens Mynsinger. *d. obseruat. 93. n. 3.* vbi notat descriptionem bonorum filij, posse fieri per publicum Notarium coram patre, & filiis, & duobus amicis, & hoc effici posse pro iuris, & bonorum conseruatione. Idem probat Rolandus *de confectione inuentarij, quæst. inuentarium tutoris, fol. 144. & q. postquam visum est supra, fol. 94.* & clariùs *quæst. 26. num. 3. ad fin. fol. 33.* subdens quòd quamuis videatur, quòd pater non teneatur conficere inuentarium de bonis filij, posse tamen cogi vt describantur bona, & de descriptione conficiatur publicum instrumentum: argumento *l. 1. §. rectè, ff. de vsufruct.* vt eo modo defuncto patre, seu auo facilis sit probatio: atque ita teneri patrem in conscientia facere hanc descriptionem de bonis filij, vt constet post mortem illius, quæ fuerint bona: sic concludit P. Molin. *de iust. tract. 2. disp. 219. ante finem.*

Quæstionis est, an pater transeundo ad secundas nuptias teneatur facere inuentarium, ac satisdare? Pinel. *2. p. l. 1. C. de bon. mater. n. 75. vers. ampliatur nonò*: affirmat teneri conficere, & cauere de vtendo & fruendo arbitrio boni viri, & conseruandis, ac restituendis bonis, per text. *in l. hac edictali, §. his illud, Cod. de secundis nuptiis*: Nihilominùs Pinell. loquitur minus distinctè, & subobscurè. Azebedus autem *in leg. 4. tit. 3. libr. 5. nouæ collectionis Regiæ, à numer. 48.* hac de re loquitur & contrariam sequitur opinionem; dicens, patrem ad secunda vota migrantem non teneri satisdationem exhibere, nec inuentarium conficere; quam partem esse communem affirmat cum Ioanne, Nicol. *in l. generaliter, numer. 163. Cod. de secundis nuptiis.* Villalobos, *in Ærario commun. opinion. lit. B. numer. 47.* quod procedit in bonis immobilibus,

mobilibus, in qoibus pater est immonis à prædictis onetibus. Quare etiamsi non teneatur inuentarium conficere, nec satisdare: potest tamen ad petitiooem filiorum a Iudice, ex officio compelli ad describenda bona etiam immobilia, vt post mortem constet de bonis relictis, siue sint aduentitia, siue non, ex priori matrimonio, quæ reseruanda erant. Ex ea ratione, quia qui satisdationem exigere non potest, descriptionem petere potest. Accedit Morcheq. *d. cap.* 1. *numer.* 61. dicens absolutè patrem habentem vsumfructum in bonis aduentitiis filiorum, non teneri iouentarium cooficere, cùm sit legitimus administrator in bonis filij, cum libera administratione; vt etiam constat *in l. cùm non solùm §. sed patri,* & *ibi* Scribentes, & *in l. cum oportet, §. non autem hypothecam, C. de bon. qua liber.* vbi loquitur de filiis in potestate patris existentibus, quorum est legitimus administrator. nam ex legis dispositione filij emancipati est tutor: *l. si superstite, C. de dolo, §. 1. Instit. de legitima parentum tutela, §. 1. de fiduciaria tutela, l.* 10. *tit.* 16. *part.* 6.

Cæterùm de bonis mobilibus reseruandis filiis prioris matrimonij, si parer transeat ad secundas nuptias, prædictam cautionem & satisdationem præstare debet vltra descriptionem bonorum: ad quæ omnia mater etiam tenetur: per *l. hac edictali, §. his illud, Cod. de secund. nupt.* Ideò quoad bona mobilia maritus, & vxor secundò nubentes sunt æquales: ità Azebed. *in d. l.* 4. *titul.* 1. *lib.* 5. *numer.* 51. Quatenùs vult booorum mobilium descriptionem memoriam, & æstimationem fieri debere, vt in futurum sciatur quæ bona remanseruot, & quem valorem habuerunt: sequitur Gomez. *in l.* 15. *Tauri, numer.* 5. *in princip.* vbi loquitur etiam de matre alienante ea booa, quæ erant reseruanda; vtrùm per transitum ad secunda vota amittat eo ipso illa, & an filij prioris matrimonij viuente matre possint ea consequi? Et quamuis ipsa sit vsufructuaria, & videatur, quòd illa amittat, dicendum est; alienationem à matre factam, si fiat, esse validam, non tamen reuocari viuente matre, sed post mortem illius: ratio, quia filij prioris matrimonij possunt emori ea adhuc superstite, & nihil venire ex bonis ad filios: textus *in Authentic. de non eligendo secundò nubentes, hoc autem, collation.* 1. & *ibi* Bartol. & Angel.

597 Ambigi potest an omnes, qui rationem tenentur reddere, inuentarium conficere teneantur? Placet affirmare, vt colligitur ex *l. Tutor, qui repertorium, ff. de administratione tutorum,* per Bartol. *ibi:* & *ex l. cum tale, §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Plotus *de in litem iurando, §. 4. n.* 85. Quesad. *diuersar. quæst. iuris, c.* 11. *num.* 11. *vers. & valet argumentum.*

598 Decima quarta dubitatio: an Maioratus possessor, teneatur conficere iouentarium? Respondetur teneri ex resolutione præcedenti, si quidem non solùm primos, sed etiam sequentes possessores ad id tenentur; quia ratiooem reddere tenentur: Peralta *in l.* 3. *§. qui fideicommissam, num.* 45. *ff. de hered. institu.* qui probat, quod est verum; quamuis Menchac. *de success. creat. libr.* 1. *§.* 6. *numer.* 46. hoc affirmet pleno ore; tamen si Maioratus possessor nolit solenne inueotarium conficere, poterit contra illum sequenti successori deferri iuramentum in litem, vt tradit Peralta *d. num.* 45.

599 Ex hac decisione sequitur teneri inoentarium conficere vniuersalem fideicommissarium, quando hæres illud prætermisit: eò quia loco hæredis habetur; atque ita inuentario non confecto, tenetur satisfacere integrè non solùm creditoribus, sed etiam legatis, & fideicommissis: Bartol. *in l. in ratione, §. quod vulgo ff. ad leg. Falcid. num.* 10. Iason *in l.* 1. *§. si is qui quadringenta, ff. ad Trebell. num* 6. secùs de fideicommissario rei particularis; nam is inuentarium conficere non tenetur: eò quia ipse non est hæres, neque loco hæredis habetur: *d. §. quod vulgo,* & *§. si is qui quadringenta.*

Decima quinta dubitatio: vtrùm hæres inuentario confecto possit soluere creditoribus, & legatariis, prout quilibet illorum priùs venerit? Responsio est affirmatiua, quamuis nihil reseruet aliis creditoribus: Nec possunt conqueri, quare non sibi seruatum est aliquid ex quo solutio sibi fieret: Valasc. *consult.* 52. *num.* 38. post alios Francisc. de Porcellin. *de inuentario, quæst.* 7. *cap* 4. *num.* 2. vbi concludit posse hæredem confecto inuentario satisfacere integrè primò venientibus, nec postea venientes posse inquietare hæredem: olim namque bene poterat imputari hæredi, quòd non recepisset satisdationem: *l. dolo, ff. ad leg. Falcid.* quasi dolo videretur ibi versatus, vt in *toto titulo, si cui plus quam per leg. falcid.* Et vult Gloss. etiam *in d. l. fin. §. & si præfatam, Cod. de iur. deliber.* quæ incipit, *Si putauit.* Quòd si hæres cognoscebat, & intelligebat alios subesse, poterat ei imputari: sed si nesciebat; non poterat, nec potest hodie imputari: quamuis olim posset. Accedit Petr. Gregor. *de iur. vniuers. lib.* 46. *cap.* 3. *num.* 17. concludens posse noo accepta cautione de restituendo vt pro rata aliis contribuant, nisi sciret hæres alios esse legatarios, & debitores, & ita malitiose alios aliis ex integro hæres prætulerit, vt olim: facit *l.* 1. *ff. si cui plus quam, per leg. falcid.* Castrens. *ad d. §. & si præfatam, l. fin. C. de iur. deliber.* 600

Excipitor vsurarij hæres, qui non gaudet hoc beneficio, vt tenet Archid. *in cap. non sane,* 14. *quæst.* 5. dicens, hæredem vsurarij qui canit de restituendis vsuris, quamuis inuentarium confecerit non posse oec debere soluere primis venientibus, nisi cautione recepta de restituendo; quoniam scit, vel scire tenetur alios creditores subesse, & consequenter censeri esse in dolo: sequitur Gaspar. Rodericus *de annuis reditib. lib.* 2. *quæst.* 20. *num.* 3. argumento text. *in l. si ventri, §. in bonis. ff. de priuileg. creditor.* cuius sunt verba, quæ sequuntur ibi: *sed enim qui depositis nummis vsuras a mensulariis acceperant, à cæteris creditoribus non separantur: l. si hominem, §. fin. ff. depositi: ibi,* solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerint, non quas fænori apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant: ex quo probatur creditorem vsurarium non habere aliquod priuilegium: ita tenet Bartol. *in l. quod quis, ff. de priuileg. creditor.* & sequitor Ripa *in d. l. si ventri, §. in bonis, num.* 9. *& in l.* 1. *num.* 7. *ff. in quibus causis pignus tacitè contrahitur.* Ex quibus constat creditorem vsorariom non gaudere beneficio prælationis, nec posse præferri prioribus creditoribus. 601

Dubitatio decima sexta; circa ea bona describeoda in inuentario. Dicendum est, Inuentarium plenom fieri de rebus omnibus hæreditariis tam mobilibus, quàm immobilibus, quæ ad hæreditatem pertinent quæque petitione hæreditatis peti possunt; quia necessariò reponenda sunt, oe occultetur hæreditas defuncti: ita Glossa & Scribentes *in l. vltim. in princip. Cod. de iur. deliber.* Rolaodus *in tractat. de inuentario,* 602

pag.

pagin. 75. *§. de forma.* Phanucius *eodem tractat. part.* 3. *numer.* 33. Alexand. *in consil.* 91. *num.* 13. *libr.* 1. extendens obligationem ad bona Emphyteutica, esse nimirum etiam describenda: & de feudo Iacobin. *in inuestit. feudal. in verbo, & cum pacto*; dicens, quando feudum est hæreditarium comprehendi in petitione hæreditatis; & ideò de feudo hæreditario idem esse iudicandum, quod de aliis rebus, ac bonis hæreditariis: ex quo sequitur feudum hæreditarium esse describendum in inuentario, sicuti alia bona.

603 Adde esse scribendas res depositas apud defunctum, & commodatas, aut in pignus datas: Phanucius *supra, dicta part.* 3. *numer.* 33. Spin. *d. gloss.* 35. quia pro his rebus tanquam pro hæreditariis agi potest petitione hæreditatis, *ibi: numer.* 33. *per Authentic. de hered. & Falcid. vers. si vero*, vbi habetur huiusmodi res esse de hæreditate; nec non fructus, & accessiones, quæ augent ipsam hæreditatem ideóque debent scribi: *l. qui in bonis, §. fructus, ad leg. falcid.* Denique maritus absens, in patriam si redeat, tenetur scribere bona; quæ ante, vel post mortem vxoris, quam ignorabat, acquisiuit; etiam proprio labore, & industria: Valasc. post alios *de partitionib. c.* 8. *n.* 55. & 56.

604 Dubitatio decima septima: an æstimatio rerum ipsarum sit scribenda? Bartol. *in leg. fin. ff. de Magistratib. conueniend.* tenet esse describendam, & valorem exprimendum in inuentario: per textus *in Authentic. si omnes, Cod. si minor se ab hæreditate abstinuerit*: idem vult Salicet. *in l. fin. Cod. de iur. deliber.* & ita intelligit textum illum *in vers. quantitatem*, vt ad valorem rei, & ad æstimationem sit referendus: sequitur Duarenus, *libro disputationum, capit.* 7. post plures apud Pinellus *in rubric. de rescindend.* 1. *part. cap.* 3. *numer.* 7. & refert Othomanus *de verbis iuris, verbo, quantitas*: quibus accedit Gregorius Lopes *in l.* 10. *tit.* 6. *p.* 6. *gloss.* 10. cùm sit graue periculum, si non exprimatur æstimatio, & valor rerum in inuentario.

Contraria sententia censetur verior, & in praxi magis recepta, non esse scribendum valorem, nec æstimationem ipsarum rerum: prout innuit Gloss. *super dicto verbo, quantitatem*; & *ibi* Corneus *numer.* 37. referens verbum illud ad numerum potiùs rerum, quàm ad valorem: quam significationem amplectitur Spin. *in dict. gloss.* 35. *numer.* 38. Et probatur *ex leg. Paulus, la* 2. *leg. præses in fine, de re iudicata*: concordat Robert. *libr.* 3. *sentent. cap.* 6. Cuiacius, *l.* 47. *ff. de verbor. significat.* consonat *l.* 99. & 100. *titul.* 18. *part.* 6. ibi: *Diziendo señaladamente quantos son*; & *infra, dict. leg.* 10. *Nombrando todas estas cosas, quantas son, y quales*: Eò quia nunquam solet describi ab hærede valor rerum, quia facilè decipitur, & ignorabit valorem; & ideò dicto illius non statur: sed æstimatorum ad hoc deputatorum: Valasc. *tom.* 1. *consult.* 52. *num.* 23. & *de partitionib. cap.* 8. *num* 9.

Æstimatores tamen debent esse periti & electi ab Officialibus ciuitatum, & oppidorum, & vbi non fuerint deputati de publico, debent nominari à Iudice, considerato iure communi antiquo; aut à partibus, attento iure nouissimo; vnusquisque suum æstimatorem nominabit: *leg. hac edictali §. his illud adiungimus, Cod. de secund. nupt.* ibi: *iusto pretio æstimatione habita per eos, quos vtraque pars elegerit arbitros iudicaturos, interposito sacramento.* Idem Valasc. *cap.* 9. *numer.* 2. *ad finem.* Ordination. Lusitan. *libr.* 3. *titul.* 17. Morquech. *de diuis. bonor. cap.* 4. *numer.* 1. vbi hac de re plenè, dicens, futuros esse peritos, ac probos, & omni exceptione maiores; tenerique iurare se facturos æstimationem rerum ex bono, & æquo: secundùm *dict. l. hac edictali.* Alexand. *in l. pretia rerum, num.* 6. *vers. prabenda, ff. ad leg. Falcid.*

Decima octaua dubitatio: an instrumenta, per quæ debitores conueniri possunt, sint scribenda in inuentario, & an meliorationes factæ in Maioratu, & Emphyteusi? Quoad instrumenta affirmat Franciscus de Porcellin. *de inuentario, quæst.* 3. & *sequentib.* ideò si reperiantur scripturæ per quas constet deberi pupillo, seu defuncto aliquid, debent reponi in inuentario: Secùs si non constet, quia inuentarium dicitur de rebus repertis in pupilli, seu defuncti bonis; atque ita quod inuenitur, dicitur quod manibus apprehendi potest: *Institut. de rerum diuis. §. item lapillo, Cod. de fideicommiss.* & notatur in *leg. licet. Cod. de acquirend. possess.* Quare si talia debita non inueniantur, nec manibus tangi possint, nec de illis constet per scripturam, non sunt scribenda: secùs quando illa continent nomina debitorum, tunc debent scribi: per textum *in l. chirographus, ff. de administrat. tutor.* sequitur Speculator *de instrumentor. edition. §. dicto.* Quoad secundam partem, non est dubium esse scribendas meliorationes tam in Maioratu, quam in Emphyteusi adauctas; cùm augeant Maioratum, & Emphyteusim; vt supra dictum est. Sed Barbos. negat, *in remiss. lib.* 1. *Ordin. tit.* 87. *§.* 8. *num.* 7. 605

Decima nona; an creditores succedentes debitori non conficientes inuentarium perdant quod sibi debitum erat? Affirmat Franciscus de Porcellin. *supra, cap.* 5. *numer.* 25. per *leg. in imponenda*, & *ibi* Scribentes, *Cod. ad leg. Falcid.* Et est text. à contrario sensu *in l. fin. §. in computatione, Cod. de iur. deliber.* Nec obstat filium non amittere legitimam non confecto inuentario, quia non est eadem ratio in filio, quæ est in creditore, quia patre viuente non debetur filio legitima, neque contra patrem agere potest aliqua actione ciuili, vel prætoria, quemadmodum creditor: per *l.* 1. *§. sed an impubere, ff. de collation. bonor.* atque ita cum post mortem patris debeatur legitima, ex eo tempore competit filio ius, & idem actus non debet operari diuersos effectus, scilicet, quòd debeatur, & statim quod debetur, confundatur: secùs in creditoribus succedentibus debitori, qui non confecto inuentario censentur malitiosè omittere aliqua bona, & ideo sibi debita amittunt. 606

Vigesima dubitatio circa tempus concessum hæredi ad deliberandum, an sibi expediat adire hæreditatem, aut illam repudiare: Dicendum est, secundùm *l. cum antiquioribus, Cod. de iur. deliber.* integrum esse omnibus hæredibus, tam descendentibus, quàm extraneis cogitare per annum computandum à die, quâ nouerint hæreditatem aliquam ad se pertinere; quid sibi faciendum. Quod si intra hoc tempus decedant hæreditate nondum adita, neque repudiata, conceditur vt ipsa transmittatur ad quoscunque hæredes succedentes: ita Molin. *tom.* 1. *de iustit. disp.* 180. *vers.* 607
quoad tertium, Hæc autem temporis petitio ad deliberandum olim concedebatur hæredibus, hisce verò temporibus censetur suspecta, & in detrimentum tam creditorum 608

creditorum, quàm legatariorum, cùm moueatur, & retardet partitiones fieri contra dispositionem legum nostrarum; eò quia facilè eludunt malitiosa hæredum mora, si dicatur, quod accipiant hæreditatem cum beneficio inuentarij.

Insuper tempus centum dierum; de quo *in l. 2. ff. de iur. deliber.* non potest constringi, nec coarctari, nisi ex iusta causa: Valasc. *de partitionib. c. 7. ex num. 30. ad num. 34. cum sequent.* idem Molin. *disput. 180. ad fin.* Bartolus tamen *in l. si quis instituatur hæres, 9. 1. ff. de hæred. instit.* testatur communem, & receptiorem, non posse coarctari tempus centum dierum: quod etiam vult idem Valasc. *d. num. 34. supra*: non tamen negandum est posse coarctari ex iusta causa: & apud nos iustam causam esse, ne differantur partitiones tandiù, & vt creditoribus soluatur suum. Vnde non desunt etiam qui sine causa posse arctari illos centum dies existimant: vt dicitur apud Menoch. *de arbitrariis, centur. 1. casu .. n 12.* quod non probatur communiter, semper enim requiritur causa iusta coarctandi; saltem vt creditoribus eat satisfactum: idem Menoch. *num. 9.*

Obseruandum etiam est olim tempus deliberandi à Prætore peti, secundùm negotiorum necessitatem, vel longius, vel breuius, ipsorum centum dierum nec minus: vt constat *ex l. 1. §. penult. & fin. ff. de iur. deliber.* per hæc verba, ibi: *Si tempus ad deliberandum petet, dabo*: Quia autem non adijciebatur dies, sine dubio Vlpian. *in d. l. 1. § fin. & l. in venditione, §. de tempore*, ostendit esse in potestate ius dicentis, quem diem præstituat. Item nonnunquam semel, nonnunquam sæpiùs diem ad deliberandum dadum esse, tradit Petr. Gregor. *d. lib. 46. de iur. vniuers. c. 2. n. 8.* Dùmmodò persuaderetur prætori tempus primum concessum ad liberandum non satis esse, sed hoc impetrari non debebatur, nisi magna ex causa *per l. 4. de iur. deliber.*

Ius autem Codicis secundùm *l. fin. § sed quia, C. eod.* sanciuit peti posse tempus deliberandi à Principe annum, & à Magistratibus nouimestre, hoc est nouem menses; & si adderetur aliquid amplius excessus erat irritus: Petr. Greg. *supra*: vbi dicit deliberandi tempus vocari à libella, qua quid perpenditur, ex Sexto Pompeio Festo *lib. 4. de verbor. signific.* nam sicut per libellam, seu libram, res ad certum pondus reuocantur, sic etiam diligenti consultatione, res, quæ sunt in dubio ad certitudinem quandam deducuntur; num expediens sit hæredibus adire hæreditatem, vel repudiare illam.

Obseruandum etiam est, quando hæres tempus postulat ad deliberandum, & obtinet, non tamen intra illud tempus expressè hæreditatem repudiat, censeri illam adiisse: insuper siue tacitè, siue expressè hæreditatem intra illud tempus adierit, statim, vt si inuentarium fecerit, teneri creditoribus etiam vltra vires hæreditarias soluere debita, posse tamen à legatis deducere Quartam Falcidiæ, si ipsi, toto ære alieno detracto, de reliquo non superfit quarta pars legatis integrè solutis: & ob eandē rationem, si detracto toto ære alieno nihil omninò superfit, legatariis nihil debebit soluere. Nihilominus si inuentariú non fiat, tenebitur soluere non solùm debita, sed etiam integra legata: neque conceditur posse deducere Falcidiam à legatis: contra verò si repudiet intra tempus deliberandi hæreditatem, non confecto antea inuentario; si forte res occupauerit, tenebitur illas restituere vel creditoribus, si non reperiatur, qui velit esse hæres. Molin. *de instit. disp. 180. §. quoad tertium, & 216. ad fin.*

LIBER SEXTVS.

De obligationibus parentum circa materiam Emphyteusis, tam liberæ nominationis, quàm de pacto & prouidentia; nec non Emphyteusis hæreditariæ.

DISPVTATIO IX.

Consequens est dicere de obligatione nominandi filios ad Emphyteusim, quàm parentes possunt facere, & tenentur interdum, tam in vita, seu contractu, quàm in vltima voluntate. Sed quia res, & materia est ampla, & multas in se continet difficultates, operæ pretium erit pauca præfari, & breuiter dicere; Quid sit Emphyteusis, & quomodò differat à cæteris contractibus tam emptionis & venditionis, quàm à locatione & conductione, antequam in specie ad difficultates huius materiæ descendamus.

§. I.

§. I.

Quid sit emphyteusis, & quomodò differat à contractibus emptionis venditionis, & locationis conductionis.

EPITOME.

1 *Emphyteusis definitio.*
2 *Locatio simplex differt ab emphyteusi.*
3 *Locatio ad longum tempus dominium transfert vtile.*
4 *Locatio ad longum tempus assimilatur emphyteusi.*
5 *Quæ dicatur locatio ad longum tempus.*
6 *Emphyteusis differt ab emptione, & venditione.*
7 *Emphyteusis est contractus nominatus, & stricti iuris, non bonæ fidei.*
8 *Quinam sint contractus bonæ fidei.*
9 *Emphyteusis differt ab emptione venditione, & locatione simplici.*
10 *Emphyteusis differt à censu.*
11 *In dubio an sit Emphyteusis, an censuarius contractus?*
12 *Si pro fundo soluatur annua pensio vniformis singulis annis, dicitur emphyteusis: sed melius dicitur esse census. ibidem.*
13 *Quomodo possideat Emphyteuta, & Censuarius.*
14 *Si apponatur Clausula, quòd censuaria pensione non soluta, cadat in commissum, valebit.*
15 *Seclusa illa clausula, esto, addat iuramentum, non cadet in commissum.*
16 *An in Emphyteusi requiratur scriptura de substantia.*

1 EMPHYTEVSIS est concessio rei immobilis cum translatione dominij vtilis, reseruato directo penes proprietarium, sub annua pensione reali, statutis temporibus proprietario soluenda in dominij recognitionem; siue concessio fiat in perpetuum, siue ad vnam, aut tres generationes. Per verbum, *rei immobilis*, constat non posse fieri Emphyteusim super re mobili, imò nec super his, quæ cum immobilibus computantur, nempe super annuis redditibus etiam perpetuis, & super iuribus, & actionibus, quæ competunt ad res immobiles: sic Valasc. *de iur. emphyt. 1. p. q. 12. n. 10. §. quod si dixeris, fol. 55. col. 3.* Molin. *tom. 2. de iust. disp. 445.* Less. *lib. 2. de iustit. c. 24. dub. 1. n. 4.* vbi ait emphyteusim solùm posse constitui in re immobili, quæ cultura potest reddi melior: cùm ergo in rebus mobilibus non detur cultura, neque melioratio non potest in illis constitui: Valasc. *q. 11. de iur. Emphyt. n. 11. ad fin.* Less. *citat. n. 4.* Rebel. *lib. 13. de emphyt. q. 1. n. 4.* vbi tradunt suapte natura rem tradi in emphyteusim, vt & conseruetur, & vt per culturam magis, ac magis accrescat: & probatur ex ipso nomine *Emphyteusis*, quod deriuatur à verbo Græco ἐμφυτεύειν secundùm Alciatum quod inserere, ac implantare seu germina defigere significat: vnde Emphyteusis dicitur implantatio. Quòd si quis dicat emphyteusim nomen accipere ab Emponemate, quod idem est atque melioratio; non valdè discrepat ab Alciato: quia ideò traditur res emphyteutica, vt per culturam melior reddatur.

Additur, *cum translatione dominij vtilis*. Per quæ verba Emphyteusis differt à locatione simplici, quæ non transfert dominium vtile: *l. cum manu sata, §. fin. ff. de contrah. emption. l. non solet, ff. locati.* Emphyteusis verò transfert dominium vtile, *l. 1. & 2. ff. si ager vectigalis.* Item locatio est contractus, quo res mobilis, vel immobilis, seu persona statuto pretio ad vsum, vel fructum alicui conceditur; cùm bos, & equus, seù domus, ad vsum, & agri, seu pascua, & arbores ad fructum soleant locari: Emphytheusis verò esse nequit, nisi de re immobili, vt patet *ex l. 2. C. de iur. emphyt.* ibi: *à prædiis emphyteuticariis repellere*, & ex *§. adeo, Instit. de locat.* ibi: *vt ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur*, & ex *l. priuata, C. de excus. muner. lib. 10.* Locatio verò & conductio strictè sumpta possunt esse de rebus mobilibus, & non solet conductor accipere vtile dominium rei locatæ: *l. qui rem, C. locat.* 2

Diximus locationem simplicem differre ab Emphyteusi, nec transferre vtile dominium in conductorem, quia si fiat locatio per decennium, & eo amplius transfertur dominium iure communi, & ius in re, ita vt ei conueniat actio in rem contra quemuis; per *l. 1. §. quod ait prætor, ff. de superficieb.* ibi: *Et sanè causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*: est communis, vt docent Garcia *de expens. cap. 10. numer. 31. & cap. 14. num. 1. 2. & 3.* Couar. *2. resolut. cap. 16. numer. 1.* & est Gloss. & Scribentes *in Clement. 1. de reb. Eccles.* Tiraquel. *in 1. retract. §. 1. gloss. 14. numer. 79. & 80.* Valasc. *de iur. Emphyt. quæstion. 19.* post Gloss. & Bartol. & alios *in l. 2. ff. si ager vectigalis, vel emphyteutic.* Boët. *decis. 224. & 234.* Dueno. *regul. 240.* Federicus *consil. 123.* Salycet. *in l. vltim. Cod. de reb. alien. non alien.* Alexand. *in l. vltim. ff. solut. matrimon.* & ex recentioribus Lessius vbi *supra, §. differt, numer. 4. ad fin.* Rebell. *libr. 14. de conduct. & locat. quæst. 2. numer. 1.* vbi ait locationem ad longum tempus saltem rerum stabilium pertinere ad contractum emphyteuticum, & hoc secundùm leges Lusitanas omninò asserendum esse; nam Ordinatio Lusitana *libr. 4. titul. 38. in principio*, si locatio ad longum tempus partiarij coloni pro aliqua parte efficiatur, transire ad contractum Emphyteuticum; & *libr. 4. titul. 39. in princip.* decernit transferri vtile dominium per locationem vltra decennium. Quod etiam tenet Molin. Theolog. *tom. 2. tract. 2. de iustit. disp. 445.* post Molin. *lib. 1. de primog. cap. 21. num. 5.* Iulium Clar. *lib. 5. sentent. §. vltim. quæst. 82.* Anton. Gom. *l. 40. Taur. num. 48.* Cald. *de renouat. emphyt. q. 16. à num. 7.* & censetur ea locatio ad longum tempus alienatio per *Clement. 1. de rebus Eccles. non alien.* & Gloss. *ibi, verbo, locationes.* Vnde meritò reijciendus est Pinell. *l. 1. C. de bon. mater. p. 3. n. 66.* dum contendit per locationem ad longum tempus neque ius in re, nec vtile dominium conquisitum esse: quæ resolutio Pinelli est contra communem Doctorum sententiam; vt dicam *infra*. 3

Et quamuis Valasc. *de iure Emphyteut. q. 29. n. 19.* post lõgam altercationem dicat resolutiuè diuersos esse contractus non solùm nomine, sed etiam re, locationem videlicet ad longum tempus, & emphyteusim, neq; validam esse conclusionẽ ab emphyteusi ad locationẽ ad longum tẽpus: meliùs censeo qui docent emphyteusim æquiparari dictæ locationi, atque omnia quæ emphyteutæ competunt, conuenire etiam locationi ad longum tempus: Molin. *de Primog. lib. 2. c. 21. n. 21.* vbi ait conductorem ad longum 4

tempus,

tempus æquiparati emphyteutæ: sequitur Cald. *de renouat. q.16. à n.8.* Molin. Theolog. *vbi proximè,* Rebell. *lib.14. de locat. fol.771. q.2. n.1.* & ex antiquis Faber. *in §. item finitur, post princ. Instit. de vsufruct. & in §. adeo, Instit. de locat. ad fin.* Iason *in l. naturaliter, in principio, n.15. ff. de acquirend. possess.* & *in l.1. n.34.* & *in l.2. n.39.* & *in l. vlt. n.2. C. de iur. emphyt.* Felin. *cons.25.* Aret. *cons.55.* vnde alienare prohibitus non potest rem emphyteuticam alienare: per text. *in l. fin. C. de reb. alien. non alien.* Similiter nō potest rem ad longum tempus locare sine consensu domini, sicut nec vendere; vt cōstat *ex dicta ordinatione Lusitana, lib.4. tit.38. in principio. O foreiro,* hoc est emphyteuta, *que traz alguna herdade, casa, vinha, ou outra possessam à forada pera sempre, ou pera certas pessoas, ou à tempo certo de dez annos, ou daby pera sima, nam podera vender, escambar, ou alhear a cousa aforada, sem consentimento do senhorio.* & *eodem lib. 4. tit. seq. 39.* etiam *in princip.* ait: *Se o foreiro que recebeo do senhorio alguna possessam de bems profanos por certo tempo de dez annos, ou daby pera çima, nam pagar a pensam por tres annos compridos, perdera todo o direito que na cousa aforada tinha pera o senhorio se a quizer.*

Ex quibus locis nostrarum legum liquidò cōstat locationem ad longum tempus, habere eadem priuilegia, quæ habet emphyteusis, & conductorem non posse vēdere irrequisito domino, neq; alienare, sicut neq; emphyteuta potest: teneriq; soluere pensionē sub pœna Commissi, sicut tenetur emphyteuta: item soluere laudemium sicut emphyteuta tenetur, vt *dicto tit.38. in princip.* Deniq; definitio emphyteusis meritò quadrat in locationē ad longum tempus, eámq; comprehendit. Nec obstat *l. non solet, ff. locati,* vbi dicitur: *Non solet locatio dominium mutare:* quod debet intelligi regulariter; sed hoc non tollit quod interdum mutet, & transferat dominium, nempe quando est in perpetuū seu ad longum tēpus: secùs si sumatur locatio propriissimè pro sola locatione ad modicum tēpus: ac proinde locatio latè sumpta æquiparanda omnino est, quoad effectū, & quoad contractus naturam, emphyteusi; cùm transferat vtile dominiū, & circa eam omnes regulæ emphyteutico contractui interuenientes soleant obseruari: quæ omnia etiā præter Doctores pro hac nostra sententia citatos, probant Greg. Lopes *l.28. tit.8. p.5. verbo, Pera en toda su vida:* & Syluest. *verbo, emphyteusis, n.1.* comprehendentes locationem ad decennium, & vltra, sub emphyteusi: sequitur Lessius *disp.24. n.4.*

5 Quomodò igitur deprehendetur fieri locatio ad longum tempus? Respondeo si ad vitam conducentis, seu locantis fiat locatio: ita Molin. *de primog. d. lib.1. c.21. n.16.* Boër. *dec.234.* Couar. *lib.2. var. c.16. n.3.* Valasc. *de iur. emphyteut. q.29. n.2.* secundùm interpretationem Gloss. & Scribent. *in l.1. ff. pro socio:* Garc. *de expens.* post plures, quos allegat, *c.14. n.2.* Item dicitur ad longum tēpus, quæ fit ad decenniū, vel dum conductor voluerit: Garc. *ibi,* & Less. *lib.2. c.24. de location. n.4.* vbi addit esse locationē ad longum tēpus, quæ fit ad vitam conducentis, quæ censeatur arbitrio boni viri longior futura decennio: Nauar. *c. consideret, §. deflent. n.5. de pœnit. dist.5.* Cæteræ verò locationes, quæ fiunt ad tempus modicū, nempe triennium, quinquennium, vel nouennium, non transferunt dominium, nec sunt ad longū tempus per *d. l. non solet, ff. locat. l. cum manu fata, §. fin. ff. de contrahend. emption.* Alex. *cons.104. n.1. lib.3.* Valasc. *citat. q.20. n.9. & q.29. n.1.* nec censetur alienatio: secùs si fiat viro potētiori, de cuius manu difficillimè erui possit, tunc & ad modicum tēpus locatio, dicitur alienatio, ratione illius potentiæ: ita Molin. *lib.1. de primog. c.21. n.30.* Cald. *de renouat. q.20. n.16.* ideo res prohibita alienari, non potest locari potentiori etiā ad modicum tēpus: ita Claud. *in l. Imperator, ff. ad trebell. col.2.* Challaneus *in consuetud. Burgund. rubr.3. §.8. verbo, En alienacion, n.28.* Bald. Angel. & Fulg *in l. manumiss. ff. de iust. & iure.*

Differt etiam emphyteuticus contractus per vltimas particulas suæ diffinitionis ab emptione & vēditione, & a cæteris contractibus, per quos trāsfertur totum dominium tam vtile, quàm directum in emptorem, vt regulariter fieri solet per emptionem & 6
7 venditionem rei liberæ, sequuta traditione; quāuis de ratione venditionis non est, vt per eam, etiā traditione interueniente, fiat dominij acquisitio, vel alienatio; vt constat *ex l. rem alienam, ff. de contrahend. empt.* per quā rei alienæ venditio vera, & valida habetur absq; dominij translatione. Id tamen non obstat; cùm natura sua ordinetur tanquam ad effectum proprium, causamq; finalem, ad dominij translationem; secundùm communē sententiam: ideo si quis paciscatur ne in vēditione dominium transferatur, repugnat venditionis contractui: Rebell. *lib.9. de contrahend. empt. sect.1.* differt etiam quòd emphyteusis celebratur sub pensione annua soluenda, quæ potest esse vel in fructibus, vel in pecunia, loco fructuum.

Cæterùm venditio fit sola pecunia, seu pretio rei æstimationem adæquāte, vel pro re aliqua, quæ aliquo rationem pretij habeat: idem Rebell. *citat.* quidquid Ang. & Sylu. *ad initium tituli, de empt.* repugnēt: Et quamuis in vēditione non detur pretium æquiualens, aut saltem non minus dimidia, vel vltra, adhuc dicetur venditio: *l.2. C. de rescind. vend.* at in emphyteusi modicum solet constitui loco pensionis: Valasc. *de iur. emphyt. q.19. n.1.* Item per emphyteusim non transfertur dominium directum, sed remanet apud dominum, qui rem tradidit in emphyteusim; *per l.2. & l. vlt. C. de iur. emphyt.* ideò semper manet vetus dominus: at in venditione, quamuis translatio dominij in abstracto, vt diximus, non sit de substantia contractus, quia vera venditio solo consensu perficitur; necessariò tamen dicendum est esse de substantia contractus simpliciter, & de natura illius, maximè vbi venditor rem tradens dominus est: quo casu id Bart. censet, & plures alij, quos sequitur Alea. *in l. certi condictio, n.1[illegible] ff. si cert. petat.* Neque enim aliud requiritur per venditionem, nisi vt fiat translatio dominij in ementem: *l. clanibus, 74. ff. de contrahend. emption. §. venditæ, Instit. de rer. diuision.* non enim alia de causa emere solent homines, nisi vt fiant verè domini rei emptæ; ideò non placet decisio Gloss. *in l. fin. ff. de condict. ob causam;* quæ solet hominum ingenia excruciare, dum tenet trāslationem dominij esse contra naturam venditionis: vnde mitiùs agunt qui tradunt non esse translationem dominij de natura emptionis: sed tam Glossam, quàm illos libenter omitto; cùm simpliciter sequar Bart. *in l. conuentionalibus, §.1. ff. de verbor. obligat.* dicētem esse de natura contractus emptionis & venditionis, & in hanc partem inclinat Pinellus *2. p. rubr. de rescind. vendition. c.3. n.56.* quamuis *n.17.* tanquam verius putat translationem dominij non esse de substantia emptionis; quem intelligo de simplici, & manca emptione & vēditione solo consensu perfecta; quæ licet in foro conscientiæ obliget, antequam res tradatur emptori, si celebretur cum tertio, & sequatur traditio & consequenter translatio dominij, præualet hæc posterior priori; non alia ratione, nisi quia translatio dominij est de natura, & substantia contractus; quia cum naturale sit emptioni transferre dominiū, non potest appellari venditio nisi vana, absque traditione; & translatione dominij: Valasc. *d. q.59. n.2.* post Alea. *in l. certi condictio, n.14. ff. si cert. petat. & alios quos ibi sequitur:* lege illum.

Sed

7. Sed petes qualis contractus sit emphyteusis? Dico esse contractum nominatum. Angel *in l. 1. num. 1 de iur emphyt. & in § emphyteusim. num. 18. in Authent. de non alien.* quæ opinio est communis, teste Iason. *in vsib. feud num. 34. ad fin.* non parit tamen actionem, sed datur condictio ex lege: Glossa *in §. adeo, in verbo, neque ad locationem, Instit. de locat & cond.* non potuisset producere obligationem efficacem, nisi à lege Zenonis vim recepisset, *l. 1. de iur. emphyteut.* quam partem dicit Bartol. tanquam communem *in l vnica, num. 7. ff. de cond. ex lege.* Iason *in l. iuris gentium, §. quinimo, num. 17. ff de pactis,* & Iul. Clar. *in §. emphyteusis, quæst. 47.* Ipse tamen Bartolus tenet contrarium, *ibi, num. 7.* dicens ex contractu emphyteutico oriri quandam specialem actionem, quæ ex emphyteusi appellatur. Quæ opinio apud me est valdè probabilis, quia contractus emphyteuticos per se est potens ad producendum obligationem, & actionem, quæ ex ipso contractu nomen sumat, quemadmodum ex stipulatione, quæ inuenta est à iure ciuili, oritur actio ex stipulatu, *Instit de verbor. obligat in princip. & l. vnica §. vt plenius, in fin C. de rei vxor. action* Cur ergo ex emphyteutico contractu non producetur actio? Item quia contractus nominati pariunt sui nominis actionem: contractus verò innominati non pariunt actionem; & si pariunt, illa dicitur actio præscriptis verbis, *per l. iurisgentium in princip ff. de pact.* Mantic. *de tacit & ambig. lib. 1. tit. 8. n. 7.* Sed emphyteusis est contractus nominatus: igitur debet ex illa oriri actio propriè dicta.

8. Petes an sit contractus bonæ fidei? Dico non esse, sed stricti iuris; bonæ fidei contractus sunt locatio, & conductio, venditio, & emptio, societas, mandatum, depositum, commodatum, & pignus, vnde oritur actio pignoratitia, & permutatio: ita Iustinianus *in §. actionum, Instit de actionib.* Stricti verò iuris appellantur, quæ pariunt actiones stricti iuris, respondent effectus causis, & talis est effectus cuiuslibet rei, qualis est causa: sic Bald. *in l. & si me putem, §. cum iter, ad fin ff de condict. indebit* Vnde colliges primò illos contractus, qui non connumerantur *in d. §. actionum,* esse stricti iuris, vt in praxi receptum est, excepta stipulatione, quæ etiamsi de suo sit stricti iuris, vt constat *ex l tantundem ff de negot. gest. & ex l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus ff. de verbor obligatio.* nihilominùs stipulatio cùm pro dote intercedit, aut pro interposita habetur, secundùm *l. vnicam, in princip. C de rei vxor action.* rationem contractus bonæ fidei contrahit; cùm subrogetur in locum rei vxoriæ, quæ est bonæ fidei, secundùm *l vnic § sed & si ignoramus, de rei vxor. actio.* & confirmat *§. fuerat, Instit. de actionib.*

Dico secundò, contractum emphyteuticum esse contractum stricti iuris, & sic stricto iure in causis emphyteuticis esse agendum, & iudicandum: ita August. Berol. *in cap. potuit, de locat. num. 83.* post Imol. *ibi. num. 7. vers. item differt.* Bald. *in additionib. ad l. 1. C. de iur. emphyt.* sequitur Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 5. num 7.* & consequenter actio, quæ ex eo datur, est stricti iuris, secundùm Bald. & alios *in d. l. 1.* & Claudius in paraphrasi, *Instit de locat.*

Dico tertiò, cùm emphyteusis de suo sit stricti iuris, quod in eo contractu non fuerit expressum, non poterit intelligi secundùm benignam iuris interpretationem, *l quidquid astringenda, in princip l. si ita stipulatus. § Chrysogonus. de verbor. obligation.* Vnde in contractibus stricti iuris vsuræ non veniunt ex mora, nisi specialiter sint promissæ, *l. 2. & 3. C. de vsur.* Secùs si contractus sint bonæ fidei, in quibus vsuræ ex mora debentur, *l Iulianus, § ex vendito, ff. de action empt. l. mora, §. bona fidei, ff. de vsur. l. curabit, C. eod. tit.* nomine verò *vsuræ* intelligo interesse, & quatenùs interesse peti possunt, Gloss. notabilis *in l. curabit, C. de vsur. & in cap. conquestus, eodem tit.* & Abbas *in cap. cum venerabilis, n. 16. de exceptionib.*

Ex dictis sequitur, maximè differri emphyteusim à venditione, & à locatione & conductione; 9.
cùm hi contractus sint bonæ fidei, & emphyteusis sit stricti iuris, dummodò locatio & conductio non sint ad longum tempus; quia tunc accedunt ad rationem emphyteusis, & sicut dicitur de emphyteusi, sic de locatione & conductione ad longum tempus iudicandum est. Ratio, quia locatio simplex, iurisgentium est, *l. 1. ff eod. & l. ex hoc iure, de iustit. & iur.* nec dominium mutat, *l. cum manu sata, §. vltim. ff. de contrahend emption.* Sed locatio ad longum tempus est iuris ciuilis, quia vtile dominium mutat in conductorem: sic Decius *cons. 262.* Bartol. *in l. 1. §. quod ait, de superficieb.* Iason *in d. l. ex hoc iure, ff de iustit. & iur. & in l. si duo patroni, §. Iulianus, in fin. de iureiur.* Quòd si dicas, ex sententia multorum, vtile dominium esse iurisgentium, & modum illud acquirendi esse iuris ciuilis, vt scribit Ruin. *cons. 95. num. 10. lib. 3.* Dico, quòd transeat; quia adhuc locatio ad longum tempus, seu vsque ad duas generationes, seu in perpetuum iuris ciuilis censetur, cùm modus consequendi vtile dominium sit iuris ciuilis. Quòd si replices consensum, sine quo non datur vera locatio, esse iuris gentium; vt patet *ex l. 1. ff. locati, & conducti*; & sine consensu non datur rata locatio. Fatemur id esse verum; sicut stipulatio nulla est absque consensu, *l. 1. §. adeo. ff. de pact. & l continuus, §. 1. de verbor. obligat.* & nemo dubitat stipulationem à lege ciuili fuisse inductam; vt habetur *in d. l. ex hoc iure, ff. de inst. & iur.* cum Glossa *ibi, in verbo quibusdam, & §. de constituta, Instit. de action.* Locatio igitur sic sumpta non differt ab emphyteusi, quæ à locatione simplici, sicut ab emptione & venditione distinguitur, & tertiam speciem componit, *§ adeo, Instit. de locat. & cond. & l. 1. & ibi* Bald. *num. 2. de iur. emphyt.*

Diximus etiam vtile dominium transferri in conductorem per locationem ad longum tempus, & possessionem naturalem, vt patet *ex Clement. 1. de reb. Eccles. non alien l. 1. in fin cum sequentib si ager vectig. & l. 1 §. quod autem ait,* & *ibi* Bartol. *num. 4. de superficieb.* Quod intelligendum est, nisi inter contrahentes aliud sit conuentum: sic Ruin. *cons. 57. num. 9. lib. 1.* Bald. *in cap. querelam, in fin. de electiom. & in l. si domus, §. si fundus,* & *ibi* Alex. *num. 8. ff de legat. 1.* Vnde non est audiendus, vt retigi; Pinellus *in l. 1. in 3. p. num. 64. vers. omissis autem multis, C. de bon. mater.* post Connan. dum ait contra omnes posse sustineri absque vlla conuentione, vt regulariter conducens ad longum tempus iure ciuili nullum dominium acquirat, cùm constet ex iure Canonico, *d. Clement. 1. de reb. Eccles. non alien.* transferri dominium & possessionem naturalem ex ea locatione ad longum tempus, & quando sumus in dubio, nulla differentia assignanda est inter vtrumque ius, nisi euidenter exprimatur; vt habetur *in cap 1. de noui oper nunc.* aliter enim nulla esset differentia inter locationem ad breue, & ad longum tempus, cùm magna sit; quia colonus, seu inquilinus ad breue tempus, nullam possessionem habet, sed solam detentionem, *l. stipulatio ista habere, §. hac quoque de verbor. obligation. l. 2. §. 1.* cum Glossa *in verbo colonum. ff. pro herede,* Aretin *in l. 3. §. Nerua, num. 62 de acquir poss.* quia possidet nomine domini, *l. quod meo, in princip. ff. eod.*

10. Differt etiam emphyteusis à contractu censns, quia per emphyteusim dominus vltra pensionem annuam, ius aliquod in ea re, quam alteri tradit, sibi reseruat, vt notat Bartol *in l.1.§.1.num.4.ff.de public.* & est Gloss. *in cap.constitutus, in verb. iuxta ratam, de religios. domib.* at verò per contractum censualem alienat quis, quod habet in re, siue sit vtile, siue directum, & super ea re omninò alienata annuum censum constituit: ita habetur *in d. c.constitutus*, cum Gloss. Alex. *cons.14.n.13.lib.2.* Iul.Clar. *§.emphyteusis, q.1.n.2.* post plures, quos *ibi* sequitur: & est communis, quia censum soluimus de re nostra, pensionem verò de re aliena; cùm per censualem contractum transmittatur in recipientem totum dominium tam directum, quàm vtile, at in emphyteusi transfertur vtile dumtaxat, directum verò remanet apud concedentem: quòd si contractus sit censualis, nunquam cadet à iure suo, esto per multos annos non soluat censum: sic Abb. *in c.1.de restit.in integr.* Alex. *cons.14. num.13. lib.2.* Couarr. *lib.3. variar. cap.7. num.1.* Iul. Clar. *d.q.1.* Secùs dicitur de emphyteuta non soluente, vt suo loco dicemus, & patet *ex cap potuit. de locato.* Quòd si non est propriè censuarius de re sua censum soluens, sed soluens pro recognitione dominij existentis apud illum, cui soluit, si non soluat tempore debito, cadit à iure suo: ita Bald. *in cap.constit.de pace. Constant.* in verbis persoluere fictum post verbum pactionis, *num.4.* Decios *cons.164. num.2. vers. & hoc confirmatur*, quod etiam tradidit Socin. sen. *cons.167.n.6.vers.vnde dicit singulariter Bald.*

11. Sed quid dicendũ, quando non constat an sit contractus censuarius, an emphyteuticus? Dico si consensus aliquando in alienatione fuit requisitus ab eo cui soluitur census, videri emphyteusim, quia in contractu censuario consensus non est necessarius: ita Crauet. *cons.215.* & Decius *cons.164. n.2.* Item si constet in venditione fuisse laudemium solutum, est contractus emphyteuticus, teste Bertrando *cons.3.& 310. in 2.editione.* quòd si non apparet qualis sit contractus, censebitur censuatius, ideò non soluens non priuabitur suo iure: sic respondit Ruin. *cons.42. num.6. in fin.& 7.& cons.160.n.5.cum sequent. lib.1,* Afflict. *decis.77.n.7 cum sequent.& decis.129.n.4.* Natta *cons.3.num.1.& 2.*& Bero. *cons 49.num.7.& 8. lib.3.* Quod amplia, esto, dicatur in scriptura, quòd concedatur tibi fundus in emphyteusim pro annuo censu, quia etiam tunc inclinat potiùs in censualem contractum, quàm in emphyteuticum, quia nomen emphyteusis ibi impropriè accipitur, imò largè; vt ait Natta *cons. 3. num. 2.* & generaliter emphyteusis complectitur censum, non tamen strictè, & pressè; vt probatur *ex d. cap. constitutus*, in illis verbis: *vt quicquid iuris, de religios.domib.*

12. Grauis tamen dubitatio est, si quis accipiat pro annua pensione certa, quæ soluta est singulis annis vniformiter. Iul.Clar. *d.q.1. num.5.* tenet hoc potiùs solutum esse iure emphyteutico, vel coloniæ perpetuæ, quàm iure census, quia hoc minus præiudicat concedenti: quod esse commune tradit Berous *q.14. num.1.* Addit de suo Iulius *ibi*, hoc habere locum, tam in concessione facta à priuato domino, quàm in concessione facta ab Ecclesia; quia in vtroque par ratio apparet. Ego tamen aliter dico, nimirùm in vtroque casu potiùs præsumendum esse contractum censuarium, quàm emphyteuticum: ita Socin.sen. *cons.167. num.6. vers quin imò fortius, lib.2.* & Berous *in cap.1. de restit. in integ. num. 82.* fatetur in praxi se bis obtinuisse, contractum in dubio magis præsumi censualem, quàm emphyteuticum, etiam in concessione facta ab Ecclesia: quod sequitur Couarr. *variar.lib.3. cap.7. num.1. vers sed & in Ecclesia*, dummodò sint æquales coniecturæ ex vtraque parte: quòd si ex aliqua parte fortiores coniecturæ appareant, secundùm illas inclinandum, & iudicandum; quia fortiores superant minores. Valasc. *de iur. emphyteut.q.32.n.35.* Quando verò rationes non magis in vnam, quàm in alteram partem inclinant, iudicandum censeo in fauorem possidentis esse censum: quod etiam sequitur Nauarr. *in commentar.in c.1. q.3.n.109.* Molin. Theolog. *tract. 2. de iustit.disp.381. fol. 830.* Mantic. *de tacitis, lib.5.tit.2. num.53 tom.1.*

13. Differt etiam emphyteusis à censu; quia emphyteuta solùm possidet naturaliter, & proprietarius ciuiliter; qui verò ex censuali contractu possidet, & ciuiliter, & naturaliter possidet: sic Valasc. *de iur emphyteut. quæst. 32. num. 27.* At meliùs Molina *tract. 2. disp. 12. fol. 112. & disp. 381. fol. 827.* censuatium possidere ciuiliter & naturaliter per se ipsum, emphyteutam verò solùm naturaliter possidere proprietatem nomine proprietarij: proprietarium possidere ciuiliter per se ipsum, & naturaliter per emphyteutam: at verò dominium vtile possidere emphyteotam naturaliter & ciuiliter per se ipsum; quamuis, vt puto, illa possessio ciuilis respectu dominij vtilis potiùs, quasi possessio, quàm vera possessio dicenda sit; sufficiens tamen ad præscribendum. Molin. *d.disp.12.fol.112.vbi suprà.*

14. Illud autem aduerte, si in contractu censuario ab initio apponatur clausula, quòd si pensio annua non soluatur debito tempore, censuarius priuetur re censuatia, valere talem clausulam, & non soluentem cadere in caducitatem, modò census sit reseruatiuus: neque obstat Motus Pij V. qui intelligitur de censu consignatiuo, non verò de reseruatiuo; quia cùm res tradatur à domino, benè potest addi illa conditio, vt non soluto censu, res redeat ad dominum antiquum: ita Gutier. *de iuram. confirm. part. 1. cap.31.num.10. & in 2.practic quæst.168. num.10.* Valasc. *de iur. emphyt.quæst.32. num 31.* aliter enim non vult rem suam alteri tradere. Afflict. *decis.80.* Couar. *d.cap. 7. vers. praxis tamen.* Couar. tamen opinatur *d.n.1.c.7.* hoc procedere vbi census perpetuus constituitur absque redimendi pacto; sed meliùs Gutier. *cit.* credit id habere locum, etiamsi res sub reseruatiuo redimibili sit concessa, cùm eadem ratio in vno, atque in alio existat, modò tamen pactum addatur ab eo, qui rem concessit: sequitur Molin. *d.disp.381.*

15. Seclusa verò illa pactione, quod censuarius priuetur re si non soluerit, quamuis per mille annos non soluat censum, non ideò contrahet caducitatem: modò ab initio non iuret se singulis annis censum sine dubio soluturum: in quo casu, si non soluat, priuabitur iure suo, per *l.si quis maior, C.de transaction.* Cassad. *decis.2. de iureiur.* Menoch. *cons.372. n.21. in vers.præterea dato*; sequitur Valasc. *d.q.32. n.31. ad fin.* post Roland. *cons.60. n.41. vol.1.* vbi ait id sine dubio procedere, Ast ego non video rationem ob quam cadat in commissum violato iuramento, si non soluat: video illũ periurũ, si non stet promissis; sed non video illum incurrere in commissum non stando promissis, quia iuramentum non facit illum incidere in pœnam commissi, qui alioqui secluso iuramento per pensionem non soluto, non incidebat in talem pœnã: sic Molin. *d.disp.381.fol.229.col.2.*

16. Dubium tamen est, an scriptura sit de substantia emphyteusis, ac de contractu illius? Affirmat lex Lusitana *de contractu Ecclesiastice emphyteusis, lib.4. tit.90. in principio.* Aluarus Vaz *de iur.emphyteus q.7. num. 11.* in emphyteusi sæculari minimè requiri ad substantiam contractus, sed tantùm ad probatoriam solemnitatem necessariam esse scripturam, cùm de iure communi sit necessaria scriptura in vtraque emphyteusi ad probationem, secundùm receptiorem opinionem, vt benè, vt assjer, probat

probat Valasc. *cit.* à *num.* 3. *vsque ad* 11. Molin. *vbi supra, tom.* 2. *de iust. disp.* 447. & Cald. *de renou. emphyt. quæst.* 18. quòd si scriptura postquam est confecta deperdatur casu, aut sine culpa illius, cuius interest, testibus potest probari scripturam periisse, & quid scriptura contineret: sic Anton. Gom. *l.* 41. *Tauri*, & Valasc. *vbi proximè, num.* 38. Nihilominùs tria debentur probari. Primum, contractum emphyteuticum fuisse celebratum inter has personas secundùm scripturam publicam ea de re fuisse confectam: tertium, illam scripturam fuisse deperditam. Ad probandum verò tenorem scripturæ, & eius amissionem non sufficiunt quicunque testes, sed periti, vt Aduocati, & Tabelliones, aut eorum ministri, & alij similes, qui vitium, & veritatem scripturæ, & contenta in ea rectè possint cognoscere, debéntque esse contestes dicendo quo loco, quo die, & anno fuerit facta scriptura, & quo mense: sic Valasc. *cit.* Couarr. *in practic. cap.* 20. Molin. *disp.* 448. sed de his *infrà* fusiùs, §. 2. Ceuallos tamen indistinctè tanquam verius tradit in concessione emphyteusis, *quæst.* 356. esse necessariam scripturam; vide illum.

---

§. II.

In quibus contractibus requiratur scriptura?

EPITOME.

17 *Contrahentes si volunt fieri scripturam de contractu, possunt pœnitere antequam fiat scriptura.*
18 *Regulariter exigitur scriptura ad probationem.*
19 *In emphyteusi Ecclesiastica scriptura est de essentia contractus.*
20 *Item si contrahentes iubent vocari Tabellionem, requiritur scriptura de essentia contractus.*
21 *De lege Lusitana requiritur scriptura pro solemnitate probatoria, quoties contractus excedit 60 millia nummorum in re, & in re stabili 4. millia nummorum.*
22 *Antequam fiat scriptura in contractu emphyteutico Ecclesia potest pœnitere. Secus si emphyteusis sit priuata.*
23 *Pensio emphyteutica est probanda per testes.*
24 *Contrahentes opus est vt videantur à testibus quando necessaria est scriptura in contractu.*
25 *Contractus exigens scripturam quando fit, etiam in renouatione eam poscit.*
26 *Ex sola patientia, & receptione pensionis per longum tempus censetur renouatio emphyteutica.*
27 *Verius tamen est requiri scripturam in renouatione emphyteusis.*
28 *Concessio emphyteutica data Titio & Seio, mortuo Titio, ordine successio venit ad Seium.*

17. CErti iuris est *ex l. contractus, C. de fid. instrum.* contractus, quos in scriptis placet celebrare; antequam de illis fiat scriptura, & à partibus habiti sint pro perfectis, nullam habere vim, neque firmitatem. Item quando contractus is celebratur in scriptis, opus est quòd scriptura, quæ est de substantia, legatur coram testibus; vt habetur *in d. l. contractus*, & colligitur *ex l.* 1. & 2. *de sentent. ex breuic. recit.* & testes adhibiti videant contrahentes, Galiaul. *in l.* 1. *n.* 21. *de verbor. obligat.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 1. *tit.* 1[illegible] *n.* [illegible]o. Vt verò deprehendamus in quo euentu

18. scriptura requiratur pro substantia contractus? dico primò, quòd reg[illegible]iter ex[illegible]tur scriptura ad probatoriam solemnitatem, no[illegible] verò ad substantiam actus, quoties de iure illa requiritur; nisi id in speciali, vel à lege, vel à contrahentibus exprimatur, vel ex verbis eorum eliciatur, quòd non aliter contractus sustineantur, nisi celebretur in scriptis: sic lex Lusitana *lib.* 4. *tit.* 19. *in princip. & n.* 1. Valasc. *de iur. emphyt. q.* 7. *n.* 5. Molin. *tom.* 2. *de iustit. disp.* 254 *fol.* 16. *ver. alij contractus.* vbi ponit etiam in emphyteusi Ecclesiastica esse scripturam de essentia contractus;

& quoties contrahentes suspendunt contractum, vt compleatur scriptura, quia ante scripturam completam, & subscriptam, fas est cuicunque contrahenti resilire à contractu: imò quoties de iure pro forma alicuius contractus, aut ad validitatem illius opus est scriptura, non est perfectus contractus ante confectionem scripturæ, vt patet in Ecclesiastica emphyteusi, & in donatione, quæ eget insinuatione Regia, *l. Lusitan. lib.* 4. *tit.* 62. Similiter si contrahentes contractu inito dicant, adueniat, vocetúrque Tabellio ad conficiendum nobis instrumentum; vel, mane vocetur Tabellio tali hora, vt scripturam conficiat, censeri voluisse suspendere contractum, vt scriptura perficiatur, nisi oppositum aliunde constet: Ita Molin. *d. disp.* 254. post Marant. *de ordin. iudiciar. p.* 4. *dist.* 88. & *disp.* 4. *n.* 4. cum pluribus. 19.

Ex dictis capies non requiri scripturam publicam pro substantia actus à lege Lusitana *lib.* 3. *tit.* 59. cùm eam exigit in conuentionibus rerum mobilium excedentibus quatuor millia nummorum, sed eam exigere pro solemnitate probationis: vnde quamuis fiat ea conuentio absque scriptura, sustinebitur actus, quamuis sine scriptura probari non possit: quod esse de mente illius legis tradit Valasc. *d. q.* 7. *n.* 6. quatenus ea lex semper se remittat ad probationem, non verò ad substantiam actus; sicque in praxi receptum testatur, etiam parte non opponente, nempe nullam esse probationem sine scriptura publica, actum verò esse validum. 20. 21.

Rogabis, an sit licitum pœnitere antequam fiat scriptura de emphyteusi? Dico secundò si emphyteusis sit Ecclesiastica, posse pœnitere: secùs si sit priuata, quia Ecclesiastica dependet à confectione scripturæ: at verò secularis minimè, quia in hac exigitur scriptura ad probationem, at in illa ad substantiam: similiter duo in conuentione facta per verba, addendo: Cras veniet Notarius, conficietque instrumentum, licebit resilire interim à contractu. Paul. *in d. l. contractus, C. de fid. instrum. n.* 9. Valasc. *cit. n.* 9. 22.

Sed quæres an sicut emphyteosis debeat probari per scripturam, sit etiam pensionis solutio probanda per scripturam? Affirmat Bald. *in cons.* 120. *lib.* 1. *Proponitur.* Crauet. *cons.* 112. *n.* 8. *vers. quod ampliatur.* Mantic. *de tacit. & ambig. tom.* 2. *lib.* 22. *tit.* 6. *n.* 14. sed falluntur omninò, vt benè probat Valasc. *d. q.* 7. *n.* 9. ideò dicendum est, per testes probari posse solutionem pensionis, sicut etiam potest probari simulatio in contractu emphyteutico, etiam quando scriptura est de substantia huius contractus. Valasc. *cit. n.* 7. §. *sed profectò*, & *cons.* 154. nec requiritur scriptura ad probationem contra contractum simulatum, sed sufficiunt testes: vbi ait *num.* 14. id esse receptissimum, ex Bald. & aliis, quos *ibi* sequitur, per text. *in l. multum, C. si quis alteri, vel sibi*, imò etiam per coniecturas, ac indicia non leuia poterit probari simulatio. Bald. *in l. ei qui, in fine, C. de distract. pign.* Menes *in l. cum ea, n.* 11. *C. de transact.* & Afflict. *in tit. de feudo dat. in vic. leg. com. n.* 57. modò coniecturæ sint vehementes, & indicia vrgeant, *l. dolum*, vbi Bald. & Salyc. *C. de dolo.* 23.

Difficultas tamen est de differentia inter contractus, qui fiunt in scriptis, & qui celebrantur sine scriptura; nam qui fiunt sine scriptis, non opus est vt testes videant contrahentes, sed sufficit cognoscere ex auditu eorum voces: ita Bartol. Angel. Paul. Roman. & Imol. *in l.* 2. §. *item Labeo, de aqua pluui.*

24. *arcend.* Abbas *in cap.*|*praeterea, de testib.* Quæ opinio est commnnis, teste Galiaul. *in d l. 1. in princip. n. 22. de verbor. obligat.* At verò in quibus neceſſaria est ſcriptura, vt diai, opus eſt vt contrahentes à teſtibus videantor, cùm ſcriptura ſit coram teſtibus legenda.

25. Differunt etiam, quia contractua in ſeriptia neceſſariò de iure, vel conuentione factus, vbi primùm finitur, non cenſetur abſque ſcriptura ex ſola patientia reoouatus, ſed opus eſt vt iterum perficiatur, ſed reficiatur ſcriptura; ſecùs ſi fiat ſine ſcriptura, Is enim ex tacito conſenſu contrahentium, ſolaque patientia renouatus cenſetur, per text. *in l. quaeritur item, §. qui impleto. ff. de locat. & conduct.* Iacob à S. Georg. *de inuestit. feud. in verbo, adhaerentibus, num. 20.* & Bald *in cap 1. §. item ſocietatem, num. 2. de pace Con-*
26. *stant.* Alciat. tamen *regul. 2. praeſumption. 17. num. 3.* & Alea *conſ. 38. lib. 4.* credunt renouati emphyteuſi ea ſola patientia per perſiſtentiam in emphyteoſi ex ſola patientia pet perſiſtentiam in emphyteuſi, & receptionem penſionis: quod puto verum, ſi percurrat tempus ſufficiens ad præſcriptionem, ſecùs ſi non percurrat: ſic Riminal. *in l. pactum quod bona fide, verſ. in gloſſ fin. C. de pact.* ea eo quòd à principio in conſtituenda emphyteuſi neceſſaria eſt ſcriptura, eo modo quo diximus; ſic etiam eſt addenda in renouatione, quod in praxi admittitur ab omnibus tanqoam verius: ſequitur Corneus *conſ. 187. lib. 1.* & proſequitur doctiſſimus Cald. Pereira *de renouat.*
27. *quaeſt. 2. à n. 2. vſque ad num. 6.* vbi id copiosè tractans concludit abſolutè poſt plures renouationem exigere ſcripturam, neque induci ea tacito domini conſenſu, & manſione in emphyteuſi, quæ ſcripturam requirit, niſi fortè in prima conceſſione pactum adiectum fuit, quòd finita emphyteuſi, fieret renouatio, tunc cenſebitur facta renouatio ea tacito domini conſenſu, & manſione in emphyteuſi cum re-
28. ceptione ſolitæ penſionis, Cald. *cit. num. 6.* ſicut etiam renouatio inducetur abſque noua ſcriptura, quando emphyteuſis eſſe Titio, & Seio, & cuilibet eorum in ſolidum conceſſa: nam mortuo Titio abſque prole, videtur dominus renouare tacitè Seio, ob verbum *in ſolidum*: ſic Bald. *in l. vnic. q. 11. C. quand. non pet. partes,* quem ſequitur Iaſ. *in l. fin. num. 39.* Sed meo iudicio non dicunt benè, quia emphyteus non venit ad Seium ea tacito conſenſu domini; ſed quia dominus expreſſim emphyteuſim conceſſit Titio, & Scio in ſolidum, ordine ſucceſſiuo deficiente primo ſine liberis, ſuccedit Seius nominatus ab eodem domino, propter coniunctionem contractus.

---

§. III.

Quomodo differat emphyteuſis & à feudo, & à contractu liuellario? quale dominium remaneat in primo emphyteuta dum ſubemphyteuticat.

EPITOME.

1. *Per feudum, & emphyteuſim remanet vtile dominium penes emphyteutam, & feudatarium.*
2. *Super eiſdem rebus non poteſt conſtitui feudum, & emphyteuſis.*
3. *Valet argumentum de feudo ad emphyteuſim.*
4. *Feudum regulatur ſecundum conſuetudines feudorũ.*
5. *Emphyteuſis menſuratur iuxta ius commune.*
6. *Differunt feudum, & emphyteuſis in multis.*
7. *Quid ſit feudum, & à quo dicatur?*
8. *Emphyteuſis à beneficio non promanat.*
9. *De eſſentia penſionis eſt praeſtare vnicam penſionem quotannis.*
10. *Feudum eſt beneficium, & debet eſſe gratuitum ſine penſione annua.*
11. *Feudum datur pro ſeruitio: emphyteuſis pro annua penſione.*
12. *Feudatario datur iuramentum, non verò emphyteuta.*
13. *Ad feudum maſculi; ad emphyteuſim tam maſculi, quàm fœminæ accedunt.*
14. *Quaeſtiones de emphyteuſi deciduntur per Iudicem ordinarium; de feudo per dominum feudi.*
15. *De ſubſtantia emphyteuſis eſt ſolutio penſionis.*
16. *Emphyteuta cadit à iure ſi non ſoluat, feudatarius minimè.*
17. *Diſcrimen inter emphyteutam, & liuellarium.*
18. *Quid ſi emphyteuta habeat poteſtatem ſubemphyteuticandi?*
19. *Emphyteuta dum ſubemphyteuticat non transfert vtile dominium in ſubemphyteutam.*
20. *Dominium vtile penes duos plenè eſſe non poteſt.*
21. *Verius eſt penes ſubemphyteutam manere dumaxat vtilis dominij exercitum.*
22. *Subemphyteuta accedit ad naturam conductoris.*
23. *Haeredes ſubemphyteutæ non habent ius petendi renouationem, ſed haeredes primi emphyteutæ.*
24. *Emphyteuta poteſt ſubẽphyteuticare incõſulto domino.*
25. *Oppoſitum eſt verius.*

EMphyteuſis, & feudum in eo concordant, quòd tam illa, quàm iſtud, vſumfructum, ſeu vtile dominium acquirant: & ſicut vtile dominium in emphyteutam transfertur, *l. 1. de iure emphyteut. §. adeo, Inſtitut. de locat.* Sic in feudatarium jvſusfructus transit, *cap. 1. §. vlt. in quibus cauſ. feud. amitt.* & vſusfructus, ſeu vtile dominium eſt perpetuum, & pertinet ad feudatarium, non poteſt tamen ſuper eiſ- 1.
dem rebus emphyteuſis conſtitui, & feudum. Vnde ſi quis dicat: Conſtituo feudum, & tecum conuenio vt ſoluas mihi annuam penſionem: verbum, 2.
feudum, accipio impropriè pro emphyteuſi, ſeu liuello: ſic Alex. *conſ. 136. à num. 6. lib. 1.* & Bald. *in l. ſi vnquam, num. 2. C. de oper. libert.* & quamuis de feudo ad emphyteuſim valeat argumentum, ſecundùm Ripam *in l. 2. in princip. num. 39. ff. ſi cert. petat.* 3.
Gloſſa *in cap. 1. in verbo vtrinque, an agn. vel filij*; nihilominus id non procedit, quando in caſu, de quo agitur, oppoſitum inuenitur expreſſum: ita Socio. iun. *conſ. 31. num. 1. & 25. lib. 1.* & Socin. ſen. *conſ. 167. num. 24. lib. 2.* vbi dicit hanc eſſe communem doctrinam, idem Socin. iun. *conſ. 70. eod lib. 1.* ſi diuerſa ratio reddi poteſt in caſu, in quo agitur non eſſe deducendum argumentum à feudo ad emphyteuſim: quia 4.
feudum regulatur ſecundùm conſuetudines feudorum, & emphyteuſis menſuratur iuxta ius commune. Batt. *in l iuſiurandum. § ſi liberi n. 4 ff. de oper. libert.* 5.
& in iis, in quibus iura feudalia agunt aduerſus regulas iuris communia, ad emphyteuſim, vel ad alina contractus non ſunt trahenda: ſic Bald. *in cap. 1. de feud. cogn.* Raphael Fulgoſ. *conſ. 9. num. 2.* Alea. *conſ. 9. num. 1. lib. 3. & conſ. 5. num. 5. lib. 5. & in l. ſi mihi, & Titio, n. 11. verſ. facit quia, de verbor. obligat.*
Differunt tamen feudum, & emphyteuſis in multis. Primò, quia feudum procedit à beneuolentia, dicitorque feudum beneficium, quod ea beneuolentia alicui datur, vt proprietas rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat, vſusfructus autem illius rei ita ad accipientem tranſeat, vt ad eum, & hæredes ſuos maſculos, & fœminas, ſi de his nominatim dictum ſit, in perpetuum pertineat; ad hoc vt ille, & ſui hæredes fideliter domino ſeruiant, 6.
vt habetur *in cap. 1. §. beneficium, in quibus cauſ. beneſic. amitt.* Dicitur ergo beneficium tribuens gaudium 7.

dium accipienti, habens tamen onus adiunctum, non tamen desinit esse beneficium, licèt non sit omninò gratuitum, cùm plurimum gratiæ habeat. *l. Titius puerum. de obseq. libert.* quam adducit Bald. ad
8. hoc propositum *in prælud feud. num.* 9. at emphyteusis à beneficio non promanat, quia recipiens in principio sæpe domino pecuniæ certam summam concedit, & postea singulis annis vniformem pensionem in recognitionem dominij directi soluit: Gloss. *in cap potuit, de locat.* Bartol. *in l. si mihi, & Titio, num.* 4. *de verbor. obligat.* & constat ex *cap. constitutus, § adeo, de religios. dom.* Cyn. Bartol. & Fulgos. *in l.* 1. *quæst.* 1. *de iur. emphyt.* & Natta *cons.* 49. *num.* 6. Estque
9. de essentia emphyteusis singulis annis domino præstare pensionem: ideò si concedatur sine annua pensione, non erit contractus emphyteuticus, cùm sit contra naturam illius: Bartol. *in l.* 2. *num.* 7. *de iur. emphyt.* Sicut si feudum concedatur vt domino annuatim aliquid præstetur, accedit potiùs ad naturam emphyteusis, quia feudum est beneficium, & debet
10. esse gratuitum, *d. cap.* 1. *§. in primis, in quib. caus. feud. amitt.* Bald. *in l. liberti, num* 36. *de oper. libert.* Vnde resultat alia differentia, quod emphyteusis datur pro
11. annua pensione reali: feudum verò pro seruitio personali, *cap.* 1. *in fin. in quib. caus. feud. amitt.* Felin. *in cap. cæterum, num.* 18. *de iudic.* Beroua *cons.* 11. *num.* 9. cum iuramento fidelitatis, quod non præstatur ab acci-
12. piente emphyteusim. Alex. *cons.* 9. *col.* 2. & 3 *lib.* 5. & Ferret. *cons.* 81. *num.* 1. At in feudo de substantia est fidelitas, & hæc non potest abesse à fendo; iuramentum tamen potest remitti feudatario: sic Guiliel. *de feud. pag.* 5.
13. Differunt etiam, quòd ad feudum masculi duntaxat veniunt, ad emphyteusim tam masculi, quàm fœminæ vocantur, *§. emphyteusim, in Authent. de non alien.* Socin. ion. *cons.* 71. *num.* 25. *lib.* 1. nisi fœminæ nominatim vocentur in inuestitura feudi, *d. c.* 1. *§ hoc autem notandum, de his qui feud dar poss. c.* 1. *de success. feud.* ex eo quòd feudum exigit personale seruitium, quæ nòn quadrant in fœminas inermes, & imbelles: at emphyteusis postulat seruitia realia, quæ etiam à fœminis præstari possunt. Socin iun *d. cons.* 71. *n.* 26. *lib.* 1. & Caccialup. *in tract. de feud. col. vltim. vers. decimoquarto.* Nec obstat si dicas etiam emphyteutas soluere singulis annis seruitia aliqua personalia secundùm consuetudinem, & pactiones initas inter ipsos, & dominos directos, vulgò dicuntur hæc seruitia, *dias degeira*, quia emphyteusis regulatur secundùm magis principale, & ab eo denominatur, quod est onus reale soluendi annuatim certam pensionem, quod est de substantia in emphyteusi in recognitionem dominij directi, & in ea etiam generale est plenè conuentiones vt seruentur; vt decernitur in *l.* 1. 2. & 3. *C. de iur. emphyt.*
14. Item etiam diffident, quia quæstiones de emphyteosi ab ordinario iudice deciduntur. Felin. *in d. cap. cæterum, num.* 18. *de iudic.* de feudo verò deciduntur quæstiones à domino feudi, per *d. cap. cæterum, & cap. nouit, de iud. cap. Romana §. debet,* & ibi Gemin. *num.* 6. *de appellat. lib.* 6. ideò Episcopus suscipiens feudum à Rege, non appellat ad Archiepiscopum, sed ad Regem.
15. Sed rogabis quæ sint de natura substantiali emphyteusis? Respondeo pensionem singulis annis soluendam, ideò pactum quòd nihil soluatur, non est validum, cùm sit contra substantiam. Bartol. *in l.* 2. *num.* 7. *de iur. emphyteut.* quòd si fiat pactum vt emphyteuta non soluendo canonem, non incurrat caducitatem, valet, cùm non sit contra substantiam, sed contra naturam tantum. Gloss. *in l. pacta conuenta, ff. de contrah. empt.* Bart. *in l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mor.* Specul. *de locat. & emphyt. §. Nunc aliqua,* de-
cis. 99. Erit verò contra substantiam, & consequenter pactio nulla, si paciscatur quòd nihil omninò soluatur in recognitionem dominij directi, *l. cùm precario, ff. de precar.* Bart. *in d. l.* 2. *num.* 7. *C. de iur. emphyt.*

Vltimò differunt, quia emphyteuta non soluendo per triennium si est priuata, vel per biennium, si est Ecclesiastica, iure suo cadit. *l.* 2. *C. de iur. emphyt. & cap potuit, de locat.* Feudatarius verò non cadit, licèt non soluat, quia ius non apponit hanc mulctam. Cassad. *decis.* 2. *de iure iur. num.* 6. Iul. Clar. *verb. feudum, q.* 51. & Alex. *cons.* 9. *n.* 3. *lib.* 5. Ratio, quia cùm feudum sit concessio gratiosa, & beneficium ex beneuolentia procedens, non plectitur feudatarius caducitatis pœna. Decius *in Authent. qui rem, n.* 7. *C. de sacros. Eccles.* Curt. iun. *de feud. in* 4. *p. in vigesima tertia causa priuationis feudi, limit.* 4. Reliquas verò differentias vide apud Mantic. *de tacit. & ambig. tom.* 2. *lib.* 22. *tit.* 4. Valasc. *de iur. emphyt. q.* 39. *per totam.* 16.

Quomodo ergo different inter se contractus emphyteuticus, & libellarius, vix dignosci potest; quia esto, contractus libellarius is sit, quando res alicui sub vilissima pensione in perpetuum fruenda conceditur, *cap.* 1. *§. donare, qual. feud. pot. alien. & cap.* 1. *in fin. de prohib. feud. alien.* Bartol. *in l. si finita, § si de vectigal. n.* 9. propriè tamen libellarius contractus is est quando sub certa pensione singulis annis præstanda res conceditur Titio, non à domino directo, sed ab emphyteuta, qui est dominus vtilis, *cap.* 1. *§. donare, qual. feud pot. alien. & cap.* 1. *in fin. de prohib. feud. alien. per Lothar.* Emphyteusis verò est quando res accipitur de manu domini directi sub certa pensione annua ad vitam, vel in perpetuum. Vnde non benè Cyn. *in l.* 1. *num.* 8. *de iur. emphyt.* cum aliis tradit libellum dici, quando res conceditur vsque ad certum tempus cum pacto de renouando: at emphyteusim esse cùm dominus concedit rem alicui sub annua pensione fruendam in perpetuum, vel vsque ad tertiam generationem: sed Bald. *in rubric. C. eod.* ait pactum hoc de renouando non esse de substantia contractus libellarij. 17.

Nihilominùs nulla est differentia alicuius considerationis inter contractum emphyteuticum, & libellarium, in quo fermè omnes conueniunt. Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 1. *in princip.* & dispositum in vno absque vllo discrimine procedit hodie in altero. Mantic. *d. lib.* 22. *tit.* 3. *num.* 4. & hæc duo pro synonimis accipiuntur. Menoch. *cons.* 372. *n.* 1. Dom. Syl. Aldobr. *cons.* 70. *num.* 3. dicens emphyteusim, & libellum esse synonima: non potest tamen libellarius contractus fieri ab emphyteuta absque domini directi consensu, *cap imperia, de prohibit. feud. alien.* Curt. latissimè *de feud.* 4. *p. num.* 91. Vnde iura quæ loquuntur in emphyteusi habent locum in libello, & è contra, ex Bartol. *in l.* 1. *C. de iur. emphyteut. num.* 7. dicens inter libellum, & emphyteusim nullam esse differentiam, ideò non sunt admittendi qui dicunt emphyteusim suapte natura esse perpetuam, libellarium autem contractum esse vsque ad vigesimum nonum annum.

Sed quid si emphyteuta habeat facultatem sibi emphyteuticandi suam emphyteusim Titio, & eius duntaxat vxori quoad vixerint; prorogabiturne emphyteusis ad hæredes eorum? Respondeo affirmatiuè, posse filios Titij renouationem petere quandiu durat emphyteusis prior, & non finitur vita, non obstante verbo, *duntaxat*, ex traditis à Menoch. *cons.* 290. *lib.* 3. *n.* 3. dicente, concessionem taxatiuè concessam pro Titio tantùm, præsumi concessam etiam pro suis hæredibus. Iason *cons.* 217. *lib.* 2. Decius *cons.* 213. & copiosè Tiraquell. *in tract. de retract. conuention. in* 5. *gloss.* 6. *à num.* 4. & *sequent.* post Bald. *in l. vltim. paulò ante fin. C. de action. empt.* dicentem, di- 18.

 Ff 3 ctionem

ctionem taxatiuam excludere solùm personas extraneas, non autem successores, per text. *in l. stipulatio ista, vers. sed si se obligat. ff. de verbor. obligation.* & Bartol. *ibi* idem intelligit: Decius *in l. hæredem, post medium, ff. de regul. iur. & cons. 262. In casu magnifici, col. 2. vers. sexto hoc idem,* & Euerardus *in locis legalibus,* vbi agit de natura dictionis taxatiuæ, concludúntque non excludere hæredes, neque successores. Quando verò expiret subemphyteusis? vide Valasc. *tom. 1. consult.* 71. vbi tradit expirare, vbi primùm expirat emphyteusis principalis.

19. Quæstio tamen est quale dominium retineat emphyteuta, dum subemphyteuticat; & quid transferat in suum subemphyteutam? Molin *tom. 2. de inst. disp. 449. ad fin.* subemphyteutam manere cum vtili dominio; at emphyteutam retinere ius, vt subemphyteuta sibi soluat certam pensionem: sed meliùs resoluit Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 13. num.* 12. id esse intelligendum, si emphyteuta, dum subemphyteuticat consentiente domino directo, omne prorsus ius, quod habet apud se, à se abdicet, & in subemphyteutam transferat, & tunc vera est opinio Iason. post Gloss. & Alex. *l. 3. § ex contrario, num. 35. ff. de acquirend. possess.* post plures, quos *ibi* refert Valasc. *cit. § addunt tamen:* nam eo casu nihil iuris, vtilísque dominij remanebit apud primum emphyteutam, sed tantùm ius ad pensionem sibi soluendam, sed si in subemphyteuticatione simpliciter facta, expressè non dicat emphyteota se transferre in subemphyteotam totum ius, ac dominium vtile quod habet; sed tantùm dicat se subemphyteuticare ad faciem, seu ad vmbram suæ emphyteusis tale prædium Titio, ex directi dominij licentia; non transit vtile dominium in secundum emphyteutam, quem vocamus subemphyteutam; vt expressè tradit Carolus Molin. *in consuetud. Pariens. §. 1. gloss. 6. num. 7. & §. 3. post num. 17.* & Afflict. *in cap. 1. §. 1. de capit. Corr. num. 15.* sed solùm transfertur exercitium vtilis dominij in secundum emphyteutam, quod significat Accursius *§. adeo, verbo, propriam, Instit. locati,* vbi variè loquutus, fatetur posse primum emphyteutam vendicare à secundo rem emphyteuticam, si pensionem non soluat: ex quo colliges remanere apud primum emphyteutam aliquod ius. Valascus tamen existimat apud emphyteuticantē manere vtile dominiū superius, argumento vasalli subinfeodātis; & aliud vtile dominium inferius remanere in subemphyteota accipiente, & ex natura contractus emphyteutici apud
20. emphyteuticantem ius aliquod, & superioritas debet inesse. Ratio Valasci est communis; quia dominium vtile penes duos plenè esse non potest. *l. si vt certo, § si duobus vehiculum, ff. commod. l. 3. §. ex contrario, ff. de acq. possess.* & *ibi* Scribentes communiter; Mandos. *in Regul. Cancell. 34. quæst. 48. num. 6.* Afflict. *in proœm. const. quæst. 2. num. 1. & 2.* Cassan. *in consuetud. Burgund. rubric. 11. §. 3. in princip. vers. 1. num. 1. cum sequent.*

Vnde sequitur penes alterum vtile dominium necessariò manere principaliter, minus verò principaliter apud subemphyteutam; quod Valasc. *d. num. 12. § nec obstabit,* non putat inconueniens: nobis tamen magis placet resolutio doctissimi Caldas Pereira *d. quæst. 13. de renouation. num. 12. ad finem,*
21. dicentis, non transire in subemphyteutam vllum dominium vtile, sed tantùm exercitium illius: quod etiam repetit *num. 55.* tanquam verius, reiecta opinione Valasci quasi parùm tota. Vnde non probatur nobis Cald. Pereira filius, *decis. 26. num. 10.* dum etiam indistinctè per transennam resoluit per subemphyteuticationem ius totum transferri, nihilo penes primum remanente, in accipientem: nec etiam placet Molina *tom. 2. de instit. disp. 471.* tradens *fol. 1415. §. his ita constitutis,* primum emphyteutam, dum subemphyteuticat, transmittere suum vtile dominium in secundum, retinetque penes se ius exigendi à secundo pensionem, insuper ius exequendi pœnam commissi contra secundum, si non soluat debitis temporibus: quod nec ipse, nec alij idem sentientes probant ex iure aliquo, neque ex consuetudine; ideò dicendum est, nisi primus emphyteuta, quando subemphyteutat, expressè declaret se totum ius & dominium quod habet, transferre in secundum emphyteutam, non transmitti in secundum nisi exercitium vtilis dominij; neque in rigore secundum esse verè emphyteotam, sed magis accedere ad rationem conductoris, quia, vt videmus practicari, primus emphyteuta soluit pensionem modicam domino directo: secundus autem soluens pensionem correspondentem in fructibus locatis, 22.
demonstrat potiùs locationem, seu conductionem, quàm emphyteusim habere; quod procedit in dubio, quando non facilè dignoscitur, sitne locatio, an emphyteusis. Gabriel Pereira *decis. 37. n. 10.* Valasc. *de iur. emphyt. q. 1. n. 9.*

Secùs si constet voluisse contrahentes celebrare contractum emphyteuticum, tunc enim hoc cognito, siue pensio sit parua, siue magna, erit emphyteusis; modò soluatur in recognitionem: ita Natta *cons. 114. Non est dubium, num. 4. & cons. 49. num. 16. Vendidit miles Astensis.* Quod si sit secundus emphyteuta ex beneficio primi, non habebit vtile dominium, sed illius exercitium, vt diximus, nisi id expressè transferat in secundum: quod ex eo mihi maximè constat, quia finitis generationibus hæredes 23.
primi emphyteutæ excluderentur à petenda renouatione, & admitterentur ad renouationem hæredes, seu successores secundi emphyteotæ: hoc autem ex praxi constat esse falsum, cùm hæredes primi soleant petere, & obtinere renouationem emphyteusis: igitur dicendum est primum emphyteutam non transferre in secundum suum vtile dominium, neque illud à se penitus abdicasse: quod etiam vltra suprà relatos dicit Afflict. *in cap. 1. §. illud quoque, de prohib. feud. alien. per Federic. post num. 13.* Iacob. *de feud. verb. & cum pacto. de non alien. col. 6.* Nam si illud omne vtile dominium transmittatur ad secundum emphyteutam, illius hæredes haberent ius petendi renouationem, non verò hæredes primi; quod est apertè falsum, cùm receptum sit in praxi, hæredes primi emphyteutæ petere renouationem: ita Cald. Pereira *de renouation. quæst. 13. num. 11.* vbi vult nullum ius petendi renouationem competere hæredibus emphyteutæ secundi: quod etiam repetit *in eadem quæst. num. 56. ad fin.*

Dubium tamen est, an possit primus emphyteota 24.
subemphyteuticare inconsulto domino directo: Specul. Azo, Ioan. Faber & alij relati à Valasc. *de iure emphyt. quæst. 13. num. 11.* Nec non Gabriel Pereira *decis. 26. num. 10.* volunt non esse necessarium consensum dominicalem ad hoc. Nihilominùs oppositum fatentur verius ex Iasone *num. 110. in l. 3. C. de* 25.
iur. emphyt. & ex Roman. *singul.* 181. Ratio, quia subemphyteuticare est alienare, *l. fin. C. de reb. alien.* Alex. *cons. 113. Viso, lib. 4.* & Specul. *de emphyteut. num. 151.* Quæ praxis, & consuetudo viget in hac regione Interamnensi, non tamen ex eo quòd transferatur à primo emphyteuta totum vtile in secundum; quæ est ratio D. Gabriel. *d. n. 10.* quia id negamus, sed tantùm concedimus vmbram dominij transmitti instar feudatarij subinfeudantis, qui etiam quodammodo vtilis dominus vocatur subfeudatarij.

Item, quia de natura contractus emphyteutici est, vt penes dominum emphyteuticantem maneat aliquod ius; igitur si concedimus posse subemphyteuticare

teuticate emphyteutæ, debemus fateri aliquod ius apud illum manere, quo argumento Faber *in d. §. Adeo*, vtitur, teste Valasc. *vbi suprà num. 11. §. verùm hæc, vers. tertiò suadetur*, transmittereque speciem, seu vmbram, seu exercitium vtilis dominij, vt de subfeudatario tradit Nihel. *de feud. lib. 3. cap. 10.* & probatur *ex cap. 1. §. illud quoque, de prohib. feud. alien. per Feder.* vbi omnes consentiunt vasallum, subuasallum constituere, manereque quasi vtilem dominium illius. Vnde non est dicendum ex eo requiri consensum domini ad constituendum sibi subemphyteutam, quòd in ipsum transferat totum dominium vtile, cùm etiam sit probabile secundùm DD. Valasc. & Gabriel & alios apud ipsos posse irrequisito domino, *vbi suprà*, primum emphyteutam subemphyteuticare.

§. IV.

Ex qua verborum forma colligi potest esse contractus emphyteuticus verus, & præsumptus?

EPITOME.

1 *Emphyteusis non constituitur in rebus mobilibus.*
2 *Emphyteusis fit titulo lucratiuo, & titulo oneroso.*
3 *Contractus emphyteuticus est, quamuis pensio adæquet fructus, modò pensio soluatur in recognitionem.*
4 *Emphyteuticus contractus in dubio an sit censuarius; censebitur censuarius.*
5 *Contractus esse emphyteuticus vnde cognosci potest.*
6 *Emphyteuta præsumptus quis sit?*
7 *Ex diuturna solutione oritur coniectura quòd concessa fuerit emphyteusis præmissis solemnitatibus.*
8 *Emphyteusis contracta ex quibus coniecturis aliis etiam præsumatur.*

1\. CErti iuris est in rebus mobilibus non posse constitui emphyteusim, sed solùm in rebus immobilibus: Gloss. *in l. 1. in verbo, neque conductionis, C. de iur. emphyt. & in §. adeo, in verbo, neque ad locationem, Instit. de locat. §. licentiam, in authent. de non alien. & emphyt.* Ratio est, quia in rebus mobilibus non datur vtile dominium. Bald. *in l. proinde, in tertia opposit. ff. si cert. pet.* Curt. sen. *in l. traditionibus, num. 9. C. de pact.* Sicut feudum non contrahitur in rebus mobilibus; *cap. 1. in fin. & ibi* Afflict. *in §. sciendum, num. 30. de feud. cognit.* quia vtile dominium debet transferri, *cap. 1. §. beneficium, in quibus caus. benef. amitt.* Sicut & in suscipientem emphyteusim transfert dominus directus vtile dominium, vt notant Scribentes *in d. §. adeò, & in l. 1. C. de iur. emphyt.* Neque refert valdè *§. si quis aliena, Instit. de rer. diuis.* quia ex illo non deducitur rei mobilis vtile dominium comparari, sed solùm demonstratur pro re mobili dari actionem vtilem.

2\. Duobus igitur modis constituitur ab initio emphyteusis. Primo titulo lucratiuo, quando constituens nihil capit à recipiente emphyteusim, sed inito duntaxat pacto, vt singulis annis certa pensio soluatur in recognitionem. Secundo modo, titulo oneroso, data in initio aliqua pecunia cum pacto vt etiam annuatim modicum quid constituenti præstet in recognitionem dominij: sic Bartol. *in l. si mihi, & Titio num. 4. cum sequent. de verbor. obligat.* Imò etiam censebitur titulo oneroso acquisita emphyteusis, quamuis constituens nihil recipiat, si conueniatur inter eos, vt annuatim iusta pensio præstetur: sic Aret. *in d. l. si mihi, & Titio, col. 2. vers. sed responde, de verbor. obligat.* Natta *in cons. 112. num. 4. vers. cur non idem dicendum*; quod intellige quando pensio ita iusta est, vt adæquet fructus, qui verosimiliter eo tempore, quo emphyteusis constituitur, percipi possunt: sed in hoc euentu magis contrahitur locationis contractus, quàm emphyteusis, vt ex mente Alex. tradit Ruyn. *cons. 161. num. 21. lib. 1.* Bero. *cons. 84. num. 18. & 19. lib. 1.* dummodò soluat pensionem pro vsu rei, & pro fructibus, tunc censebitur locatio, quia præstatur pro vsu ipsius rei, seu
pro fructibus percipiendis, & compensandis. Si verò 3.
ea pensio omnibus etiam fructibus respondens soluatur pro recognitione dominij directi, erit emphyteusis; quia ad contrahendam emphyteusim sufficit, vt pensio soluatur in recognitionem: sic Hieronym. Gabriel *in cons. 84. num. 12. in fin. & num. 13. lib. 1.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 1. num. 29. & tit. 8. num. 19. §. in hoc tamen, & tit. 6. num. 23.* post Natt. *cons. 49. num. 4. cum sequent. & num. 20.* Non tamen ex modica pensione colligitur emphyteusis, quia potest esse contractus censualis, si vtrumque dominium, directum nempe, & vtile transferatur in accipientem. *cap. constitutus, de relig. domib.* Bartol. *in l. 1. §. 1. num. 4.* & in dubio censebitur potius con-
tractus censualis, quàm emphyteusis: sic Natta 4.
cons. 3. num. 2. Imol. *in cap. ad audientiam, de reb. Eccles. non alien.* quia tunc non propriè accipitur verbum emphyteusis: imò etiamsi dicatur in instrumento, quòd vendet tales mensuras tritici singulis annis in tali fundo, absque eo quòd dominus requiratur, nec laudemium soluatur, contractus reputabitur censualis, & obligatio realis in fundo: & ita fuisse iudicatum tradit Cabed. *tom. 1. decis. 153. per totam*, potéstque alienari talis fundus sine consensu eius, cui relictæ sunt mensuræ tritici; vt benè probat Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 32. num. 25.* absque metu commissi, cùm non sit emphyteusis; cùm enim vtrumque dominium reperiatur translatum, censetur census reseruata pensione; vnde esto, vendatur irrequisito domino, non incurrit commissum, nec ob pensiones non solutas; & consequenter non tenetur soluere laudemium si vendatur fundus: Valasc. *vbi suprà, à num. 29. vsque ad fin. quæst. 32.*

His prælibatis, contractus censebitur emphyteu- 5.
ticus, si in instrumento vocetur emphyteusis, quia talis reputatur contractus, qualem figura verborum demonstrat. *l. fideiussores magistratuum, ff. de fideiuss. l. qui fundum. § fundi, ff. de contrahend. emption.* Crauet. *cons. 20. num. 1.* & Natta *cons. 49. num. 14.* dummodò verba non obstent naturæ, ac substantiæ emphyteusis. Natta *d. cons. 49. num. 13.* & Afflict. *decis. 71. in fin.* Vnde si contractus possit in hanc partem, & in aliam inclinare, indusique naturam, & substantiam contractuum diuersorum, censebitur talis, vel talis secundùm nomen impositum à contrahentibus, nisi repugnet substantia. Bartol. *in l. cotem, §. qui maximos, num. 1. de publicanis*, Aret. *cons. 55. in fin.*

Item erit emphyteusis, si dicatur in instrumento, quòd tibi has, & has terrulas concedo ad meliorandum, erit emphyteusis: cùm ipsa à melioramentis nomen vsurpet. *l. 2. & l. vltim. C. de iur. emphyt.* Gloss. *in §. adeo, Instit. de locat.* Mantic. *d. lib. 22. tit. 1. num. 1.* Similiter reputabitur emphyteusis contracta, si dicatur in instrumento, quòd certa pensio singulis annis pro canone præstabitur, quia canon ab emphyteuta solui consueuit: *Authent. qui rem. C. de sacros. Eccles.* sic Menoch. *cons. 172 num. 4.* Quòd si addatur vt soluatur pro canone, seu pro censu, præsumetur potiùs contractus censualis: sicque fuisse iudicatum coram se, ait Mantic. *lib. 2. de tacit & ambig. tit. 8. n. 9.*

anno Domini 1591. *die* 8. *Martij*: quæ opinio est magis recepta, vt ipse testatur *eod. lib. tit.* 5.

Erit etiam in dubio contracta emphyteusis, si in scriptura adiiciatur quòd dominus concedit fundum ad vsum, siue ad libellum; quia libellus, considerato communi vsu, accipitur pro emphyteusi. Menoch. *d. cons.* 372. *num.* 2. post Bartol. *in l.* 1. *num.* 7. *C. de iur. emphyt.* Roland. *cons.* 87 *num.* 1. *lib.* 1. Socin. sen. *cons.* 167. *num.* 7 *lib.* 2. & à fortiori, si concedatur res sine temporis præfinitione, intelligitur emphyteusis perpetua: sic Menoch. post plures *d. cons.* 372. *num.* 5. Præsumetur etiam emphyteusis, si apponatur conductori pactum, vt ob sterilitatem, vel aliam calamitatem non possit petere remissionem pensionis; quia hoc est proprium emphyteutæ, qui semper obligatur ad soluendum canonem, nisi res emphyteutica omninò pereat: sic Bald. *in rubric. C. de iur. emphyt. num.* 7. *& in l.* 1. *num.* 10. *eod. tit.*

6. Denique præsumitur contracta emphyteusis, si quis per longum tempus tanquam emphyteuta præstet vniformem pensionem: sic Specul. *de locat. & emphyt. §. nunc aliqua, vers.* 64. *num.* 81. *& vers.* 142. *num.* 169. Bart. *in l. cùm de in rem verso, num* 14. *ad fin. ff. de vsur.* ibi: *nisi aliqua contemplatione soluisset, idest, tanquam vasallus, siue emphyteuta.* Bald. *in l si certis annis, num.* 6. *& sequent. C. de pact. & in d. l. cùm de in rem verso, in fin. vers secùs tamen in emphyteusi*; & Ang. *in §. in emphyteusim, in authent. de non alien.* Crauet. *de antiq. tempor p.* 3. *num.* 40. *& p.* 5. *num.* 1. Caputaq. *decis.* 292. *lib.* 1. Natta *cons.* 3. *num* 5. post alios, necessarium tamen est, vt solutio præstetur per 30. annos; *cap.* 1. *§. si quis per* 30. *annos, si de feud. fuer. controuers.* sic habetur in gloss. *in l.* 2. *in gloss. magna, in fin.* & Bald. *in* 2. *lect. num.* 2. *C. de iur. emphyt.* Bartol. *in l. competit, num.* 2. *vers. item potest intelligi, de prascription* 30. *annorum.* sequitur Aret. *in l. qui aliena, §.* 1. *num.* 3. *vers. cui adde, ibi.* Tu verò vide Glost. *de acquirend. hered.* quia secundùm Aret. clariùs id dicit quàm alia, nempe emphyteutam, qui caret titulo vero, vel putatiuo, non posse præscribere ius vtilis dominij, nisi spatio 30. annorum, quando constat concessionem non fuisse factam *per d. cap.* 1. *§ si quis per* 30. *annos, si de feud. fuer. controu. inter dom & agnat.*

Quòd si dubitetur de concessione emphyteusis, & ad eam probandam allegetur solutio Canonis, sufficit tempus decennij ad præscribendum: quæ opinio est bona, vt tradit Ruin. *cons* 10. *n.* 3. *& cons.* 75. *num.* 4. *lib* 1. vbi ait hoc procedere, quando quis ab initio possidere cœpit tanquam emphyteuta, nec apparet de concessione. Si verò fuit in possessione per 30. annos, & sicuti emphyteuta præstitit seruitium, seu canonem, etiam præscripsit secundùm intellectum *d. cap.* 1. *§. si quis per* 30. *annos.* Idem dices, scilicet præsumi emphyteusim ex præstatione canonis per 30. annos tam in rusticis, quàm in mulieribus, vt etiam probat Papæus *quæst.* 407. & Alexand. *cons.* 50. *col. vlt. lib.* 5. & Barbos. *cons.* 8. *num.* 5. *lib.* 2. à fortiori conceditur præscriptio in hac materia ex præstatione Canonis facta ab aliquo tanquam emphyteuta per spatium 40. annorum; & de hac præscriptione loquitur Angel. *in §. emphyteus num.* 19. *in authent. de non alien.* & tanquam magis communem tuetur Iason *in l.* 2. *num.* 155. *de iur. emphyt.* & Riminald. iun. *in cons.* 238. *num.* 41. Quæ præscriptio est necessaria contra Ecclesiam; vt habetur *in cap. de quarta, de præscription. & in authent. hoc ius porrectum, C. de sacros. Eccles.* & ita fuisse iudicatum tradit ipse Guid. Papæus *d. cons.* 4.. & Afflict. *in c.* 1. *de controuers. inter mascul. & fœmin.*

Necesse item est ad hanc præscriptionem, vt solutio fiat ex causa emphyteusis singulis annis, & tanquam emphyteuta, vt ait Bald. *in d. cap.* 1. *si quis per* 30. *annos, num.* 6. *vers. not. verbum, quod possessio.* & Ruin. *cons.* 75. *num.* 4. *vers. aliquando, & secundò, lib.* 1. & constat *ex d. l. cùm de in rem verso, cum gloss. ff. de vsur.* & talis præsumitur concessio, qualis solutio apparet. sic Bald. *in l. si certis annis, num.* 9. *C. de pact.* Vnde probanda est solutio fieri ex ea causa, ex qua dicitur facta concessio: quod etiam firmat Salycet. *in l. cùm de in rem verso, n.* 6. *vers. quaro modò, & n.* 12. *vers. sed si non simpliciter, ff de vsur.* dummodò non constet de alio titulo, seu causa; videlicet ex causa simplicis locationis, & ad modicum tempus: ita Ruin. *cons.* 75. *num.* 5. *lib.* 1. Bald. *in l. malè agitur, de præscript. longi temp.* & *ibi* Angel. Mantica *d. lib.* 22. *tit.* 8. *num.* 37. Denique debet probare causam, & titulum, & præstationem longi temporis, & simul per testes probare solutiones factas esse ab illo tanquam ab emphyteuta: ita Salycet. *in d. l. si certis annis, num.* 9. *C. de pact.* Curt. sen. *ibidem, num.* 16. vbi ait hoc esse memoria tenendum.

Nec obstat quòd emphyteusis sit probanda per scripturam, *l.* 1. *C. de iure emphyteut.* ideò si non constat de titulo per scripturam, non potest contrahi emphyteosis ex diuturna Canonis præstatione etiam per tempus longissimum. Respondetur ex diuturna solutione annua nasci coniecturam vehementem, quòd emphyteusis sit contracta præmissis solemnitatibus requisitis; prout vult Bald. *cons.* 116. *num.* 2. *lib.* 1. *& cons.* 24. *num.* 1. *vers. & notandum est, lib.* 4. Specul. *de locat. & emphyt. in d. §. nunc aliqua, vers.* 142. *num.* 169. quia vbi necessaria est scriptura, temporis coniectura tantundem operatur. Idem Bald. *d. consil.* 24. addens *cons.* 116. *num.* 1. non esse necessariam scripturam ad probandam concessionem emphyteusis, si ex scriptura constet de solutionibus pensionum, siue canonum: quoniam ex probatione consequentis, per instrumentum, probatur etiam antecedens: vt habetur *in l. quicumque, C. de apoch. public. lib.* 10. 7.

Sunt etiam aliæ coniecturæ, ex quibus præsumitur contractus emphyteusis: nempe si conuentum sit inter partes quòd accipiens rem acceptam si in aliam transferat, laudemium ex alienatione domino præstet concedenti: quia laudemium non pro locatione, sed pro emphyteusis alienatione præstari solet. *l. vltim. C. de iur. emphyt.* Alex. *cons.* 23. *num.* 7 *lib.* 5. Menoch. *de præsumpt. præsumpt.* 105. *num.* 7. *lib.* 3. Item si concessio est perpetua, dicitur emphyteusis; cùm locatio sit ad tempus certum. Bald. *in cap. litera, col.* 2. *vers. modò ego quæro, de dilat.* Cagnol. *in Authent. qui rem, num.* 67. *C. de sacrosanct. Eccles.* Natta *cons.* 49. *num.* 29. *lib.* 1. Iason *in l.* 1 *num.* 6. *C. de iur. emphyt.* 8.

Nec refert si concessio fundi vocetur in instrumento locatio, seu conductio, seu colonia: quia si effectus repugnat, cùm dicatur ibi, quòd conceditur ad vitam, vel perpetuò, vel ad tertiam generationem, erit nihilominùs emphyteusis: quoniam non attendimus ad nomen, sed ad id, quod conuenit contractui: proinde iudicabitur contractus, sicut effectus demonstrat. ita Neutzan. *cons.* 91 *num.* 12. *& num.* 22, Natta *cons.* 49. *num.* 13. *lib.* 1. Clarus *in §. emphyteusis, quæst.* 1. *in fin.* post Bellonum *cons.* 21. *num.* 5, *& num.* 7. Vnde quamuis à contrahentibus appelletur emphyteusis, si interueniat pretium ex natura emptionis, vocabitur emptio, non verò emphyteusis: quia non potest immutari veritas propter falsam demonstrationem ipsius rei. *l. cum falsa, C. de iur. & fact. ignor.* & in specie tr.. Afflict. *decis.* 72. *in fin.* Nam vbi pretium interce.., dicitur emptio, & venditio; & ita fuisse iudicatum tradit: quia non est curandum quo nomine contrahentes appellent contractum, sed attenditur id, quod est in veritate: Gloss. *in l.* 1. *§.* 1. *in verbo, agendo, ff. de superficieb.*

&

& Alexand.*cons.*83. incipit, *Visa facti narratione,in* 3. *col. vers. & licet contrahentes, vol.*1.

§. V.

De emphyteusi priuata, seu profana, ac de eius effectibus.

EPITOME.

1 *Emphyteusis priuata quaenam sit; & quomodo distinguatur ab emphyteusi Ecclesiastica, num.*2.

3 *Emphyteusis dicitur concessa in perpetuum si conceda'ur à ciuitate.*

4 *Emphyteusis concessa pro se, & pro haeredibus, transit ad extraneos.*

5 *Emphyteusis concessa pro se, & pro haeredibus non potest repudiari à filio, si est priuata.*

6 *Valascus reiicitur, & cur.*

7 *Emphyteusis priuata non potest obtineri nisi haeres patrisis.*

1. Emphyteusis priuata ea dicitur, quae est de re priuata, seu laica, cuius directum dominium pertinet ad priuatum hominem, seu saecularem: sicut Ecclesiasticam vocamus, quae est de re, cuius directum dominium spectat ad Ecclesiam. Emphyteusis ergo priuata, seu secularis, alio nomine emphyteusis communis dicitur. Molin. *de emphyt. disp.*446. *in princip. pag.* 1145.

2. In dubio autem, an sit priuata emphyteusis, an Ecclesiastica? dicendum est, si forma concessionis fuerit in perpetuum, seu absque vllo termino praefixo, esse priuatam, cùm sit simpliciter concessa: vt per Alexand. *in l.qui in aliena, in princip ff. de acquir. hered.* Iason in *l.*1.*C.de iur.emphyt.num.*6.*&* 7.& alios apud Mascard. *de probat. conclus.*605. quia regulariter Ecclesiastica non egreditur tertiam generationem; vt habetur *in* §. *emphyteusim, de non alienandis.* Ruin. *cons.*75.*num.*4.*&* 7.*vol.*1. Natta *cons.*3. *Pro habenda clara, num.*12.*lib.*1. Alex. *in l.etiam, num.*4.*ff. solut. matrim.* & Bald. *in l.*1. *num.*8. *C. de iur. emphyt.* Nihilominùs emphyteusis à priuato concessa intelligitur perpetua: argument. *l.obligationum ferè,§ placet, ff. de obligat.& action.* Clar.§.*emphyteusis, quaest.*18. *in princip.* dicens hanc esse communem, & ab hac non esse deuiandum.

3. Idem dico, quando emphyteusis est simpliciter concessa à ciuitate: intelligitur enim esse in perpetuum. *l.*1.*si ager vectig.* Speculat. *de locat.* §. *nunc aliqua,num.*7. Item priuata, cum simpliciter conceditur, omnibus haeredibus concessa intelligitur; quia omnibus praesumitur concessa, quibus specialiter non prohibetur concedi. *l.in re mandata, C.mandati, & l. ab ea parte, ff. de probation.* & conuentio inter partes videtur fieri in commodum haeredum. *l.si pactum, ff de probat.* Castrens. in specie, *in l.pactum*, §. *pater, ff.de pact.num.*3. Secùs dicendum in Ecclesiae emphyteusi; quae quamuis possit concedi etiam haeredibus extraneis; in concessione simplici, & ordinaria, non censetur illis concedi; nisi fiat illorum specialis mentio, vel per verba generalia fiat concessio, quae aequet specialem, nempe si fiat tibi, pro te, & haeredibus quibuscunque; tunc enim admittet haeredes etiam extraneos, dummodò fiat ex causa, & euidenti vtilitate Ecclesiae, & praemissa solemnitate requisita: vt Clarus *in* §.*emphyteusis, quaest.* 6. *vers. sed nunquid poterunt*; vbi ait, his duobus concurrentibus, posse non solùm vtile dominium, sed etiam directum ab Ecclesia transferri: post Gratum *cons.*128. *n.*6. *lib.*2. Socin. *cons.*126. *num.* 33. *lib.*2. sequitur Mantic. *de tacit.& ambig.lib.*22.*tit.*9 *num* 1.*in fin.* vbi confirmat: quibus accedit Couarr. *lib.*2. *variar. cap.*17.*post n.*5. *vers. quin etsi emphyteusis.* idem Clarus §. *eodem,q.*18. *n.*9. verbum enim *quibuscumque* comprehendit etiam extraneos, in quacunque materia positum sit. Sed de hoc *infrà.*

Nihilominùs quando emphyteusis priuata conceditur Titio pro se, & haeredibus, extenditur concessio ad haeredes extraneos, & potest cuicomque legari. Calder. *cons.*6. *sub rubric de locat.* Alex. *in l. si patroni, in fin. ff. ad Trebell.* Clarus d. §. *emphyteusis, quaest.*17. *num.*7. §.*Tertius est casus.* Quod intelligitur si sint haeredes vniuersales; quia constat priuatam emphyteusim ad haeredes institutos in rebus certis non pertinere, si alius fuerit scriptus haeres vniuersalis; eò quòd talis emphyteusis est haereditaria, & deuoluitur ad haeredem simpliciter. *l. quoties*, & *ibi* Castrens. *num.*4. *C.de hared.instituend.* Couarr. *lib.*2. *cap.*18. *num.*5. *vers. vndecimo*, eò quòd constat dato cohaerede vniuersali, institutum in re certa, potiùs esse legatarium, quàm haeredem: sic Bald. *in l.liberi, libertaeque, n.*26. *C.de oper.libert.* Salyc. *in l.*2.*quaest.*20. *C.de iur.emphyt.* Lambert. *de iure patronat.lib.*1 *part.*2. *quaest.*11.*art.*16.*num.*11. Valasc. *de iur.emphyt.quaest.*43. & habetur *in leg. quoties, C de hared. instit.* est enim haereditaria; ideò nec ad filium institutum in re certa pertinebit, extante cohaerede vniuersali. Alexand. & Angel. *in l.Gallus*, §.*etiam,col.penult ff.de liber.& posthum* Ripa lib.2. respons. cap.26. num.18. 4.

Dubium tamen est; an emphyteusis priuata assumpta pro se, & pro haeredibus, possit accipi à filio, repudiata haereditate? Negatiua pars est vera, proinde repudiata haereditate retineri non potest, cùm de sua natura sit haereditaria, neque ad alios, quàm ad haeredes filios transire potest; & dicitur concessa filiis vt haeredibus, non verò vt filiis. Sic Alexand. *in l.quod dicitur, ff de verbor.obligat num.*20. post Imol. *ibi.* text. optimus *in l.cùm patronus*, §.*cum libertus ff. de oper.libert.* Couarr. *lib.*2. *variar.cap.*18.*num.*5.§.*idem omnino dicendum est.* Molin. *de instit. tom.*2. *disp.*472. *ad fin fol.*1430. post Curtium iun. vbi ait; cùm emphyteusis sit haereditaria, opus esse vt successor in illa sit haeres vltimi possessoris; & tunc non posse, haereditate illius repudiata, acceptare feudum, seu emphyteusim. Vnde non est audiendus Valasc. *de iur. emphyt.quaest.*44.*num* 19. post multos, quos *ibi* sequitur, & Cald. *de nominat. quaest.*21. *num.*39. post Pinel. *l.*1. *C.de bon.mater p.*3.*num.*91. dicentes sufficere successorem esse haeredem primi possessoris mediante aliquo intermedio, qui haeres tandem primi possessoris extiterit; nec opus esse, vt haeres sit vltimi possessoris. Neque vrget ratio eorum, quòd descendentes accipiant à primo possessore, non verò ab immediato: quoniam constat non accepisse tanquam ab origine à primo possessore, sed à proprietario, qui sub eisdem conditionibus emphyteusim constituit, & concessit vt ad successores deueniret, interueniente applicatione ab vltimo possessore facta suo haeredi. Sic Molin. *praellegat.* post Curt. iun *cons.*125. *num.*4. Corn. *cons.*28.*lib.*2.*col.*3.*& cons.*96.*lib.*1. Soc. iun. *cons.* 22. *lib.* 1. vbi tradit hanc opinionem esse communem: idem fatetur eam sequutus Ludouic. Gozadin. *cons.* 4. *num.* 31. & multò priùs Bartholomaeus Socin. *in l. si cognatis, num.*40. *ff. de reb.dub. & in l.haeredes mei*,§.*cùm ita,col.*6. *ff.ad Trebell.* Idem Soc. *cons.*73. *lib* 4. *num.*14. *& cons.*86.*col.*6. *vers. aliquando & quartò,& cons.*43. *lib.*3. *col.*2. & Ant.Rub. *cons.*36. 37.*&* 38. & alij apud Couart. *practic. quaest. cap.*38. *num.*1. per text. *in l.cùm ita legatur*, §.*in fideicommissum, ff.de legat.*2. ibi, *Et qui ex his primo gradu*: vnde probatur vocatum esse ad fideicommissum proximiorem ipsi grauato, ac possessori vltimo; quamuis 5.

sit

sit aliàs proximior testatori, vel Institutori maioratus: & probatur ex lege Lusitana, *lib.4. Ordin. tit.100. num.2.* ibi. *E nos Morgados, e bens vinculados, de qualquer qualidade que sejam, succedera o parente mais chegado ao vltimo possidor, sendo do sangue do instituidor.* Hoc est, in maioratibus, & bonis vinculo constrictis, cuiuscunque qualitatis sint, succedet consanguineus proximior vltimo possessori, dummodò sit ex sanguine institutoris: sequitur Mantic. *de tacit. lib.22. tit.17. num.38.*

7 Quòd si quis accipiat pro se, & pro filiis emphyteusim, si est sæcularis, non poterit obtinere eam, nisi fuerit hæres patris: sic Bartol. *in l. si tibi. §. si pactum, num.9. ff. de pactis*, & *ibi* Iason *num 9.* Præposit. *in cap.1. an agnat. vel filius, col.3. vers. quæro.* Ratio est, quia pater stipulando, vel paciscendo filio, videtur stipulari pro filio non simpliciter, sed vt hærede; secundùm gloss. communiter receptam *in d.l. si tibi, §. si pactum*, & Anchar. *cons.310. num.1.* Vnde sequitur non posse repudiare hæreditatem filium, & accipere emphyteusim, cùm sic concessa transferatur ad quoscunque hæredes; esto, simpliciter concedatur, nulla facta mentione filiorum, aut hæredis; filius nihilominùs non poterit consequi emphyteusim, nisi sit hæres patris: text. elegans *in l. cùm patronus, §. cùm libertus, ff. de oper. libert.* Si ergo repudiauerit hæreditatem, non obtinebit emphyteusim prophanam, quæ hæreditaria est; & emphyteusis hæreditaria continetur appellatione hæreditatis: ita Zasius *de feud. art.8. num.14.* Iason *cons.75. in princip. num.1. lib.1.* Alex *cons.19. lib.5.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.44. num.6.* Cald. *de potest. eligend. cap.17. num.30. & sequent. & de nominat. quæst.22. num.14.*

8. Ego tamen contrarium censeo, nimirum emphytheusim secularem concessam Titio, & eius liberis, seu descendentibus, esse de pacto, & prouidentia: proinde in ea poterunt filij, quamuis hæredes non sint, aut hæreditatem repudient, succedere: & non esse hæreditariam emphyteusim; nisi quæ pro hæredibus concessa fuerit, cùm acquisita pro hæreditaria iudicentur: vt decernitur *in l.5. ff. de religios. & sumpt. funer.* ibi: *Hæreditaria autem, quæ quis sibi, hæredibúsque suis constituit: familiaria verò dicuntur, quæ quis sibi familiæque suæ constituit:* propterea filius repudiata hæreditate poterit capere hanc emphyteusim: gloss. *in cap.1. an agnat.* Nec refert quòd contrarium dicitur in feudo; quia cùm sit alienum à iure communi, non potest accommodari ad emphytheusim pro filiis concessam; quæ si est secularis, non requirit filios esse hæredes: vt in specie tradit Clar. *§. emphyteusis, quæst.37.* post Bartol. *in l. vt iurisiurandi, §. si liberi, num.4. ff. de oper. libert.* vbi ait emphyteusim transire ad filios, etiamsi non sint hæredes patris: quam opinionem vocat communem Alex. *cons.8. num.1. lib.3. & cons.119. num.4. lib.5.* Couarr. *lib. variar. cap.18. post num.2. vers. quinta conclusio, & num.4. vers. septimò constat.* sequitur Pinel. *in d. l.1. C. de bon. mater. 3. p. num.85.* Cald. *de nominat. quæst.22. à num.19. ad num.23. vsque:* vbi ait esse obseruandam in Lusitaniæ Regno, *& de potest. eligend. cap.19. n.32. & sequent.* sequitur Molin. *tom.2. de iustit. disp.473. fol.1432.* neque illam omninò reiicit Valasc. *de iur. emphyt. quæst.44. n.6. vers. quamuis non desint, fol.201.* vbi addit non deesse, & fortè qui meliùs teneant, emphyteusim concessam simpliciter pro se, & filiis, quamuis secularem, non exigere filius esse hæredes: vt bene disponit Ordinatio Lusitana *lib.4. tit.96. §. fin.* ibi: *Para seus filhos, e descendentes, num.24. vers. Porem se no contrato do aforamento, que foi feito.*

§. VI.

An filij, qui non sunt hæredes patris, possint succedere in emphyteusi.

EPITOME.

1 *Emphyteusis concessa pro se, & filiis transit ad filios non hæredes.*
2 *Emphyteusis concessa pro filiis, & hæredibus non admittit filios, nisi sint hæredes.*
3 *Pater non adquirit pro filiis vt hæredibus, sed vt filiis.*
4 *Emphyteusis concessa pro filiis, filius exhæredatus potest in illa succedere.*
5 *Filius institutus in re certa, succedit in emphyteusi concessa pro filiis æqualiter.*
6 *Fœmina vtrùm succedere possit in emphyteusi, masculis non extantibus?*
7 *Patruus succedit nepoti in emphyteusi concessa pro filiis, & nepotibus.*
8 *In emphyteusi, & fideicommissis; veritas, & non fictio consideratur.*
9 *Filia præfertur nepoti.*
10 *Concessio emphyteusis non patitur repræsentationem.*

CLarus Indistinctè inter emphyteusim concessam ab Ecclesia, vel à priuato, *§. emphyteusis, quæst.27.* tradit, quando est concessa pro se, & pro filiis, transire illam ad filios; esto, non sint hæredes patris: quòd si concedatur tibi pro te, & filiis, & hæredibus; tunc non transferri ad ipsos filios, nisi simul sint hæredes: quod docet ex Bartol. *in d. l. vt iurisiurandi, § si liberi, ff. de oper. libert.* & est communis opinio, teste Alexandro *cons.128. post num.6. vers. & illa verba, lib.1.* Couarr. *lib.2. variar. cap.18. num.2. vers. quinta conclusio, & num.3.* post plures in vtroque loco, quos referens sequitur. Ex quo secundùm priorem partem huius asserti, possunt filij omissa hæreditate succedere in emphyteusi, si concessa sit simpliciter pro se, & filiis, vt sentiunt communiter Doctores: secundùm verò posteriorem partem, non poterunt succedere in emphyteusi, relicta hæreditate; vt est etiam communis sententia. 1.

Idem dicit Clarus, si concedatur emphyteusis vsque ad tertiam vitam, nulla facta mentione filiorum, aut hæredum; quia præsumitur fuisse concessa considerata potiùs propinquitate sanguinis, quàm successione hæreditatis, & posse in huiusmodi emphyteusi admitti etiam nepotes, quamuis non sint hæredes: vide Clarum *supra, num.4.* Ratio est, quia pater non adquirit emphyteusim pro filiis vt hæredibus, sed quatenùs sibi filij sunt; quod potest facere 2.
secundùm *§. emphyteusim, in Authent. de non alien.* & 3.
iuxta *l. quodcunque, de verbor. obligat.* Speculat. *in §. nunc aliqua, num.154. vers.156. de locat. & conduct.* Salyc. *in Authent. vnde si parens, n.5. de inoffic. testam.* Mantic. *de tacit. & ambig. tom.2. lib.2. tit.17. num.2.* Nec obest *cap.1. an agn. vel filij.* Quia *ibi* loquitur de feudo, cuius ius est singulare, inductum ex consuetudine feudorum: at in emphyteusi seruatur ius commune, ita Salycet. *in l.2. num.27. de iur. emphyt.* vbi ait patrem non acquisiuisse emphyteusim filiis, vt hæredibus, sed vt filiis: sequitur Angel. *cons.184. n.1. vers. nonobstat argumentum de feudo:* secùs quando pater acquirit filiis, & hæredibus. Iason *in d. l.2. de iur. emphyteut. num 188.* quia tunc requiritur quòd sit filius insimul, & hæres; proinde non potest omittere hæreditatem retenta emphyteusi. Bart. *in d. l. vt iurisiurandi. § si liberi, n.4. de oper. libert.* Castr. *in l. de pact. §. Prætor, n.3. ff. de pact.* Clar. & Couarr. *locis cit.*

Hinc

4. Hinc deducitur primò, emphyteusim pro filiis concessam duntaxat, filium exhæredatum capere posse, cùm hæc nihil hæreditatis contineat: item quia defertur emphyteusis filio ex pacto, & prouidentia domini: atque ita exhæredatio illi nocere non potest, quæ filium excludit solùm ab hæreditate. Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 45. col. 2. ad fin.* Cald. *de potest. eligend. cap. 17. num. 33. & num. 41. & sequent.* nec defendi potest opinio Bartoli sententis filium exclusum ab hæreditate, excludendum itidem esse ab emphyteusi pro filiis concessa: vt tradit *in l. vt iurisiurandi, §. si liberi, col. fin. de oper. libert.* secùs si Bartol. loqueretur de emphyteusi hæreditaria; in quo casu fatendum est præiudicare etiam filio exhæredationem, ne emphyteusis deferatur ad filium: at nos loquimur in emphyteusi simpliciter concessa tibi pro te, & filiis: hanc ipse exhæredatus poterit consequi, quidquid aliqui contradicant; quoniam eam consequitur iure contractus, non verò iure hæreditario; & hoc sine dubio est tam in consulendo, quàm in iudicando tenendum. Mantic. *suprà, d. tit. 17. num. 14. cum sequentib.*

5. Deducitur etiam secundò, quando emphyteusis est Ecclesiastica, & conceditur alicui, & eius filiis, succedere in illa filium æqualiter, etiamsi institutus sit hæres ex re certa; neque opus est quòd succedens sit vniuersalis hæres, quia non succedit iure hæreditario: sic Castrens. *in l. quoties, num. 4. C. de hæred. instit.* Alex. *cons. 8. num. 2. lib. 3.* & Bald. *in l. liberti libertaque, num. 26. C. de oper. libert.* Couarr. *d. lib. 2. variar. cap. 18. vers. vndecimo.* secùs si sit hæreditaria pro filiis, & hæredibus accepta, quamuis sit Ecclesiastica, nec transire valeat ad hæredes extraneos; tunc non pertinebit ad filium institutum in re certa, modò sit alius hæres vniuersalis, qui eam possit obtinere, sicut dictum est, priuatam emphyteusim, & hæreditariam non posse venire ad institutum in re certa, dato cohærede vniuersali, vt Castrens. & alij Scribentes *in l. quoties, C. de hæred. instit.* Sed de hoc *infrà, ad fin. huius tractatus.*

6. Dubitatur, vtrùm quando emphyteusis conceditur alicui pro se, & filiis, & nepotibus masculis; & masculis non extantibus, pro vna fœmina duntaxat? Dico masculis omnibus extinctis succedere fœminam superstitem, quòd si plures fœminæ extent, & emphyteusis fuerit ex causa lucratiua concessa; obtinebit emphyteusim illa, quam dominus elegerit: secùs si fuerit obtenta ex causa onerosa; tunc si pater non nominauerit, succedet in ea filia senior: ita Hieronym. Gabriel *cons. 85. num. 1. vsque ad n. 9. lib. 2.* consonat lex Lusitana *lib. 4. tit. 36. num. 1.* ibi: *A maior das filhas em falta de filho aia o foro*, idest, filia natu maior deficiente filio obtineat emphyteusim: quòd si Petrus tibi concedat emphyteusim ad tertiam generationem absque vlla mentione filiorum, aut hæredum? Respondet Corn. *cons. 100. lib. 4.* esse admittendos filios, & nepotes, quamuis non sint hæredes; quia ex natura verbi generationem contrahentes potiùs visi sunt attendere ad successionem propinquitatis, quàm successionem hæreditatis: quæ sententia est communis; vt ait Clar. *§. emphyteusis, q. 37. num. 4.* Quod intellige, vt filij post mortem patris succedant; eis autem deficientibus, nepotes ingrediantur in emphyteusim: nam emphyteusis concessa pro se, & filiis, & nepotibus, intelligitur ordine successiuo. Bartol. *in l. Gallus, §. quidam rectè, n. 9. de liber. & posth.* Bald. *in l. liberti, libertaque, num. 24. C. de oper. libert.* Castrens. *in l. hæredes mei, §. peto, num. 2. in fin. ff. ad Trebell.* Igitur sicut filij in hac emphyteusi etiam ad tertiam generationem concessa possint repudiata hæreditate succedere; sic nepotes possunt omittere hæreditatem, & retinere emphyteusim: ita Clarus & Corn. *vbi proximè.*

Ambigitur tamen an post mortem patris filius,
qui successit in emphyteusi, si contingat eum mori 7.
sine liberis, relinquatque fratrem, & nepotem filium alterius fratris defuncti, quis eorum sit admittendus ad emphyteusim concessam pro se, filiis, & nepotibus, patruúsne, an nepos filius fratris? Corneus *cons. 24. num. 3. lib. 2. & cons. 13. eod. lib.* Ruin. *cons. 163. lib. 1.* Alciat. *in l. cùm ita, §. fideicommisso, num. 9. vers. & quod in feudis, de legat. 2.* dicunt filium fratris simul patruo succedere in hac emphyteusi. Tiraquel. *de primog. 40. quæst. à num. 19.* Ratio est, quia vbi agitur de successione ascendentis, vel patrui ab intestato, nepos ex fratre defuncto vnà cum patruo succedere solet. *cap. 1. in Authent. de hæred. ab intestat. ven. §. cùm filius, Institut. de hæred. quæ ab intest. def. Auth. cessante, de leg. hæred.* quam opinionem tradit etiam Angel. *in l. Gallus, §. quidam rectè, de liber. & posth. num. 4.* Alex. *num. 9. & cons. 26. num. 8. in fin. lib. 3.* Probatur, quia in successione fideicommissi nepos ex fratre defuncto cum patruo succedit: & est in glossa recepta *in l. cùm ita, §. in fideicommisso, de legat. 2.* Igitur pari modo hoc procedit in emphyteusi.

Dicendum tamen est hoc non habere locum in emphyteusi concessa pro filiis, & nepotibus, quæ iure hæreditario ad eos non pertinet, sed defertur ratione, seu iure contractus; cùm igitur hæc ad illos ordine successorio deuoluatur, & filius sit priùs ordine quàm nepos; priùs succedet patruus quàm filius, idest nepos ex fratre defuncto; vt probat *l. hæredes mei, §. vlt. ff. ad Trebell.* Ex quo constat, quòd vbi plures vocantur ordine successiuo, nunquam nepos ex filio præmortuo succedet, nisi deficientibus omnibus aliis filiis: vt bene resoluit Alex. *ibi num. 5. vers. quid si vnus filius.* Nec facit contra nostram sententiam gloss. recepta *in d. l. cùm ita*, loquens de successione fideicommissi, quod intelligitur relictum ordine successiuo; atque ita nepos ex filio præmortuo ingreditur locum patris, & cum patruo succedit, teste Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib. 8 tit. 9.* Quia respondetur quòd in vltimis voluntatibus large fit interpretatio, magis quàm in contractibus. *cap. cùm dilecti, de donat. l. in testamentis, de regul. iur.* coniuncta *l. quidquid adstringendæ, in princip. de verbor. obligat.* Item quia quamuis filius fratris sit cum fratre in eodem gradu, *§. cùm filius, Instit. de hæred. quæ ab intest. def. & §. 1. & sequent. de hæred. ab intest. ven.* Hoc tamen verum est per repræsentationem, & legis fictionem, quæ non procedit in casibus in iure non expressis. Item in huiusmodi emphyteusis dispositione, magis consideratur affectio, quàm iuris dispositio; ideò maior præsumitur erga fratrem, quàm erga filios fratris: vt in simili tenet Bald. *in d. l. cùm ita, §. in fideicommisso, de leg. 2.* Mantic. *d. tit. 9. num. 2. §. contrariam verò opinionem*, & frater est verè proximior, filius autem fratris est proximior per fictionem; ideò esto per fictionem, & repræsentationem filius fratris in locum patris recipiatur cum patruo ad successionem, vt exponit Bald. *in Authent. cessante, n. 5.*
vers. sed circa illum casum, de legit. hæred. in fideicom- 8.
missis, & in emphyteusi veritas, non verò fictio consideranda est. *l. fideicommissum, de condition. & demonstrat.* & hanc opinionem in emphyteusi docet Raph. Cuman. *in d. l. cùm ita, §. in fideicommisso, in vtraque lectura, in fin. de legat. 2.* Alex. *cons. 129. lib. 5. per totum*, dicens non vocari ad emphyteusim Ecclesiasticam nepotes cum filiis, quandiu filij superuixerint, etiam dato quòd nepotes extent ex filio præmortuo: & notat Bald. *in d. l. cum ita*, super gloss. *in verbo proximo*, vbi vult quòd in terminis *§. in fideicommisso*, si condens testamentum leget suis centum millia, esse diuidenda inter eos, qui in proximiori gradu sunt testatori

statori tempore mortis suæ, addens ibi filium esse præferendum filio fratris sui præmortui; quia considératur ordo gradus, quando agimus de succedendo ex dispositione hominis: vt habetur *in d. l. cùm ita, §. in fideicommisso, de legat. 2.* & non est considerandum quòd filius fratris præmortui repræsentet personam fratris præmortui, quod attenditur quando succeditur ea dispositione legis; vt *in Authent. cessante, C. de legit. hered.* Secùs quando succeditur ex dispositione hominis, vt in nostro casu, quia consideratur affectio, quæ videtur esse maior ad proximiorem in gradu: vt probatur *in d. §. in fideicommisso:* pro qua sententia plurimùm vrget ratio Raphaelis Cuman. *in prææallegato §. in fideicommisso*, dicentis filium fratris non assumere personam patris, nec locum, nisi quando agitur de succedendo in hæreditate ascendentis: sed vbi non tractatur de hoc, sed de alia successione non concernente causam hæreditariam, aut cohærentem causæ hæreditariæ, tunc in eo euentu non ingreditur nepos locum patris sui. In eadem opinione est nouissimè Mantica *de tacit. & ambig lib. 22. tit. 17. num. 9.* si emphyteusis sit Ecclesiastica, & simpliciter pro filiis concessa fuerit, & pronepotibus; quia tunc iure hæreditario non defertur, sed iure contractus in ea succeditur. Secùs si emphyteusis sit priuata, quæ eo modo etiam concessa intelligitur hæreditaria: quod etiam Alexand. *d. cons. 129.* tanquam communem opinionem tradit *num. 2. & 5. vers. denique posito, lib. 5.* pro qua etiam Mantica *citat. n. 18.* refert ac sequitur Ruin *cons. 162. lib. 1. & cons. 134. num. 25. & num. 26 lib. 2.* & Anton. Gabriel *conclus. 1. num. 33. & 34. de success. ab intestat. lib. 2.* & alij. Sed vt *suprà* iam diximus cùm opinemur, & benè cum multis, nec concessionem factam à priuato pro se, & filiis, & nepotibus esse hæreditariam, fateri debemus in vtraque emphyteusis concessione eodem modo factam semper patruum esse præferendum filio fratris præmortui, etiam de iure communi, quoties tractatur de alia successione, quæ ad causam hæreditariam, aut affinem illius non pertinet: vt Cuman. *in d. l. cùm ita, §. in fideicommisso, de legat. 2.* Ruin. *in d. cons. 162. num. 11. in fin. lib. 1.* & Ludouic. Bologn. *cons. 48. num. 5.* benè sentiunt.

9. Quod assertum decisum est *in l. Regia Ordin. nostra, lib. 4. tit. 36 §. 2.* ibi. *Eonde ouuer filho, ou filha nam auera o foro neto, ou neta, posto que o neto seia filho, do filho mais velho*, idest, vbi extiterint filius, aut filia, non obtinebit emphyteusim nepos, aut neptis, quamuis nepos sit filius ex filio seniore, propter gradus prærogatiuam, ideò proximiores in gradu sunt vocandi, quando plures collectiuè vocantur: sic Alex. *cons. 35. lib. 4. num. 1.* Rubeus *cons. 36. num. 5.* Socin. *cons. 86. num. 8. lib. 3.* Iure optimo ergo lex Regia vocat primò filios, aut filias, quàm nepotes, qui remotiores sunt; & filij, & filiæ proximiores igitur, dum existunt, præferendi sunt in obtinenda emphyteusi: teste etiam Raphaele Cuman. *cons. 107. ad medium.* Quod idem censent Gozadinus *cons. 4. num. 6.* & Peralta *in l. cùm ita, in §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* in fideicommissi successione, & in alia quauis dispositione ab homine procedente, sicut est emphyteutica, in quibus attenditur gradus præferentia: secundùm quam excluduntur nepotes, & filij admittuntur: quòd idem docet Rubeus *in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liber. & posthum. num. 135.* & doctissimus Costa *in Regni success. pag. 16.* ex eo quòd in successione emphyteusis pro filiis considerat lex nostra gradus prærogatiuam, nec admittit repræsentationem, vt benè notauit Costa *lib. de Regn. success. pag. 173. & 177. ad fin.* quod etiam dixit Pinel. *in 1. part. l. 1. Cod. de bon. mater. à num. 69. & sequent.* & Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 50. num. 5. ad fin.* qui omnes consentiunt concessionem emphyteusis, *in d. §. 5. ad*

10. medium, non pati repræsentationem; proinde nepotes excludi non solùm à filio, sed etiam à filia: ita quia non datur repræsentatio, nisi quando iure vniuersali hæreditario succeditur, non verò quando iure particulari nominationis, quali in emphyteusi succeditur; vt aiunt Costa *cit.* & Roland. à Valle post plures *cons. 68. num. 14. tom. ...* & in fideicommissi successione, secundùm resolutionem non est admittenda repræsentatio etiam in fideicommisso; ac proinde de illo, sicut de emphyteusi resoluendum est, non esse admittendos nepotes existentibus filiis, seu filiabus: vt Peralta *citatus* ait, Gozadin. *d. cons. 4. num. 6.* cum Decio *cons. 1. num. 1.* & alij, secundùm quos nulla datur differentia, nec discrimen inter emphyteusim concessam pro se, & pro filiis, & nepotibus; & inter fideicommissum: cùm concessio vtriusque non ab vniuersali iure hæreditario, sed ab speciali, seu particulari proficiscatur; & consequenter in vtraque concessione, nulla reperitur repræsentatio, vt Doctores Lusitani præallegati fatentur; ideò nepotes nullo modo ingredientur locum parentum, existentibus patruis, aut amitis.

---

§. VII.

Quænam sit emphyteusis de pacto, & prouidentia? Quæ hæreditaria? Quæ mixta? Et quomodo differant inter se?

EPITOME.

1 *Emphyteusis de prouidentia quæ dicatur?*
2 *Emphyteusis hæreditaria censetur quando in eius concessione fit mentio hæredum.*
3 *Ecclesiastica hæreditaria non transit ad hæredes extraneos, sicut sæcularis.*
4 *Quæ sit emphyteusis hæreditaria mixta?*
5 *Emphyteusis Ecclesiastica de iure nostro transit ad extraneos.*
6 *Concessio tibi facta, & tuis hæredibus ex suo corpore descendentibus, sitne hæreditaria simpliciter, an de prouidentia?*
7 *Concessio mihi, & hæredibus meis legitimis est hæreditaria.*
8 *Concessio sibi, & suis, est familiaris.*
9 *Concessio tibi, & filiis, & hæredibus secundùm sexus, & ætatis prærogatiuam, est hæreditaria mixta.*
10 *Accipiens emphyteusim hæreditariam tenetur ad onera hæreditaria.*
11 *Secùs si sit familiaris.*
12 *Pater potest emphyteusim vni ex filiis prælegare.*
13 *Filius non potest obtinere emphyteusim priuitam, nisi sit hæres patris.*

Prima conclusio emphyteusis ex pacto & prouidentia, seu ex familia, illa dicitur, in cuius inuestitura, ac concessione, nullo fit mentio hæredum, nec requirit, vt successores sint hæredes: ita Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst. 6. num. 1. & quæst. 37.* Bartol. *in l. vt iurisiurandi, §. si liberi, n. 4. ff de oper. libert.* Cou. *2. variar. cap. 18. num. 1. vers. quinta conclusio, & num. 4.* Cald. *de nominat. quæst. 22. & quæst. 23. num. 33.* post plures, quos *ibi* referens sequitur, siue priuata, siue Ecclesiastica sit emphyteusis, vtraque ex pacto & prouidentia, seu familiaris est, proinde filius succedens eam retinere potest, & repudiare hæreditatem. Iul. Clar. & Cald. *ibi.* Molin. *lib. 1. de primog. cap. 8. num. 5.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 43. num. 2.* Pinel. *lib. 1. Cod. de bon. matern. part. 3. à n. 84.* 1.

Infertur

Infertur hinc omnes has concessiones emphyteusis, & alias huic affines, esse ex pacto, & de prouidentia. Concedo tibi hanc emphyteusim, vxori, & filiis, aut descendentibus; vel concedo in tres generationes; vel tibi, & duobus aliis post te: quia in his concessionibus non requiritur vt successor hæres sit. Item quando conceditur tibi, & liberis tuis: tibi, & generi tuo: tibi, & duabus personis; ita quòd tu nomines secundam, & secunda tertiam: tibi, & tuis descendentibus ex corpore tuo genitis, aut legitimis, siue addatur per lineam masculinam, siue fœmininam, siue non. Denique vt vno verbo concludam, si nulla in concessione fit mentio de hæredibus, censebitur de prouidentia, seu familiaris: sic Alexand. *cons.26. num.3. & cons.28. num.18. lib.5.* Decius *cons.185. n.3. & cons.208. num 7. & cons.239. num.4. vers. sed prædictus.* Quod *ibi* tradit, etiamsi concedatur pro liberis, & successoribus quibuscunque masculis: Alciat. *in respons.483. num.4. & 592. num.1.* Rubeus *cons.85. num.4.* Decius *cons.411. num.1. & cons.445. num.8.* & Gozadio. *cons.84. num.15.* Molin. *tom.2. de inst. disput.473. fol* 1432.

2. Secunda conclusio. De iure Lusitano *lib.4. tit 96. num. 24. vers. Porem se no contrato do aforamento for conteudo*, &c. illa concessio emphyteusis censetur hæreditaria, quæ fit pro hæredibus; & successoribus; vel etiam pro filiis, seu descendentibus hæredibus; aut si pro filiis successoribus stipuletur. Dicitur autem hæreditaria, ex eo quòd non possit obtineri nisi ab hærede, siue filius sit, siue quicúnque alius: sic Couarr. *lib.2. variar. cap.18. num.4. §. idem omninò dicendum*, quod intelligit tam de emphyteusi Ecclesiastica, quàm profana: Garcia *de expens. cap.12. num.83.* Cald. *de nominat. quæst.23. num* 11.13 *&* 14. post multos quos *ibi* referens sequitur, Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 43. num.1.* idem Cald. *de nominat. quæst. 22. num.11. cum sequent.* Iul. Clar. *d. quæst.37.* Hoc tamen discrimen sit inter Ecclesiasticam emphyteusim hæreditariam, & inter secularem: quòd sæcularis hæreditaria transit ad hæredes extraneos; Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.28. §. tertius casus, num.6.* quæ opinio est communis, teste Alexand. *in l. si patroni, in fin. ff. ad Trebell.* sequitur Gigas *de crimin. læsæ Maiestat. lib.2. in rubric. de pæn. quæst. 6. num. 6.* Cald. *de nominat. quæst 23. num.23.*

Ecclesiastica verò, quamuis hæreditaria non transit ad hæredes extraneos, idem Iul. Clar. *d. num.6.* regulariter; ideò verbum *pro se, & hæredibus*, in concessione positum comprehendit hæredes descendentes, non autem extraneos: sic Alexand. *cons. 56. num. 3. lib. 2.* Gozadin. *cons.39. num.6.* Afflict. *decis.100. num.1.* vbi sic fuisse iudicatum tenet: idem censent Bolog. *cons.84. dub.1.* Decius *in cap. in præsentia, post num.48. vers. ex suprà dictis, de probation.* Cald. *de nominat. quæst. 22. num. 26.* quia de natura emphyteusis est ad extraneus non transire. Afflictus *vbi proximè*, & quamuis verbum *hæredes* contineret extraneos in seculari emphyteusi, secùs
3. in Ecclesiastica: vt benè dixit Socin. *lib. 4. cons.79. num.5. & 6.* quæ concessa pro successoribus descendentibus tantùm, non transit ad alios; & ita iudicauit Regius Senatus, teste Gama repugnante *decis.5. num.4. & 5.* nisi concessio emphyteusis Ecclesiæ fiat cum clausula pro omnibus hæredibus; seu pro quibuscunque hæredibus: tunc poterit ad hæredes extraneos transire, authore Socino nepote *cons. 72. lib.1. num. 22.* Gozadin. *cons. 14. num. 12.* Roland. à Valle *cons. 96. lib.1. num.33.* Couarr. *variar. lib. 2. cap.17. num. 5.* Gigas *de pens. quæst.19.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 49. num. 9.* & Cald. *de nominat. quæst. 23. num. 29. cum sequentib.* imò si fiat concessio, *pro quibus dederit*, migrabit ad extraneos. Menoch. *cons.41. num.26.* Roland. *citat.* Curt. iun. *cons.4. num.4. & cons.19. num.11.* Mantic. *tom.2. de tacit. & ambig. lib.22. titul. 9. num.2.* vbi ait transire ad extraneos, si concedatur pro se, & hæredibus quibuscunque; post Hieronym. Gabriel. *cons.76. num.6. lib.2.* Imol. *in §. quod dicitur, num.14. de verbor. obligat.* & Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst. 6. vers. sed nunquid poterunt*, Molin. noster *tom. 2. de instit. disput.469. conclus.1.*

Sed quid dicendum de emphyteusi hæreditaria mixta? Respondeo illam vocari, quæ conceditur alicui pro se filiis, & hæredibus; cum hac tamen expositione, quòd si emphyteusis sit laica, seu sæcularis, & in ea appellatione hæredum veniant extranei, talis emphyteusis erit simpliciter hæreditaria: ast in emphyteusi Ecclesiastica cùm nomine hæredum veniant duntaxat descendentes, nisi nominatim alij exprimantur, erit emphyteusis solùm hæreditaria mixta, proinde nemo qui hæres non sit, siue filius, siue non, potest in ea succedere. Iul. Clar. *§. feudum, quæst. 9. num.8. §. etiam emphyteusis, quæst.37. num.2. & 3. & quæst.16. num. 3.* vbi de hac re benè distinguit: Valasc. *quæst. 44. num. 9. de iur. emphyteus.* vbi addit si concedatur pro se, liberis, hæredibus, sine copula; tunc non admitti hæredes extraneos etiam in profana emphyteusi, & probatur *ex Lege Regia, lib. 4. titul. 96. num. 24.* ibi: *Sem fazer mençam de herdeiros, è successores.* Molin. *tom.2. de inst. disput. 473. fol. 1433.* quia est emphyteusis mixta, & vox hæredibus non comprehendit descendentes, quibus additur, nec diffunditur ad extraneos. Concordat Pinell. *l.1. Cod. de bon. mater. part.3. num.90. illatione quinta*, ideò successor in illa debet esse hæres; esto, sit filius; vt ait Bartol. *in l. Prætor. §. erit ante, num.1. ff. vi bon. rap.* ibi: *qualitas.* *Alciatus in l. sciendum, num.9. ff. de verbor. obligat.* 4.

Similiter emphyteusis sub hac forma concessa non erit hæreditaria simpliciter, sed mixta, *Tibi, & hæredibus tuis masculis, & de corpore tuo natis:* dicitur tamen hæreditaria simpliciter ad effectum vt nemo succedere possit, nisi qui semel fuerit hæres. Idem dic de concessione *Tibi, & hæredibus tuis legitimis* facta: quòd sit hæreditaria ad hunc effectum, quia verbum illud *legitimis* explodit illegitimos, nec aufert robur suum à verbo *hæredibus.* Valasc. *de iur. emphyteus. quæst. 44. num 16. & 18.* Valascum sequitur Molin. *disput. 473. fol.1434.* Quod si concessio fiat sub hac forma, *pro hæredibus, & successoribus?* Respondet Cald. *de nominat. quæst.23. num.13.* in Regno nostro dici hæreditariam, *per legem nostram, lib. 4. titul.96. num.24.* Nam vt sit hæreditaria, satis est vt concessio fiat *pro filiis hæredibus*; vel *pro filiis successoribus*; vel *pro filiis*, seu *descendentibus hæredibus*, probat Molina *prææallegatus*, quia ex illo dicitur hæreditaria, quia non potest apprehendi nisi ab eo, qui hæres sit: erit ergo, si sæcularis sit, hæreditaria simpliciter; quia nomine successorum intelliguntur extranei iure hæreditario succedentes: sic Molin. *eadem disput. ad fin.* si verò sit Ecclesiastica, & non fiat mentio de hæredibus, erit ex pacto, & ex prouidentia; si verò fiat mentio de illis, erit hæreditaria mixta in dubio. Valasc. *quæst.43. num.4.* Cald. *d. quæst.23. de nominat. num.14.*

Ex dictis sequitur de iure nostro Lusitano bona Ecclesiæ in emphyteusim concessa transire ad extraneos, quod ius nostrum commune est; secundùm gloss. *in cap.1. §. nos Romanorum, verbo, & incertis, de pace Constan.* Iason *in l. stipulatio ista, §. si qui, num.6.* ff. de verbor. obligation. Proinde ordinatio dum iubet ordinem succedendi, *lib. 4. tit. 36. num.7.* ibi: *Etomando alguem bum foro para sy, e pera seus erdeiros, è successores*, idest sibi; & suis hæredibus, & successoribus, 5.

passara o fore à todos os seus erdeiros, intelligitur à Doctoribus Lusitanis, tam in seculari, quàm in Ecclesiastica locum habere; vt ait Gama *decis.*50.*n.*5. post Alexand. *cons.*9.*num.* 3. *vol.* 5. Vnde si maritus instituat hæredem vxorem, illique relinquat emphyteusim etiam Ecclesiasticam obtentam sibi, & suis hæredibus, & successoribus, omisso nepote: præferendus est nepos vxori aui sui, & non est diuidenda inter ipsam vxorem, & nepotem: quia Lex nostra loquitur de diuisione facienda inter descendentes per æstimationem, dummodò illius hæredes sint; non verò inter nepotem descendentem, & vxorem extraneam hæredem: nec obstat Legem Regiam non loqui de emphyteusi Ecclesiastica: Quia oppositum est verius; & ita fuisse iudicatum tradit Gama *citatus*, *num.* 2. & receptum est posse legem ciuilem disponere de emphyteusi Ecclesiastica, quando agitur de dominio vtili: ita Tiraquel. *de retract.lignag.*§.1 *gloss.*13.*num.*8. Anchar.*cons.*433. Paul. Castrensi. *cons.* 194. *Viso statuto*, *lib.*1. & alij apud illum. Valasc. *de iure emphyt quæst.*17.*num* 12. Cald. *de potest. eligend. cap.*15.*num* 34. *&* 35. vbi ait cessante Ecclesiæ præiudicio legem ciuilem Ecclesiasticam emphyteusim comprehendere, & concessionem Ecclesiæ esse expediendam, secundùm Legem Regiam, quia censetur quis contraxisse secundùm consuetudinem, & secundùm leges patriæ: sic Roch. *in cap. fin. de consuetud. fol.*50. *num.*6. Corneus *cons.*95. *lib.* 3. *num* 2. *& cons.*138. *post num* 2. idem Cald. *de nominat. quæst.*7.*num.*11. post multos, quos *ibi* sequitur, *& num.*12. *&* 13. maximè, quia Lex Regia in vtraque Curia, vsu, & praxi recepta est: vt *ibi* tradit Mantica *vbi supra*, *tit.*19.*num.*15. dicens posse iudicari res Ecclesiæ secundùm leges canonibus non contradicentes; vt notat gloss. *in cap.*1. *in verb. Adiuuamur*, *de non. oper. nunciat.*

6. Sed quid dices, si fiat ita concessio: *Tibi, & hæredibus tuis ex tuo corpore descendentibus*; eritne hæreditaria, an ex prouidentia? Diximus *supra* hanc videri hæreditariam mixtam, sed modò quærimus, an sit simpliciter hæreditaria? Conarr. affirmat *d. cap.*18. *vers. posset forsan opinio Pauli Castrens. col.* 6. *&* 7. quam opinionem dicit magis communem. Sylua *cons.*30. *num.*11. *& num.*24. & tenet Albert. Brunus *cons.*24. Ratio, quia non possunt Titij hæredes emphyteusim Titij obtinere; nisi adeant eius hæreditatem. Nicolaus tamen Bellon. *cons.*33.*num.*2. credit esse concessionem de familia, & de prouidentia, proinde ac si nomen hæredis additum fuisset: ita Cremens. *singul.*15. Parisius *cons.* 10. *num.* 7. *lib.* 1. Socin. nepos *cons.*72. *num.* 27. *lib.*1. Afflict. *lib.* 3. *const.rubr.*24.*num.*24. idem Afflict. *decis.*240.*num.*10. Decius *cons.*395. *num.*6. *& cons.*185. Et confirmatur ex communi vsu loquendi, quo solent homines hæredes vocare descendentes, & agnatos, quos sperant successuros perpetuò in emphyteusi, seu in feudo, & maioratu; explosa verborum proprietate: vt tradit Iurisconsult. *in l.non aliter*, §.*fin.ff.de legat.*3. non attendentes ad nomen hæredis; vt ait Decius *cons.*38. *num.* 6. *& precedent.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.*44. *num.*13. ad hanc vltimam partem inclinat, si concessionis forma fiat *pro se, & hæredibus ex corpore suo natis*: quia verbum, *hæredibus*, filios tantùm ibi comprehendit, quia hæredes non nascuntur, sed à lege efficiuntur, nihilominùs quando concessio loquitur *pro se, & hæredibus masculis*, magis accedit ad emphyteusim hæreditariam.

Ego tamen adhuc persisto in mea distinctione, sitne emphyteusis priuata, an Ecclesiastica: si sit priuata, erit omninò hæreditaria, poteritque ad quoscunque hæredes transire: si verò sit Ecclesiastica, erit etiam hæreditaria non simpliciter, sed secundùm quid, & consequenter mixta; ita vt non possit peruenire ad filios, & descendentes, qui hæredes esse noluerint. Ideò non est admittendus Pinell. *in d.* 3. *part. à num.* 88. vbi tradit post multos inter se discordes, quos *ibi* sequitur, esse de prouidentia, non verò hæreditariam: Quia qualitas illa, *hæredibus*, debet sumi in propria significatione, nec tollit quin descendentes hæredes esse debeant; ita Rubeus *cons.* 18. dicens hoc esse magis commune, nempe esse hæreditariam: Curt. *cons.* 155. Grat. *cons.*4.*num.*48.*& num.*55.*lib.*1. cum Curtio est etiam Alciat. *cons.*160. *num.*15. Afflict. *decis.*140. quamuis legendo fateatur se habuisse oppositum; esse hæreditariam tamen fuisse iudicatum sæpius refert à grauissimis Doctoribus asserentibus ex Bald. *in d. cap.*1. *de eo qui sibi & hæredibus suis*; & Paul. Castr. *in l. ex facto*. §. *fin. ff. ad Trebell.* hanc formam inuestituræ, *Tibi, & tuis hæredibus ex tuo corpore legitimè descendentibus*, esse hæreditariam. idem Afflict. *decis.* 195. tanquam communem opinionem refert esse hæreditariam: facit idem Pinell. *citat. num.*89. §. *sed in hac specie*: vbi censet ex tanta varietate inter Doctores emphyteusim esse hæreditariam ad effectum, vt descendentes, & agnati non possint feudum, aut emphyteusim retinere omissa hæreditate, vbi istam formam concessionis emphyteuticæ, seu feudalis vocat hæreditariam mixtam; quod admittimus in Ecclesiastica emphyteusi, & ipse admittit ex mente Scribentium, *in d. cap an agnati, vel filij*: lege illum *num.* 90. § *ex eisdem quarto*, vbi esse mixtam, non quia extranei non admittuntur, sed quia requirit, vt successores sint hæredes.

Sequitur ex hac resolutione, concessionem *mihi*, 7.
& hæredibus meis legitimis, esse hæreditariam: & respondet huic, *mihi, & liberis, seu descendentibus*, ad quam emphyteusim vocantur filij, dummodò hæredes sint, quæ qualitas fuit addita à Domino, vt necessariò hæredes essent: sic Paris. *cons.*65.*num* 7. *lib.* 3. Rimin. *cons.*124. *num.*1. *lib.*1. Sylua *cons.*30. *num.*11. Decius *cons.*185.*num.*2. Iul. Clar. §. *emphyteusis*, *quæst.*37. *vers. aut verò*, vbi vocat illam mixtam ex pacto, & prouidentia, & hæreditariam secundùm quid, quatenùs non possit quis in ea succedere, nisi sit hæres. Idem Iul. *eodem verbo*, *quæst.* 6. & *verbo*, *Feudum*, *quæst.*9. *num.*7. siquidem huiusmodi concessiones partim sunt familiares, partim emphyteuticæ hæreditariæ, quia ad alios, quàm ad liberos transire nequeunt; & est communis resolutio: Alexand. *cons.* 126. *num.* 6. *lib.* 1. *vers. & illa verba.* Consonat Couarr. *d.cap.*18. *col.*6. *&* 7. & Bartol. *in l. vt iurisiurandi*, § *si liberi*, *ff. de oper. libert. num.* 4. *vers. sed si.* Afflict. *decis.* 295. *num.*7. & notat Pinell. *d. num.*88. *vers. ex præcedenti*, post Rub. *in l. Gallus*, §. *quidam rectè*, *ff. de liber. & posthum. num.*191. Conuenit & Mulinæ *cons.*50. *num.* 3. aliter enim otiosè poneretur verbum, *hæredibus*, propter quod Iulius Clarus, §. *feudum*. *quæst.*9. *vers. quandoque*, *in fine*, illorum opinioni stipulatur dicentium hanc concessionem censendam esse mixtam filiis hæredibus factam; ne cogantur dicere perperam fuisse adiunctam vocem *hæredibus*: eámque sententiam videtur magis laudare, quàm oppositam. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 44. *num.* 13.

Sequitur secundò, concessionem factam *sibi, &* 8.
suis, attendere magis ad agnationem & familiam, quàm ad successionem hæreditariam: nam dictio *suis*, significat familiam, ac sanguine coniunctos; ideò talis concessio est familiaris, ac de prouidentia cùm non fiat mentio de hæredibus: sic Valasc. *citat. num.*15. Cald. *de nominat. quæst.*22. *num.*15.

contra

contra Pinel. *d. 3. part. num.* 89. dicentem nullam esse differentiam inter concessionem *pro suis haeredibus*, & concessionem *pro suis*, cùm prior illa hæreditaria sit; vt etiam tradit Curt. iun. *cons.* 155. *num.* 3. posterior minimè, cùm dictio *suis* designet familiam, quamuis non hæredes. *l. mutus*, §. 1. ibi, *se suósque alat*, *ff. de iur. dotium.* Similiter erit concessio hæreditaria *pro se, & filiis haeredibus ab eis legitimè descendentibus.* Valasc. *num.* 18. *vbi suprà*, post Paris. *cons.* 26. *lib.* 1. ideò illam sequetur qui fuerit hæres.

9. Sequitur tertiò esse etiam concessionem hæreditariam mixtam, quæ facta fuerit tibi, & filiis, & hæredibus, addita clausula *secundùm sexus, & ætatis prærogatiuam*, contra Afflict. *in cap.* 1. §. *hoc quoque*, *num.* 81. *de successión. feudi*, dicentem esse de pacto, & prouidentia: sed fallitur, quia verbum *haeredibus* ibi positum aliquid debet operari, vt benè notat Sigism. Loff. *cons.* 1. si adiungas *princip. cum fin.* & Bald. *in rubr. Cod. de contrahend. emption.* Cald. *de nominat. quæst.* 22. *num.* 41. idem tradit Brun. *cons.* 24. *col.* 5. ex eo quòd pro hæredibus facta sit, vbi ait, esse hæreditariam, quæ *tibi, & haeredibus tuis masculis* fit, quoniam non impedit esse hæreditariam concessionem ad quam trahuntur hæredes masculi, aut maiores natu, dummodò tamen hæredes sint. Vnde reiicitur Decius *cons.* 185. *num.* 3. quatenùs dicit concessionem *pro filiis, & haeredibus* esse hæreditariam; nisi addatur verbum *masculis*; quoniam tunc videntur descendentes vocati: sed fallitur: nam verbum, *masculis*, vocat descendentes, si hæredes sint, & non aliter.

10. Sequitur quartò, quòd accipiens emphyteusim hæreditariam, tenebitur ad onera hæreditaria, quamuis adeat hæreditatem cum beneficio inuentarij solemniter confecti: quia emphyteusis hæreditas est, & venit talis emphyteusis in petitionem hæreditatis: sic Couarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 18. *num.* 4. §. *octauò infertur*, vbi ait hoc esse commune. Garcia *de expens. cap.* 12. §. 83. Mantic. *de tacit. & ambig. tom* 2. *lib.* 22. *tit.* 17. *lib.* 26. Alexand. *cons.* 19. *num.* 6. *cum sequentib. lib.* 5. quia vltra vires hæreditatis conuenitur, proinde tenebitur vltra vires hæreditatis, & tenetur satisfacere creditoribus etiam ex ipsa emphyteusi. Cald. *de nominat. quæst.* 24. *num.* 26. & *num.* 80. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 34. *num.* 5. Iul. Clar. §. *feudum*, *quæst.* 43. Gama *decis.* 5. quos sequitur Molin. *de iust. tom. . disput.* 477 *ad fin.* quod tamen negat Iul. Clar. *d. quæst.* 43. *ad fin.* in emphyteusi non simpliciter hæreditaria, sed secundùm quid, hoc est, hæreditaria mixta, dicens huic hæredi prodesse beneficium inuentarij, proinde non teneri satisfacere creditoribus patris ex emphyteusi hæreditaria mixta; sed ex aliis bonis, in quibus fuit hæres patris: quod etiam dixit *quæst.* 42. *eodem verbo, feudum, num.* 14. *vers. successiuè quæro.* Sed salua pace fallitur omninò; quia hæc emphyteusis non est omninò ex pacto, sed partim est familiaris, & partim hæreditaria, & non potest quis in ea succedere, vt probauimus, nisi sit hæres; ideò accipiens, etiam cum beneficio inuentarij, tenebitur ad onera hæreditaria etiam ex eadem emphyteusi: liberabitur tamen ab aliis oneribus, quæ sunt propria conficientis inuentarium. Sic Molin. *vbi suprà*, additque cum Gama *d. decis.* 5. *num.* 4. etiam successorem teneri ad onera vltimi possessoris, si emphyteusis etiam de familia fuit empta ab eodem vltimo possessore; nam quoad onera, reputatur emphyteusis hæreditas à defuncto relicta possessori, & quoad melioramenta ab eodem defuncto facta.

11. Quòd si emphyteusis sit familiaris, seu ex prouidentia, nec sit hæreditaria; successor in ea cum beneficio inuentarij adita hæreditate, non tenebitur soluere debita defuncti, nisi quantum bona hæreditatis aditæ patiuntur: ita Doctores præallegati, quos sequitur Mantic. *citat.* post Alexand. *d. cons.* 19. sequitur Cardin. Alexand. post alios *in cap.* 1. *col. fin. de eo qui sibi & hared. mascul.* quod esse communiter receptum firmat Couarr. *ibi*, addens, si filius adeat hæreditatem confecto solemniter inuentario, non teneri ratam habere alienationem emphyteusis factam à patre, quando emphyteusis non est hæreditaria: secùs ait si emphyteusis, seu feudum sit hæreditarium, dummodò emphyteusis etiam hæreditaria, quæ secundùm suam naturam, vel secundùm legis conuentiones, vel ob pactum non potest conuenire extraneis hæredibus, ad extraneos non deuoluatur. Hæc Couarr. *ibi.*

Illud etiam obiter nota, quando emphyteusis Ecclesiastica est concessa *filiis, & haeredibus*, filium hæredem institutum in re certa ad illum non admitti: quoniam defertur iure hæreditario, & pro portionibus hæreditariis, filius verò ex re certa institutus portionem hæreditariam nullam habet: sic Mantica *titul.* 17. *citato*, *à num.* 27. nam dictio, *haeredibus*, pro hærede vniuersali accipitur, *l. quæ id*, §. *si autem*, *ff. de edend.* sequitur Paul. de Castr. *in l. quoties*, *Cod. de hæred. instit. num.* 4. Si tamen emphyteusis sit concessa *alicui, & eius filiis* simpliciter; tunc filius hæres institutus ex re certa succedit æqualiter in emphyteusi Ecclesiastica; cùm non deferatur iure hæreditario, neque requirit quòd filij sint hæredes vniuersales. Paul. Castrens. *in d. l. quoties*, *num.* 4. Bartol. *in l. vt iurisiurandi*, §. *si liberi. num.* 5 & 6. *ff. de oper. libert.* Alexand. *cons.* 8. *lib.* 3. *num.* 2. vbi sic conciliat opiniones: sequitur Iul. Clar. §. *emphyteusis*, *quæst.* 38. post plures, quos *ibi* sequitur. Non tamen emphyteusis hæc filiis imputabitur in legitimam; cùm non deferatur filiis iure hæreditario, vt hæredibus, sed vt filiis; secùs si concessa fuerit *filiis, & haeredibus.* sic Alexand. *d. cons.* 8. *lib.* 3. *num.* 1. & Bald. *cons.* 110. *num.* 2. *lib.* 5. nisi emphyteusis fuerit empta ex pecunia patris; quia tunc imputatur in legitimam, non res ipsa emphyteutica, sed pretium quo fuit empta. Bald. *citat.* & Lex Regia *lib.* 4. *titul.* 97. §. 22. ibi, *Saluo se o dito prazo fosse comprado, ou acquirido do din heiro, ou fazenda do pai, ou mai, que o nomeou.* Valasc. *de partion. cap.* 13. *num.* 102. ex quo pater quantum pro emphyteusi dedit, tantum de bonis detraxit ad acquirendam emphyteusim, quod erat diuidendum æqualiter inter omnes filios, pretiúmque illud exiuit de patrimonio eorum in vita patris; aliter enim noceret filiis pater.

Denique si pater acceperit emphyteusim *sibi,* 12.
& filiis, & haeredibus, vt eo mortuo filiis haeredibus, vt haeredibus deferatur, potest eam vni ex filiis in aliorum præiudicium prælegare; eo quòd filius, qui est hæres patris prælegantis, tenetur stare voluntati patris prælegantis, nec potest ille contrauenire: quòd si repudiauerit hæreditatem, non poterit emphyteusim acquirere: sic Bartol. *in d. l. iurisiurandi*, §. *si liberi*, *num.* 6. *vers. præterea, posito quod pater*, *ff. de oper. libert.* Iason *in l.* 2. *num.* 215. *de iur. emphyteut.* Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 18. *num.* 2. *conclus.* 4. sequitur Mantic. *d. lib.* 22. *titul.* 17. *num. vltim.* Filius item, cui pater prælegauit illam, habet emphyteusim in solidum: nec legitimam ex illa prælegata filij possunt extrahere: vt tradit Alexand. *in l. in quartam*. *ff. ad leg. falcid. num.* 16. & Iason *in l. scimus*, *Cod. de inoffic. testament. num.* 7. dummodò cæteri filij suas habeant legitimas sal-

uas, quòd si læsi extent ob magnum pretium emphyteusis, tunc legatarius potest sibi retinere tertiam in pecunia numerata, & cæteris fratribus satisfaciet. Cald. *de nominat. quæst.* 24. *num.* 24. *cum sequent.*

13. Illud etiam nota non posse filium obtinere emphyteusim secularem cum clausula *pro se, & hæredibus*, siue *pro se, & liberis*, seu *filiis*; nisi filius sit hæres patris. Valasc *de iur. emphyt. quæst.* 44. *num.*6. Cald. *de potest. cap.*17. *num.*49. Secùs in emphyteusi Ecclesiastica, quæ non transit ad quoscunque hæredes, nisi ad filios; ideò possunt filij consequi emphyteusim concessam pro filiis, relicta hæreditate. Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.*18. *num.* 4. *vers. quintò deducitur.* Si verò ea sit, quæ ad quoscunque hæredes, seu ad extraneas personas transire potest, erit sæcularis; sicut fieri posse multi fatentur ex forma huius inuestituræ, scilicet, si concedatur Ecclesiastica emphyteusis *pro se, vel vxore, vel filio, vel filia nominandis; illis verò non existentibus, pro alia quacunque persona à posteriore nominanda*, vel si concedatur *pro se, & duabus personis successiuè nominandis*: quoniam tunc non differt à sæculari; ideò filius non poterit eam retinere, repudiata hæreditate: sic Cald. *vbi proximè, num.*49.

---

§. VIII.

Vtrùm pater vendens emphyteusim sibi, & filiis concessam, possit illis præiudicare?

EPITOME.

1 *Emphyteusis sicut & feudum de pacto, & prouidentia, non potest alienari à patre in præiudicium filiorum.*
2 *Etiam facto solemniter inuentario potest filius reuocare emphyteusim.*
3 *Secùs si sit emphyteusis hæreditaria.*
4 *Probabile tamen est posse patrem vendere in præiudicium filij.*
5 *Concordia inter has opiniones.*
6 *Opinio Auctoris cum distinctione.*
7 *Pater potest alienare emphyteusim hæreditariam acceptam pro se, & pro quibus dederit, vel pro quibuscunque hæredibus.*
8 *Emphyteusis de bonis Coronæ non potest ab extraneis possideri.*
9 *Potest tamen diuidi inter filios, & hæredes defuncti per æstimationem.*

1. NOn posse patrem in præiudicium filij vendere emphyteusim sibi, ac filiis acceptam, tradunt Bald. & Angel. *in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de legat.* 1. Angel. *cons.* 183. Alexand. *cons.* 106. *vol.*4. vbi eam dicit communem, *& cons.*8. *num.*11. *lib.*3. *& cons.*22. *num.*13. *vol.*5. Bartol. *in l. vt iurisiurandi, §. liberti, ff. de bon. libert. & in l. cum qui, in fin. ff. de interd. & relegat.* Gama Lusitanus *decis.* 8. *&* 233. text. est in *cap.*1. *circa princip. de success. feud.* qui quamuis loquatur de feudo, prorogatur ad emphyteusim. Ratio, quia ex illa stipulatione facta à patre recipiente *pro se, & pro filiis*, acquiritur vtilis actio filiis. *l. quodcunque §. non solum, ff. de verbor. obligat.* Feder. de Senis *cons.*128. incipit, *Factum est tale, duo fratres.* & Bartol. 183. incipit, *Quæstio ista habet duo dubia.* idem Bald. *in cap.*1. *in verbo, quæro nunquid, de prohibit. feud. alienat.* Et est communis opinio non posse, quando emphyteusis conceditur cum pacto & prouidentiæ, patrem alienare eam, præiudicando filiis: ita Gaspar Roix *de redditibus, lib.*2. *quæst.*22. *num.*37. Secùs si sit hæreditaria, nempe concessa pro hæredibus, vel pro quibus pater dederit, vel pro quibus nominauerit; sicuti nec feudum de pacto, & prouidentia potest alienare cum præiudicio filiorum. Sequitur Cassaneus *in cons.*53. quæ opinio receptior est ex Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 49. *§. secundus casus, vers. sed quantum ego colligere possum.* & Alexand. *d. cons.*106. *num.*8. *& cons.* 107. *num.*1. *lib.* 4. & alij, quos refert Pinel. *l.* 1. *part.* 3. *C. de bon. mater. num.*97. quamuis oppositam partem ipse tueatur, *ibi, num.* 98. contra receptiorem, quam ipse etiam tradit, vocátque receptiorem. Addit Ruin. *cons.* 48. *lib.*1. *num.* 11. non posse alterari formam concessæ emphyteusis siue antiquæ, siue nouæ, in præiudicium non consentientis; maximè quando pater non fuit primus acquirens: imò Cornetus *cons.* 68. *num.* 7. *lib.*3. tenet nec patrem posse renunciare emphyteusim de pacto, & prouidentia, in manus domini directi, in fraudem filiorum; quia videtur durum à filio sine suo consensu, & facto auferri id, quod sibi ex stipulatione patris fuit acquisitum: sic Valasc. *vbi suprà, vers. ego quoque in eandem sententiam eo.* vbi hanc receptiorem probat opinionem. Item quia, vt bene Bald. notat *in l. qui se patris, C. vnde liber.* ius quæsitum ex noua emphyteusi est proprium ipsius filij, & ex propria persona venit; proinde pater dum feudum renuntiat, videtur ius suum, non autem filiorum renuntiare. Vnde non sunt audiendi qui dicunt filiisfamilias eo casu ius acquiri post mortem patris, & ante mortem posse illud ius ab illis auferri; quod est liberè dictum: cùm ius etiam conditionale statim acquiratur, & vires habeat ex tempore præsenti: per text. *in l. necessario, §. si ita res, ff. de peric. & com. rei vend.* & potest transferri etiam dum pendet conditio, *§. ex conditionali. Instit. de verbor. oblig.*

Accedit pro hac parte; quia etiam filio est ius quæsitum à concessione dominica, non potest pater nocere filio, vendendo emphyteusim; quandoquidem nec transigendo potest: vt habetur *in l. de re filiorum, ff. de transaction.* affirmat Bald. *in l. qui se patris*, & dicit segregatum ius omnino à iure patris filio acquiri, *& in cap.*1. *col.* 6. *an agnatus, vel filius*, dicens patrem non posse præiudicium creare huic iuri filio acquisito, & accepto à domino directo: sequitur Anchar. *cons.* 309. quia filius saltem generaliter fuit nominatus in concessione emphyteutica, licèt noua sit, & à patre obtenta. Curtius sen. *cons.*24. *à num* 4. & satis est quòd de filiis sic fiat mentio; & comprobat Bald. *in cap.* 1. *§. porro. qualiter olim feudum, & in l. cum à socero, ff. de iur. dot.* docens non posse auferri etiam à paciscentibus ius quæsitum filio, quando pro illo ab aliquo fuit stipulatio interposita: sicut ex contractu; si ex illius interuentu alicui fuit acquisitum ius in re, non possunt resilire contrahentes, si illi tertio ex eo discessu præiudicium fiat: sic etiam Bald. *in l. si constante, Cod. de donat. ant. nupt. & in l. filiam, ff. de Senator.* tradens iuri quæsito alicui tertio non posse aliquem nocere contrario facto suo: & alij, quorum meminit Cald. *de nominat. quæst.* 15. *à num.* 2. *cum sequentib.* quam sententiam ibidem sequitur, *& de renouat. quæst.*16. *num.* 38. post Socin. *lib.*1. *cons.*50. probantem patrem duntaxat, si alienet emphyteusim, *sibi, & filiis* suis concessam, vendere ius duraturum in vita sua; & ideò non posse alienare concessionem factam filio à domino, sed propriam suam; cum emphyteusis plures contineat concessiones, quarum vna pertinet ad patrem, & altera

xd

ad filium: ita Iacob. *in lib. feuder. verbo, vnus ex dictis, col.* 3. Bossius *in rubric. de Principe, num.* 311. & bene Tellus Fernand. *in l.* 27. *Tauri, num.* 2. pro qua opinione fuit non semel iudicatum, teste eodem Gam. *decis.* 8. *& consequenter*, posse filium
2. emphyteusim à patre venditam reuocare, licèt patris hæres existat: vt etiam firmat Pinell. *citat. num.* 93. quando emphyteusis est de pacto, & prouidentia, seu de familia, quoniam cùm iure suo proprio veniat ad emphyteusim ex stipulatione, & ex dominica concessione, fas est illi etiam facto hæredi, defuncti factum infringere, confecto inuentario. Ruyn *cons.* 47. *num.* 9. *lib.* 1 *& cons.* 41. *num.* 17. *etiam lib* 1. Tiraquel. 1. *retr.* §. 1. *gloss* 9. *num* 52. dicens hæredem posse iure proprio reuocare rem venditam à defuncto, licèt defunctus dum vixit, non potuisset. *l. Seia, ff. de euiction. & l. si sibi, & l. vltim. C. eod.*

3. Diximus confecto inuentario, solemniter posse emphyteusim de familia reuocari à filio: secùs in emphyteusi hæreditaria, quia non prodest inuentarium, nec ob illud poterit hæres contrauenire defuncti facto, & illæsa manebit alienatio à patre facta, quia filius non succedit nisi quatenus hæres, & ipse non potest improbare factum defuncti. Afflict. *decis.* 193. Anton. Capic. *decis.* 64. *num.* 2. Sylua *cons.* 15. *num.* 46. Alexand. *cons.* 28. *num.* 18. *lib.* 5. idem Afflict. *decis.* 112. *num.* 3. *& decis.* 140. *num* 11. & alij apud Pinel. *in d. num. praallegato* 93. §. *ex his patet, & sequens. fol. mihi* 165. Et viget ratio, quia si non potest in emphyteusi concessa sibi, & vxori, & filio vtriusque, seu filius nominare personam extraneam, vt probatur *ex Ordinatione Lusitann lib.* 4. *tit.* 37. *num.* 6. in præiudicium filiorum; ergo non poterit vendere personæ extraneæ. Gama *d. decis.* 8. *fol.* 23. *num.* 4. *ad fin.* Couarr. 2. *variar. cap.* 18. *num.* 2. post multos *ibi* quos sequitur. Imò nec potest pater accipiens emphyteusim sibi, & vxori, & filio, transigendo præiudicare filio: sicque fuisse iudicatum testatur idem Gama *decis.* 151. per Senatores doctissimos *anno Domini* 1544. *prima die Aprilis.* Idem etiam sentit Gam. *decis.* 5. *num.* 6. *&* 7. vbi repetit non posse patrem in præiudicium filiorum alienare emphyteusim de familia; quam partem sustinet Molin. Theolog. *tom.* 2. *de iust disput.* 478. *pag.* 1467. §. *secunda conclusio.* Cald. *de nomin quæst* 34. *num.* 21. dicens emphyteusim pro filiis concessam de pacto, & prouidentia, posse filium hæredem vendicare cum beneficio inuentarij, siue antiqua, siue noua sit. Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 18. *num.* 2. *conclus.* 1. *& num* 4. *vers octauò infertur, ad fin.* post alios multos, quos *ibi* sequuntur. Accedit Petrus Sanchez, Morquechus *de diuis. bonor. lib.* 1. *cap.* 6. vbi idem affirmat *num.* 40. per *l. fin.* § *& si præfatam, Cod. de iur. deliber.* Curt. iun. *cons.* 1. *num.* 12. Ruyo *cons.* 154. *num.* 11. Paris. *cons.* 10. *num.* 7. *lib.* 1. vbi communem dicit.

Item si emphyteusis est mixta pro se, & filiis, & hæredibus, filius hæres à patre alienatam poterit vendicare. Decius *cons.* 208. *col.* 2. & alij apud Pinel. 1. *part. leg.* 3. *num.* 96. *vers. infertur octauò, Cod. de bon. mater.* sed contrarium tradit Curt. iun. *cons.* 157. Aymon. Crauet. *cons.* 258. *num.* 3. *lib.* 1. & Rub. *cons.* 18. Iul. Clar. *d. quæst.* 16. *num.* 2. oppositum tamen est verius, secundùm Decium *d. cons.* 208.

4. Opposita tamen sententia suos etiam habet defensores, & tanquam valde probabilis potest in praxi admitti, & secundùm eam iudicari, posse patrem emphyteusim alienare de consensu domini in præiudicium filij: quam sententiam, tanquam magis communem, tradit Gozadinus *cons* 75. *num.* 18. Alexand. sibi contrarius *cons.* 124. *num.* 8. *lib.* 5. *& in l. apud Iulianum, §. si quis alicui post, num.* 4. *ff. de legat.* 1. sequitur Socin. *cons.* 132 *num.* 10. *lib* 3. Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 16. *num.* 1. *vers & reuera*, vbi ait in emphyteusi noua posse patrem filio præiudicare, quia ex eo, quòd quis aliquid acquirit, potest de eo ad libitum suum disponere in præiudicium filiorum, accedente dominicali consensu, & hoc sibi magis placere, quàm oppositum testatur ipse Iulius *ibi*, & §. *feudum, quæst.* 41 *vers. & hæc quidem.* Secùs si in concessione emphyteutica esset quis suo nomine proprio nominatus, vel ex aliquo constaret concessionem esse factam respectu accipientis, & contemplatione filiorum; tunc ait Iul. Clar. non posse patrem filiis nocere, alium diuersum nominando, vel rem alienando; & in hanc inclinat Valasc. *d. quæst.* 49. *num.* 6 vbi ait hanc partem non incoloratè sustineri. Pro qua parte est etiam Bartol. *in l qui Romæ, §. Flauius, num.* 1. & Iason *num.* 14. *& num.* 28. *ff. de verbor. obligation.* & apertè fauet *l. fin. C. de iur. emphyt.* vbi dicitur licere emphyteutæ etiam non consentientibus dominis ad alium ius suum transferre: nec est à ratione alienum posse patrem ex domini licentia de emphyteusi disponere; siquidem vterque concurreret ad eam constituendam: facit pro hac opinione vsus, & consuetudo Interamnensis, vbi passim patres in præiudicium filiorum emphyteusim alienant, & sic vidi iudicatum sæpe in Senatu Bracharensi à viris doctissimis in causa Elizabethæ Alunz. cum altera vidua Portuensi, & in causa Gasparis de Medeiros non reuocantis venditionem partis in præiudicium filiorum, in qua si emphyteusis non venderetur, filij erant successuri, & in aliis pro hac parte sententiatum fuit in eodem ipso Senatu: & ita contraria opinio poterit progredi, quando opposita consuetudo non fuerit iam vsu, seu praxi recepta, in aliquo loco, in quo casurum est dubium posse patrem alienando nocumentum filiis afferre. Sic Anton. Gabriel *de iur. emphyt. conclus. num.* 56. *lib.* 3. *communium opinion. fol.* 152. *vers. quartò limita:* nisi consuetudo vigeret in loco, quòd pater posset disponere de emphyteusi sic recepta. Gozadin. idem probat *cons.* 75.

Ad concordiam has inter se discordes opiniones 5.
dictus Anton. Gabriel adducit *vbi suprà, dict. conclus.* 2. nempe priorem, quæ negat posse patrem vendere in præiudicium filiorum, procedere quando filij sunt comprehensi in inuestitura, quod firmat Ruin. *cons.* 95. *lib*... quod intelligo si suo nomine proprio sint nominati: secùs si generaliter vocentur.

Secundò etiam non posse, quando emphyteusis fuit acquisita beneficio concedentis: secùs si sit comparata ex substantia patris: ita Gozad. *cons.* 4. *cons.* 24. *cons.* 46. *cons.* 75. Corn. 51. *vol.* 3. Bald. *in l. in fin Cod per quas personas, & in Authent si quas ruinas, Cod. de sacros Eccles.* Item si pater fuit primus acquirens posse præiudicare; aliàs secùs: sic Gratus *cons.* 32. *vol.* 1. Pinel. *d.* 3. *part. l.* 1. *Cod. de bon. mater. num.* 98. ex doctrina Bartol. *in d.* § *Flauius:* quia nullum est grauamen hanc fieri facultatem primò acquirenti; additque tutiùs rem procedere, si pater emit emphyteusim etiam concessam pro liberis, absque mentione hæredum, posse filiis nocere, vel alienando, vel renuntiando: vt benè post Bald. *in d. l.* 1. *Cod per quas personas.* tenet Gozadin. *d. cons* 75. *num* 14. & Alexand. *d cons* 106. *&* 107. *lib.* 4. Idem tenet Iason *in l* 2. *Cod. de iur. emphyt.* quia emphyteusis fuit acquisita ex re patris: secùs, si procedit ex beneficio concedentis. Anton. Gabriel *num.* 51. *vers. secundò limita.*

Quòd si magis arridet tibi opinio prima negatiua, limitanda tamen est in emphyteusi Ecclesiastica id procedere, non verò in sæculari. sic Bald. *in cap. 1. vers. quærit hic glossa, an agnati, vel filij.* & Imol. *in cap. potuit, de locat.* Anton. Gabriel *vbi suprà, num. 54.* vel si emphyteusis est noua, & à patre conquisita, tunc poterit pater descendentibus suis nocere, teste Ruino *cons. 154. vol. 1.*

Sed hæc omnes limitationes non carent suis contradictoribus: nam inprimis emphyteota non potest tollere ius quæsitum proximioribus, eo quòd obtinuerunt ius post mortem acquirentis ex acceptatione emphyteotæ, & ex Tabellionis stipulatione; ideò non potest emphyteosim alienare, nec in alienum transferre: alienatióque sic facta reuocabitur, quia respondemus non habere successores ius quæsitum, sed quærendum, quale est in emphyteusi stipulata post mortem acquirentis pro se & pro filiis suis: nam hæc potest alienari à patre in quem voluerit; neque ex tali acceptatione, & stipulatione filio fuit ius quæsitum de præsenti, sed duntaxat post mortem patris; & in hoc iure quærendo pater filio nocere potest absque eius consensu: vt tradit Anchar. *d. cons. 151. Casus talis*, Barbatia *cons. 66. num. 10. cum sequent. vol. 4.* Item quia aliud est tollere ius quærendum, & ius quæsitum, vt benè notauit Innocent. *in cap. admonet, de renunciat.* Bald. *in l. si pupillorum, Cod. de repudian. hered.* & certum est, vt in quærendis possit quis alteri nocere, non tamen in quæsitis. *l. fin. C. de acquir. possess. l. cum proponas, in fin. C. de hered. instit.* Tiraquel. *de retract. lignag. §. 26. gloss. 1. num. 13.* vt patet in Prælato, qui in quærendo potest Ecclesiæ suæ præiudicare, non tamen in iam quæsitis: vt tradit Cardin. *in cap. potuit, de locato, & in cap. tua, de his quæ fiunt a Prelato.* Bald. *in Authent. si qua mulier. Cod. de sacros. Eccles.* Lapus *allegation. 16.* Idem Bald. *in l. bonorum C. qui admitti.* Anchar. *cons. 215.* Ex quibus constat non posse fieri præiudicium alicui in iam quæsitis, posse tamen in quærendis; vt benè ait Barbat. *d. cons. 66. num. 9. vol. 4.* Cùm igitur filios non capiat emphyteusim, nisi post obitum patris, ius non dicitur quæsitum, sed quærendum. Nec obstat interuenisse stipulationem paternam *pro se, & filiis, & nepotibus.* Quia stipulatio intelligitur concepta ordine successiuo: secundùm doctrinam Bartoli *in l. Gallus, §. 1. ff. de liber. & posthum. & in §. quidam rectè*; vbi addit posse patrem auferre filio acquisitionem, quæ pendet, éstque in spe, & non in re: idémque firmat *in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verbor. obligat.*

Pro contraria parte illud videtur obstare; quia si pater accepit emphyteusim *pro se, & filiis*, & in vita patris filius non habet ius quæsitum, sed eo mortuo sic; benè sequitur filium succedere ex dominica concessione, non verò capere à patre; vnde ius illud competit filio beneficio concedentis; & consequenter pater, dum viuit, non potest filio præiudicare in iure filij: quod innuit Bartol. *in l. mortis causa capitur, ff. de donation.* suffragatur Anchar. *cons. 409.* dicens non posse patrem accipientem emphyteusim de familia, si instituat filiam in re certa, prohibeátque à patre plus petere, eam priuare iure contractus, quin veniat ad emphyteusim; neque posse ius quæsitum filiæ ex stipulatione paterna tollere: quod etiam confirmat Angel. *cons. 181.* Item quia ius, quod pater acquirens habet, non est perpetuum, sed temporarium, durabitque durante patris vita, eóque superstite: at verò eo defuncto incipit ius filiorum iure proprio: igitur possunt filij emphyteosim alienatam à patre reuocare.

Respondeo filium accipere à domino emphyteusim, dependenter tamen à patre reuocabiliter, mortuo patre irreuocabiliter; quo tempore, nempe post obitum patris acquirit irreuocabiliter; sed eo viuente acquirit à patre in spe, & reuocabiliter: sic explicat Barbatia *d. cons. 66.* doctrinam Bartoli *in d. l. mortis causa, num. 12. & 30. vol. 4.* vbi casus est diuersus à casu emphyteusis, quæ alienatur à patre ex dominicali consensu, & transfertur in extraneum: dum enim viuit acquirens potest reuocare suam voluntatem, & alienare emphyteusim ex voluntate domini concedentis; proinde filius non habet ius irreuocabile, nisi post mortem acquirentis; at ipse dum viuit potest disponere libere de emphyteusi: per text. *in l. non vsque adeò, ff. si quis à par. fuer. manumiss.* Probatur exemplo testatoris, cuius dispositio non habet effectum nisi post mortem illius; idcircò nulla fit iniuria filio à patre, dum alienat emphyteusim, in qua filius nondum habet ius quæsitum irreuocabiliter, & qui potuit acquirere, potuit pro libito disponere. *l. qua ratione, §. hoc quoque, de acquirend. rerum domin.* Ceuallos *in practic. quæst. 326. vers. sed contrariam.*

6. Ego tamen in hac tam varia disceptatione puto, multò verius in emphyteusi de pacto, & prouidentia non posse patrem alienando voluntariè, vel renuntiando præiudicare filiis; sed posse illos post mortem patris reuocare emphyteusim: quod si facto inuentario hæredes patris extiterint, debere resarcire ex bonis aliis à patre acceptis pretium quod pater accepit ab ipso emptore: vt benè iudicauit Gama *d. decis. 8.* quod puto procedere tam in Ecclesiastica, quàm sæculari emphyteusi, modò sit familiaris, & de pacto, & prouidentia vtraque: secùs si sint hæreditariæ, in quibus filij succedunt non vt filij, sed vt hæredes; in quibus pater absque vllo dubio poterit illis præiudicare: sicut etiam si ipsi consentiant in alienatione emphyteusis de pacto, & prouidentia, nullo modo poterunt contrauenire facto patris: argument. *l. 2. Cod. commun. vtri. iud.* & per text. *in cap. 1. de alien. pater. feud.* & tradit Ruynus *cons. 48. num. 11. lib. 1.* Rodrig. *de redditib. lib. 1. quæst. 22. num. 37.* Secùs si non consentiant; quia dominus concedens nouiter emphyteusim, & pater accipiens *pro se, & filiis*, ex interuallo non possunt recedere à contractu in præiudicium vocatorum, vt patet in donatione semel facta & perfecta, quæ non potest reuocari. *l. perfecta, C. de donat. quæ sub modo.* Sic Ripa *in l. fin. quæst. 34. C. de reuocand. donation.* Socin. *cons. 66.* incipit, *Frustra dubic ad fin. vol. 1.* Ratio quia requiritur consensus eorum, quorum interest; aliàs non possunt recedere contrahentes à contractu inito; vt habetur *in l. fin. ff. de pact.* quæ sic habet, ibi. *Sed verius est semel acquisitam fideiussori pacti exceptionem, vlterius ei inuito extorqueri non posse*: hactenus lex. Accedit *l. sicut, §. vlt. ff. de nouat. & l. id quod nostrum, ff. de regul. iur.* Bald. Angel. & Paul. de Castr. *in l. apud Iulianum, ff. de legat. 1.* Iason *cons. 213.* incipit, *In præmissa, vers. Confirmantur prædicta, vol. 2.*

Nec refert quidquam, si obiicias hoc ius filiis competens, fuisse illis à patre quæsitum; nec re, sed spe illis adhærere: quia hoc ius quale quale illud sit, non potest tolli filiis à patre post perfectam suam stipulationem pro eis interpositam: vt bene tradit Andreas de Isernia, *cap. 1. §. hoc quoque, de feud. successione* Cynus *in l. 2. Cod. de liberis. & eor. liber.* proinde filiis inuitis, ac repugnantibus non potest illud ius auferri: per text. *in l. si constante, ad fin. C. de donat. ante nupt.* vbi Bald. id expresse firmat ex illo Carol. Ruyn. *cons. 186.* incipit, *Ponderatis, in princip. vol. 1.* idem Angel. Imol. & Rayn. *in d. l. apud Iulianum,*

§. si

§.si quis alicui, ff. de legat. 2. per text. *ibi*, asserunt non posse accipientem *sibi, & filijs* emphyteusim, in qua stipulatus est pro illis, de ea disponere, nec in manus domini renunciare in præiudicium illorum: quam sententiam tanquam communem tradiderunt Decius *cons.*239.incipit, *Primò non videtur, col.* 3. *vers. vltimò, non obstat*, & Alex *cons.*106.*vol.* 4.*vers. nec etiam obstat.* addit Bald. *in l. qui se patris, C. vnde liberi*, filios, qui acquisiuerunt ex stipulatione paterna posse renuntiationem à patre factam impugnare, ac expugnare confectu Inuentario; quamuis hæredes sint.

Et confirmo idem; quoniam secundùm communem aliquis alteri donet prædia, seu domos, vt post eius mortem Monasterio hæc omnia reddat, post donationem perfectam, & ius Monasterio quæsitum, non potest liberare illum ab obligatione reddendi prædia, seu domus Monasterio, per text. expressum, *in l. quoties, C. de donat. sub modo.* sic Rodericus Suarez *in l. quoniam in prioribus, quæst.* 8. *num.* 1. *C. de inofficios. testam. & allegat.* 19. post Paul. *in l. si pecuniam, in princip. & ibi* Roman. *ff. de condict. ob causam.*

Proinde conclusio sit indistinctè, patrem etiamsi primus sit acquirens, non posse in præiudicium filiorum, pro quibus stipulatus est, alienare emphyteusim nouam, nisi pro tempore vitæ suæ: sic Ruyn. *d. cons.*48. *num.* 11. *lib.* 1. quia est de pacto, & prouidentia; siue etiam sit antiqua: idem Ruyn. *cons.* 215. *num.* 4. sequitur Barbos. pater *in remiss. lib.* 4. *tit.* 48. *num.* 4. *&* 5. *fol.* 71. & Barbosa filius *in suis additamen. ad remission fol.* 13. *num.* 92. multis vtroque loco citatis. Idem in feudis probat Franc. Soosbec. *de feud* 3. *p. pag.* 261. *num.* 111. irridétque, ac illudit discrimen interpositum ab aliquibus inter feudum antiquum, & nouum: idem confirmat Valasc. *d. quæst.* 49 *num.* 6. *vers. si qua mei habenda est ratio*; vbi fatetur hanc opinionem esse receptiorem, dutúmque sibi videri, vt auferatur filio sine culpa sua, & sine vllo facto vtilis actio, quam pater sibi, & filiis ob stipolationem interpositam conquisiuit: imò adhortatur ibi, vt caueant ab Alex. Goxadin. & aliis, qui dicunt posse patrem præiudicare filiis in alienanda emphyteusi: id enim ait Valasc. falsum esse, & opinionem contrariam esse magis communem.

Item aduersæ partis Auctores, concedentes posse primum acquirentem noniter emphyteusim nocere filiis, negant posse præiudicare, si emphyteusis est antiqua, quando pater non est author acquisitionis, sine dubio non poterit filiis inferre præiudicium: sic Alex. *d. cons.*106. *num.* 8. *lib.* 4. Ruyn. *cons.* 48. *lib.* 1. *num.* 11. Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 16. *num.* 3. & hoc esse absque vlla controuersia, firmat Gratus *in cons.* 12. *num.* 9. *lib.* 1. Imò etiamsi sit noua emphyteusis, & pater primus acquirens, non potest fieri filiis præiudicium etiam cum consensu dominicali: quod dicunt esse verius Rom. *cons.* 33. *num.* 3. Gratus *lib.* 1. *cons.* 132. *num.* 4. Præpositus *in cap.* 1. *de prohibit. feud. alien. num.* 211. *&* 216. ex quo *num.* 166. caret hæc pars negans difficultate, si pater sit mortuus, vel dominus: quod etiam probant Bartol. *in Authen si quas ruinas, col penult. vers. iuxta hoc quæro, C de sacros. Eccles.* Cassan. *in Catalog glor. num.* 1. *p. fol.* 18. *vers. aut verò loquimur de armis, in conclus.* 43. dicens non posse filios priuari iure iam quæsito; & notat Bald. *in l. si constante, vlt. not. Cod de donat. ant nupt.* vbi firmat non posse tolli ius quæsitum, etiam in spe, retrò.

7. Ex supradictis constat posse patrem præiudicare filiis in alienatione emphyteusis hæreditariæ, quæ fuit acquisita *pro se, & pro hæredibus*, vel *pro se, & quibus dederis*, vel *pro se, & quibuscunque hæredibus*, quia hæc bona sapiunt naturam bonorum allodialium, potius quàm emphyteusis: sic Iul. Clar. *verbo, Emphyteusis*, *q.* 16. *vers. his præmissis dico*. quæ res luce est absque controuersia, siue emphyteusis sit noua, in qua acquirens est primus emphyteuta, siue antiqua habens originem ab alio ascendente: concordat Alex. *cons.* 28. *num.* 12. *lib.* 5. ex eo quòd emphyteusim hæreditariam filius obtinere non potest, nisi sit hæres, vt bene notat Valasc. *de iur. emphyt quæst* 44. *&* 49. *num.* 1. cùm certi iuris sit filium vt hæredem non posse contradicere facto patris, *l. cùm à matre, C. de rei vend.* nec posse infringere mandatum illius, etiamsi inuentarium conficiat: vnde si vltra hæreditariam emphyteusim quidquam ex bonis patris fuit consequutus, non potest impugnare factum patris. Afflict. *decis.* 240. *ex num.* 7. Ruyn. *cons.* 25. *num.* 12. *lib.* quia vt non possit resistere facto defuncti, satis est quòd sit hæres in aliquo vltra emphyteusim hæreditariam.

Quod si emphyteusis sit ex bonis Coronæ: Re- 8.
spondeo non posse ab extraneis possideri; sed tantùm à filio, itaut ad extraneos non deueniat: ita de iur. Lusitano *lib.* 2. *ordin. tit.* 35. *num.* 3. *vsque ad* 7. & tradit. Pincl. *in d.* 3. *p. leg.* 1. *C. de bon. matern. num.* 98. *vers. ex eisdem maturè pensatis, ad fin.* poterit tamen
diuidi per æstimationem inter filios, & hæredes de- 9.
functi, iuxta Ordin. Lusitanam *lib.* 4. *tit.* 36. *num.* 1. Quod procedit in bonis regalibus, teste Gama *decis.* 232. *num.* 4. & probatur *ex dicto tit.* 36. *num.* 6. *E quanto aos prazos, que forem feitos dos bens da Coroa em pessoas, guardarseha o que temos dito nos foros de pessoas particulares.* & apertiùs *ex lib.* 2. *tit.* 35. *num.* 7. *vers. E se regulassem em todo como contractos de pessoas priuadas*, cùm ergo *d. tit.* 36. *lib.* 4. statuatur quòd emphyteusis priuata pro hæredibus diuidatur per æstimationem, planè liquet idem posse fieri in bonis regalibus, dummodò emphyteusis apud vnum maneat.

§. IX.

Vtrùm emphyteusis concessa filiis, & nepotibus masculis comprehendat filias, & earum descendentes masculos.

EPITOME.

1 *Nepotes ex fœmina non veniunt ad hanc emphyteusim, & num.* 8.

2 *Neque etiam veniunt si concessio fiat pro ijs qui veniunt ex fœmina.*

3 *Concessio facta filijs, & nepotibus excludit fœminas ex masculis progenitas.*

4 *Probabile est concessionem factam filijs, & nepotibus extendi ad filias, & nepotes.*

5 *Appellatione filiorum mares, & fœmina intelliguntur.*

6 *Concessio facta Berta pro se, & filijs, non excludit filias.*

7 *Probabile est concessionem factam Titio, & eius generi, excludere fœminas.*

8 *Nepos ex filia non excluditur, excludi verò est probabile, & num.* 9.

10 *Ex matre inhabili nascitur filius habilis.*

11 *Nepotes ex masculis præferuntur nepotibus ex fœmina progenitis.*

12 *Concessio accepta pro se, & quibuscunque masculis, etiam ex fœmina progenites comprehendit.*

13 *Concessio facta descendentibus per lineam masculinam, excludit descendentes per lineam fœmininam.*

14 *Dispositio in fauorem agnatorum an comprehendat agnatas.*

1. PRima conclusio: omissis disputationibus dicam breuiter, si emphyteusis concedatur *pro se, & filijs, & nepotibus masculis*, nepotes masculi ex filiabus non veniunt ad illam. Ratio, quia dominus concedens attendit ad lineam masculinam duntaxat; proinde voluit excludere non solum filias, sed etiam filios, & nepotes eorum: ita Gratus *cons.* 120. *num.* 16. *lib.* 2. & est communis opinio, teste Iason. *in l. Gallus, §. nunc de lege. num.* 10. *ff. de liber. & posthum.* Mantic. *de tacit. & ambig. tom.* 2. *lib.* 22. *tit.* 15. *num.* 15. post Iul. Clar. *in §. emphyteusis, quæst.* 36. *vers. sed si emphyteusis*: vbi pro hac parte refert, ac sequitur Paul. de Castr. *cons.* 190. *num.* 4. *lib.* 2. dicentem concessam pro descendentibus masculis, requirere quòd vocatus ad illam sit, & descendens, & masculus ex masculo, non verò ex fœmina: idem erit si concessio fiat *pro se, & filijs, & nepotibus masculis, & descendentibus per lineam virilem*, vt dicunt Gratus, & cæteri *supra* relati, quibus accedit Specul. *in §. nunc aliqua, quæst.* 146. & est etiam opinio communis: si verò concessio fiat pro iis, qui sunt de generatione masculina, qui procedunt ex fœmina, non obtinebunt emphyteusim, cùm non procedant ex virili generatione, sed ex fœminea. At verò fœminæ ex masculis procreatæ in emphy-

2. teusi succedent: ita Mantica præallegatus *d. num.* 15. post Capram *cons.* 81. *num.* 8. quamuis recipiens emphyteusim prætulerit masculinam generationem: idem firmat Capra *ibi*, si concedatur *pro liberis ex linea masculina descendentibus*, quia sola linea fœminina est exclusa, ob verba illa, per lineam masculinam descendentibus: cùm ergo filia quæ duntaxat superest, descendat à patre, & sic ex linea masculina, admittenda erit ad emphyteusim; non tamen est admittendus qui natus fuerit ex filia, neque ex nepte; ne per ipsam emphyteusis deuoluatur ad cognatos, quæ fuit intentio concedentis: sic Paul. de Castr. *in l. maritus, num.* 5. *C. de procur.* sequitur Curt. iun. *cons.* 172. *num.* 5. *vers. & ideo hanc regulam*, Ruyn. *cons* 126 *num.* 13 *lib.* 1. Alex. *cons.* 43. *num.* 6. *cum sequent. lib.* 3. Item quia linea non incipit à patre, sed in filiis conseruatur. Speculat. *de locato, §. nunc aliqua, vers.* 246. *num.* 173. Mauric. *lib.* 22. *tit.* 14. *num.* 27. sed de his clariùs *num.* 8.

Secunda conclusio: Concessio facta filiis, & ne-

3. potibus non comprehendit filias, & neptes ex masculis progenitas: ratio est, quòd in contractibus masculinum non comprehendit fœmininum: sic Bald. *in l. Gallus, in princip. num.* 4. *ff. de lib.* Bartol. *in l. liberorum, num.* 8. *de verb. sign.* Anchar. *in cap. si quis suadente.* 17. *q.* 4. Item quia, si hoc voluissent concedens, & acquirens, id expressissent, cùm verbum *filij, & nepotes*, sit anceps, possúntque accipi secundùm propriam, & impropriam significationem, teste Ruyno *cons.* 30. *n.* 5. *lib.* 1. & absolutè nomen masculinum non concipit fœmininum ex propria significatione, sed ex interpretatione extensiua, *l. pronunciatio, in verbo, porrigitur, ff. de verbor. signif. & l. quisquis, C. ad leg. Iul. maiest.* Bartol. post Gloss. 1. *in d. l. liberorum, ff. de verbor. signif.* Proinde nisi aliud apertè videatur, non est recedendum in contractibus, maximè si sint stricti iuris, vt est emphyteusis, à propria significatione verborum. Quam nostram conclusionem tanquam magis communem tradunt Guid. de Suara *in l. quicunque, C. de seru. fugit. & in l. si quid id quod, ff. de iur. om. iud.* Tiraquel *de retract. lign. §.* 1. *gloss.* 9. Alex *in l. quòd dicitur, num* 14. *vers. sed adde, de verbor. obligat.* Idem consuluit *cons.* 67. *lib.* 1. *cons* 113. *lib.* 2. & tanquam certum tenent in contractibus masculinum non concipere fœmininum: sic Roland. *cons.* 93. *lib.* 2. *num.* 27. vbi plures sequitur, referens *cons. etiam* 76. *num.* 1. *lib.* 3. vbi dicit esse communem tam in consulendo, quàm in iudicando. Menoch. *cons.* 111. *num.* 47. Corne. *cons.* 74. *num.* 18. *lib.* 1. & *cons.* 233. *num.* 1. *lib.* 4. Denique quia contractus stricti iuris arctam recipiunt interpretationem, & tantum disponunt, quantum fuit expressum, *l. quidquid astringenda ff. de verbor. obligat.* & attendendum est in contractu emphyteutico quid fuerit conuentum inter concedentem, & recipientem emphyteusim, *l. vltim. C. de iur. emphyt.* Crauet. *cons.* 251. ideò cùm concessio emphyteusis fuerit *pro se, & filijs, & nepotibus*, non extendenda est ad filias, neque ad neptes: quam opinionem tanquam magis receptam & vetam firmat Menoch *d. cons.* 111. *num.* 47. post multos, quos *ibi* sequitur, & Guliel. Benedict. *in cap. Raynutius, in verbo, duas habens, n.* 125. *de testam.* Iul. Clar. *verbo, Emphyteusis, q.* 32. *n.* 1.

Tertia conclusio: esto, secunda conclusio sit vera 4.
& magis communis; probabile tamen est emphyteusim concessam filiis, & nepotibus, extendi ad filias & neptes, ex eo quòd masculinum semper comprehendit fœmininum, ex regula *l. qui duos. ff. de legat.* 3. ideò res non accipitur dubia, sed clara. Item quia in materia odiosa masculinum includit fœmininum, *l. si quis id quod, ff. de iurisd. omn. indic.* & regulariter dispositio odiosa strictè concipitur, *cap.* 1. *de filiis presbyt. in* 6. *l. cùm quid. ff. de liber. & posthum.* Adde in materia differenti nomine masculino intelligi etiam fœmininum. Bartol. *in l.* 1. *in princip. num.* 24. *ff. de pecul.*

Quinimò emphyteusis concessa simpliciter, ad fœminas etiam transit; secundùm *§. emphyteusim, in Auth. de non alien.* & est communis opinio, vt auctor est Bero. *in cap. in præsentia, num.* 401. *de probation.* Vnde nomen *filijs, & nepotibus*, debet intelligi secundùm ius commune; cùm ergo ius commune non excludat ab emphyteusi fœminas, sustinebitur hæc conclusio, & illa duo nomina *filios, & nepotes*, comprehendunt fœminas; quod tradit Iul. Clar. *verbo, emphyteusis, quæst.* 32. *vers. sed quid si fuerit*, Crauetta *cons.* 251. *vers. sed etiam*, Bero. *quæst.* 18. Tiraquel. *de retract. lignag. §.* 1. *gloss.* 9. *num.* 181. & probat Pinel. *l.* 3. *C. de bon. matern. num.* 33. vbi ait opinionem contrariam non esse iuri, neque rationi, neque æquitati consonam; & emphyteusim pro filiis, & nepotibus concessam, non excludere fœminas: quod vult Salicet. *in l.* 2. *C. de iur. emphyt. num.* 26. Imol. *in d. quod dicitur, num.* 10. *in fin. vers. & sic nota benè, de verbor. obligat.* Idem Tiraquel. hoc verius putat, quàm oppositum, *supra num.* 106. Iason *in d. l.* 2. *C. de iur. emphyt. num.* 144. Decius *in cap. in præsentia, num.* 46. *litera E. de probation.* nisi in concessione dicat concedens *pro se, & masculis duntaxat*, quia tunc restringeretur concessio ad mares: secùs si diceretur in emphyteusi Ecclesiastica *pro se, & pro filijs tantùm*, quia hoc non obstante adhuc extenderetur ad filias. Imol. *in d. l. quod dicitur, num.* 10. *in fin.* Decius *in l. fœmina, num.* 108. *ff. de regul. iur.* & Alciat. *in l.* 1. *ff. de verbor. obligat.*

Nec vrget argumentum, quòd contractus emphyteuticus sit stricti iuris, proinde quando dicitur *pro filijs, & nepotibus*, intelligendum est strictè; hoc est, pro masculis duntaxat, quia ex *§. emphyteusim, in d. Authen. de non alien.* si concessio fiat simpliciter, séper censetur pro filiis, & nepotibus vtriusque sexus; ergo multò clariùs hoc cognoscetur, quando emphyteusis conceditur *pro se & filijs, & nepotibus*, quia fiet extensio ad mares & fœminas; cùm ex sua natura emphyteusis ad masculos, & fœminas transeat. Confirmat Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 18. *num.* 1. dicens simpliciter acceptam emphyteusim siue profanam, siue

siue profanam, siue Ecclesiasticam post obitum accipientis deuolui ad eius filios, ac nepotes masculos, aut fœminas absque vlla sexus distinctione, *per d. §. emphyteusim.* Vnde non est audiendus Bald. *in cap.* 1. dicens *num.* 14. *quib. mod. feud. constit. possit*, emphyteusim alicui concessam non transire ad fœminas, argumento feudi, quod pro masculis, non verò pro fœminis intelligitur concessum. Quia non valet argumentum à feudo ad emphyteusim, quando à iure feudorum aliquid affertur contra ius commune; sicut tradunt Alex. *in l. quod dicitur, num.* 24. *& num* 6. *ff. de verbor. obligat. vers. non puto, & in l. diuertio, §. si fundum, num.* 3. *vers. sed tu aduerte, ff. solut. matrim.* Bartol. *in l. iurisiurandi, §. liberi, num.* 6. *ff. de oper. libert.* Caccialupus *in cap.* 1. *de feud. cognit. art. vlt. difficult.* 14. *p.* 5. *regul.* 32. & optimè Author Parif. *in consuetud. Parif.* §. 1. *gloss.* 5. *num.* 71. Couat. *d cap.* 18. *num.* 1. post plures, vbi ait veriorem hanc partem contra Bald. sequitur Mantica *tit.* 14. *sup. lib.* 22. *n.* 10. vbi tenet legem quæ loquitur de feudo, habere locum in emphyteusi; quando continet ius commune: quæ regula est infallibilis, teste Corneo *cons.* 67. *n.* 8. *lib.* 2. & Curt. iun. *de feud. p.* 1. *quæst.* 3. *num.* 8. Ex eo quòd etiam in contractibus masculinum sub appellatiuo nomine comprehendit fœmininum, vt placuit Salyceto *in d. l.* 2. *C. de iur. emphyt. q.* 12. *&* 17. Angel. *in l. item videndum, §.* 1. *ff de pet. hared.* & Tiraquel. *d. gloss.* 9. *num.* 206. & quamuis prior sententia magis communis sit, vt diximus in secunda conclusione; mihi satis superque placet hæc tertia conclusio, cùm sit maximè consona dispositioni legum Lusitaniæ *lib.* 4. *tit.* 36. *num.* 2. *& tit.* 57. *num.* 6. vbi nomine *filiorum* intelliguntur etiam filiæ, at filiis non extantibus, concipiuntur nepotes, seu neptes.

5. Ex dictis sequitur idem esse dicendum de emphyteusi concessa *pro se, & liberis*, qua appellatione *liberorum* mares & fœminæ intelliguntur propriè, *l. sed si hac, §. liberos, il* 1. *ff. de in ius vocand.* & comprehenditur nepos ex filia, *l.* 1. *de condit. infert.* sic Anchar. *cons.* 125. Alex. *cons.* 61. *num.* 6. *cum sequent. & cons.* 80. *num.* 14. *&* 25. *lib.* 2. Roland. à Valle *cons.* 93. *& sequent. lib.* 3. Nam liberorum nomen non repetitur in genere fœminino, *l. liberorum. ff. de verbor signif.* proinde si quis accipiat *sibi* emphyteusim, *& eius liberis*, nepotibus ex filia intelligitur emphyteusis concessa, *l. cognoscere, §. liberorum, ff. de verbor. sign.* Vnde patet etiam esse locum matri, quandoquidem datur filio ex illa; aliàs esset absurdum eam excludere, & admittere nepotes ex illa, *l. si vina mater, vers. nam licet, C. de bon. matern.* & ita in terminis resoluit Imol. *in l. quod dicitur, num.* 12. *vers. item patet ex prædictis, de verbor. obligat.* Iason *in l. si quis id quod, num.* 25. *vers. limita quatuor modis, ff. de iurisd. omn. iud.* Idem censetur de concessione emphyteutica suscepta *pro se, & pro posteris*, quia *posterorum* nomine veniunt etiam liberi, *l. quod his verbis §.* 1. *de legat.* 3. Couar. *in cap. Raynald. in princip. de testam.* Bero. *cons.* 120. *num.* 63. *lib.* 1. & Decius *in cons.* 32 *num.* 5. *& cons.* 224. *num.* 6. *vers. secundo respondetur.* Nec facit contra nostram resolutionem *l.* 1. *in fin de iur. immunit.* quia casus est de priuilegio contra ius commune, quod eùm sit contra publicam vtilitatem, non procedit in alio priuilegio: ita Alex *in l. quid personale. num.* 5. *&* 6. & Paul. Castr. *in l maritus. sub num.* · *ff solut. matrim.*

6. Conclusio quarta sit. Si dominus concedat emphyteusim Bertæ *pro se, & filijs, & nepotibus*, possunt fœminæ eam consequi; vt tradit in simili Bald. *in cap. qua in Ecclesiarum, num* 43 *vers. nunc reuertor, de constit.* & probatur exemplo illegitimi, quia quamuis emphyteusis Ecclesiastica regulariter ad illum non transeat, si à principio illegitimo concedatur, aliis etiam illegitimis concessa creditur; quia cuiuslibet actus ortum, & natiuitatem consideramus tanquam radicem cæterorum actuum pro futuro tempore, vt habetur *in cap.* 1. *§. ex eadem, de lege Corradi*, & ab exordio tituli posteriorem formamus euentum, *l.* 1. *C. de impon lucrat. describ lib.* 10. Iason *in l. generaliter, §. cùm autem, num.* 11. *de instit. & subst.* & origo cuiuslibet entis inspicitur: igitur in nostro casu possunt fœminæ succedere; cùm ab initio fœmina, *pro se, & filijs*, susceperit emphyteusim: sic Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 22. *tit.* 14. *n.* 25.

Conclusio quinta: quando concessio emphyteusis fit alicui, & eius generationi, seu generi; probabile est concessionem fœminas, & descendentes earum excludere, eo quòd nepos, & neptis ex filia non veniunt ab stipite per masculinam lineam, sed per fœmininam; & consequenter non sunt de generatione aui materni, *l. liberos, in fin. ff. de senat. & l.* 1. *in fin. ff. de iur. immunit.* sequitur Bald. *cons.* 40. incipit, *Quidam magnus nobilis, col.* 2. *vers. sed isti nepotes, lib.* 3. dicens nepotes ex filia non dici de generatione aui materni, eo quòd generatio incipit à patre, non verò à matre, *& in l.* 2. *C. de iur emphyt. num.* 7. addens emphyteusim Ecclesiasticam concessam vsque ad quartam generationem, non continere filios filiarum, idem tradit Corneus *cons.* 190. *num.* 3. *lib.* 3. de emphteusi concessa generationi, vt non defertatur ad nepotem ex filia, & clariùs idem dicit Isernia *in cap.* 1. *col.* 5. *de concess. feud.* concessum nempe generi alicuius, non deuolui ad descendentes ex filia. Barbat. *in l. cùm acutissimi, num.* 130. *C. de fideicommiss.* Q Curt. iun. *in tract. feudor. in prima particula secunda part. princip. num.* 26. & probatur ex traditis à Laurentio de Pallatiis *in tract. quod stantibus masculis fœminæ non succedant, num.* 151. firmante nepotes ex filia non dici, nec nominari de generatione aui materni: quod etiam tenet Menoch. *cons.* 126. *num.* 90. post Fulgos. *in l. quod his verbis, §. vlt. ff. de legat.* 1. *cons.* 132. *in fin.* 7.

Opposita tamen conclusio, quæ asserit emphyteusim datam alicui, ac eius generationi, deferri fœminis, ac earum filiis, & descendentibus, est certa, & indubitata; quia nomen *generationis* ad fœminas, & ad natos ex eis deuoluitur: ita habetur *in cap. statutum fœlicis, de haret in* 6. & probatur *ex cap.* . *de scrismat, eodem lib.* Accursius *in §. alienationis, in* 2. *gloss. in Authent. de non alien.* ait emphyteusim Ecclesiasticam posse concedi vsque ad tertiam generationem numerata persona acquirentis, & non vltra, vt *in §. emphyteusim, eod. tit.* sed in illo §. fit expressa mentio de masculis, & fœminis; ergo intentum. Idem tenuit Azo *in d. §. emphyteusim, in summa.* Idem intellexit Speculat. *in tit. de location. §. nunc aliqua, vers.* 155. dum ait nepotes ex filiabus esse de generatione recipientis. Idem voluit Bald. *in l.* 2. *col.* 2. *vers. quæro quando per præscriptionem, C. de iur. emphyt.* Paul. de Castr. *in l.* 1. *C. de condit. infert. & cons.* 300 *Viso quodam processu, col.* 2. *lib.* 2. *& cons.* 316. *Supradictus dominus, eod. lib.* 2.

Idem dico de appellatione generis comprehendere etiam fœminas, & descendentes ex eis; nisi subiecta materia repugnet: ex *l.* 1. 2. *&* 3. §. 1 *ff. de liber. caus. & l. cum qui ff. de interd. & releg. & l. liberorum*, ibi, *cognationum singularum*, iunctis illis verbis, *omnibus, qui ex eodem genere orti sunt de verbor. signific.* Ideò non est ambigendi locus, appellatione *generis*, seu *generationis* tam masculos, quàm fœminas concludit: vt latè probat Tiraquel. *de retract. lignag* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 236. *&* 238. & resolutiuè docent fœminas, & descendentes ex eis esse de familia, genere, consanguinitate, linea, & parentela; proinde tam in fœminis, quàm in maribus esse eandem rationem quoad quæstionem præsentem: & satis est quòd nomen

men *generationis* sit nomen natoræ, nec discrimınar inter matrem, & fœminam; vt patet ex Gloss. *in d. §. alienationis, in Authen. de non alien.* vocantis generationem acquirentis emphyteusim nepotes, & nepotes descendentes tam ex masculis, quàm ex fœminis, vt bene etiam resoluit Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 36. post Mar. Socin. *in vno consilio*, quod vt ipse ait, non fuit in lucem editum, & Imol. *cons.* 62. *num.* 1. Bero. *cons.* 120. *num.* 34. *lib.* 2. & Corn. *cons.* 233. *à num.* 1. *lib.* 4. Mantic. *d. lib.* 22. *tit.* 15. *num.* 5. *cum sequentib.* & *num.* 13. vbi ait sic fuisse decisum *coram Illustrissimo sacri Palaty Auditore, die 9. Decembr.* 1582.

8. Quæstio satis difficilis, quando emphyteusis conceditur alicui *pro se, & filijs, ac nepotibus masculis*, aut *pro se, & descendentibus masculis*, an masculi descendentes, seu nepotes ex filia possint succedere. Molin. *d. tom.* 2. *disp.* 474. *ad fin.* positis pro vtraque factione authoribus, resoluit recurrendum esse ad circumstantias, & coniecturas, & secundùm illas iudicandum esse. Ego tamen probabiliter dico nepotem masculum ex filia esse exclusum. Ratio est, quia videtur dutum nepotem masculum ex filia comprehendi, & matrem minimè, *l. si viua matre, C. de bon. qualiber.* ob quam rationem Paul. de Castr. *in l. marium, num.* 5. & maximè *in l. Gallus §. nunc de lege, n.* 6. *ff. de liber. & posthum.* ait se sæpius consuluisse nepotem ex filia esse exclusum, quoniam filia per quam nepos copulatur cum auo suo materno, est incapax, & incapacitas medij inuoluit incapacitatem in extremia, *l. tria prædia, de seruitutib. rust. præd.* ideò quando mater est inhabilis ad succedendum, filius consequenter non succedet; ex radice enim vitiata, vitiati oriuntur rami, & referunt naturam illius vnde exiere. Bald *in Authen. si quas ruinas, num.* 8. *C. de sacrosf. Eccles.* Pinel. *l.* 3. *C. de bon. mater num.* 19. Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 36. Idem Bald. *in l.* 1. *num.* 2. *& sequent. ff. de solut.* Item quia sicut filiæ à successione feudi excluduntur, sic etiam filij earum; igitur idem observandum est in emphyteusi; maximè quia præsumitur accipiens illam voluisse attendere ad conservationem suæ agnationis, seu familiæ, quæ non conseruatur in natis ex filia.

9. Probabilius tamen censeo nepotem ex filia non excludi, sed posse admitti quoties accipitur emphyteusis *pro se, & filijs, & nepotibus masculis*, eò quòd masculus est: sic pro hac parte consuluit Ruynos *cons.* 49. *num.* 110. *lib.* 1. Alciat. *cons.* 15. *lib.* 8. *& cons.* 104. *lib.* 9. Valasc. *de iur. emphyteut. quæst.* 41. *num.* 5. Quod procedit quoties concessio non fuit facta pro conseruanda agnatione; tunc sub appellatione masculorum masculi ex fœminis descendentes admitti possunt; cùm non habita fuerit ratio agnationis conseruandæ, sed duntaxat attenditur ad nudam masculinitatem: sic Doctor Parisiens. *in consuetud. Parisien.* 1. §. 16. *num.* 7. Anchar. *cons.* 339. *col.* 3. & 4. Decius qui copiosè de hoc egit, *cons.* 303. *num.* 8. Anton. *cons.* 22. *num.* 12. & alij: nam si concessio dicatur pro descendentibus masculis per virilem sexum, satis constat esse exclusum nepotem ex filia; cùm non descendat per virilem sexum, sed fœmininum, Bald. *in l. Gallus, §. nunc de lege, num.* 3. *vers. ex quo notu. ff. de liber. & posthum.* Alex *cons.* 24 *num.* 11. *lib.* 5. & probant *in l. lege* 12. *tabul. vers. huius itaque legis, C. de legit. hæred.* Molin. *lib.* 3. *cap.* 5 *num.* 48. Quin imò si fiat concessio alicui *pro se, & descendentibus masculis*; non existentibus per virilem sexum masculis, si exteut masculi ex fœminis procreati, in huiusmodi emphyteusi succedent. Fundamentom huius resolutionis; quia quando aliquod verbum duplam admittit significationem propriam, debet accipi in significatione magis propria, *l. Lucius, la prima ff. de testam. cap. Rodulphus, de rescript.* nisi mens concedentis, & recipientis fuit, agnationem suam in perpetuum conseruare, in quo casu fateor esse admittendos masculos descendentes per virilem sexum: at verò quando concessio facta fuit pro descendentibus masculis, & non agitur expressè de conseruatione agnationis, etiam masculi descendentes ex fœminis, tanquam sub propria verbi significatione continentur, & verè dicuntur descendentes masculi, vt probatur *in §.* 1. *de hæred. ab intestat. ven. in Authent.* Ruin. *cons.* 20. *num.* 8. *lib.* 1. & in subiecta materia emphyteusis verum est, descendentes masculos per sexum fœmininum habere locum, vt constat *ex §. emphyteusim, in Authent. de non alien.* Vnde concluditur esse admittendos in hoc casu; cùm habeant qualitates à contrahentibus expressas, *l. quodcunque, § si quis ita stipulatur, de verbor. obligat.* Neque præsumitur accipiens velle consulere suæ agnationi in materia emphyteusis, quia expressisset si voluisset; illique imputetur viendo verbis ambiguis cùm posset legem & mentem clariùs aperire, *l. quicquid astringendæ, in princip. de verbor. signif. & l. veteribus ff. de pact.*

Ad rationes pro altera parte; quamuis ponamus filiam esse inhabilem, non ex eo sequitur quòd nepos sit inhabilis, quia nepos non succedit iure materno, sed iure suo proprio: nam illa non admittitur, quia fœmina; sed nepos admittetur, quia masculus, & textura contractus, quæ matri officit, nepoti maximè seruit, cùm non succedat in locum matris, sed quòd habeat qualitates necessariò requisitas ad succedendum: sic Bald post Cyn. *in Authent. cessante, num.* 3. *vers. vnde fucit. C. de legit. hæred.* Aret. *in l. Gallus, §. nunc de lege, col.* 4. *vers. in gloss posita super verbus, nam etsi, & infra, ff. de liber. & posthum.* Nec obstat radicem esse inutilem; quia contrahentes dant esse contractui, *l. in conuentionalibus, de verbor. obligat.* & ex mente illorum palmites, hoc est, geniti ex filia possunt reddi habiles, siue descendant per sexum virilem, siue non, modò sint masculi: ita Alciat. *d. cons.* 15 *n.* 8, *& cons.* 104. *lib.* 9. Vnde vitium filiæ non nificit nepotem, quando ipse admittitur ex persona propria, quia in stipulatione aui fuit contentus, cùm sit masculus, neque matris loco subrogatur: & diuersa ratio reperitur in nepote ab ea quæ est in matre, Aret. *In d. l. Gallus, § nunc de lege, col. vhim. & in vers sed istu ratio, in fin. ff. de liber. & posthum.* 10.

Sed quid si eo tempore supersint alij nepotes descendentes per virilem sexum? Respondeo sine dubio esse hos præferendos nepotibus descendentibus ex fœmina, vt tradit Alciat. *d. cons.* 15. *num.* 5. *vers. præterea respondeo, lib.* 8. vbi opinatur hanc solutionem esse veram, & communem, & patet *ex cap.* 1. *de eo qui sibi, & hæredibus suis*: ideò ordine successiuo priùs vocantur descendentes masculi per virilem sexum, & illis non extantibus, descendentes masculi per sexum fœmininum, vt colligitur etiam *ex cap.* 1. *§.* 1. *Episcop. vel Abb. in vsib. feud.* & sentit Ruyn. *cons.* 120. *num.* 8. *lib.* 1. quia non repugnat emphyteusim posse concedi priùs descendentibus per virilem, & posteriùs descendentibus masculis per fœmininum sexum; vt apparet ex concessione feudi, vbi hæc interpretatio etiam recipitur, *d. cap.* 1. *de eo qui sibi & hæred.* & consuetudo antiqua satis est emphyteusim concedi solitam pluribus ordine successiuo. Bartol. *in d. l. Gallus, §. quidam rectè ff. de liber. & posthum.* & Gloss. *ibi.* Cùm ergo deficientibus masculis per virilem sexum mens, & voluntas conseruandæ familiæ expirauerit, mens contrahentium præsumitur quòd succedant masculi ex fœminis descendentes: sic Ruyn. *cons.* 120. *num.* 9. *lib.* 1. & Alciat. *d. cons.* 15. *lib.* 8. 11.

Accedit, quia auus maternus potest stipulari nepotibus

potibus super re, quæ tandem ad illos vi sua ventura est, vt benè notat Ruyn. *d. conf.* 120. *num* 10. *lib.* 1. post Bartol. *in l quod dicitur* 2. *in fin à num.* 5. *vsque ad n.* 12. *inclusiuè ff. de verbor oblig at.* maximè quia emphyteusis etiam Ecclesiasti a potest acquiri ab auo filiis, & nepotibus vtriusque sexus; vt habetur *in § emphyteusim, in Authent. de non alien,* esto, nepotes non dum sint in rerum natura, teste Ruyno, post alios *conf.* 162. *num.* 18. *lib.* 1. & Bartol. *d. num.* 12. *in d. l. quod dicitur.*

12. Ex traditis hactenus sequitur, si emphyteusis ab acquirente capiatur *pro se, & masculis quibuscunque,* non excludi masculos descendentes ex fœminis, imò extraneos posse admitti: ita Bald. *in l* 1. *num.* 27. *vers. trigesimo quarto*: vbi de feudo loquitur, *ff. de rer. diuis.* Iul. Clar. *in § feudum. vers hoc premisso,* nisi verbum *quibuscunque,* ex alio restringatur, vt benè cauet Ruyn *conf.* 19. *num.* 8 *&* 9. *lib* 1. *vers. restat,* Ratio, quia cùm nulla fiat mentio de descendentibus, masculi etiam extranei possunt habere locum: non tamen habebunt, si concedatur emphyteusis pro *descendentibus masculis quibuscunque,* cùm extranei non sint ex descendentibus; proinde cùm verba deficiant, non conuenit illis successio: *l.* 4. §. *quoties, ff. de damn. infect.*

13. Itèm indubitatum est masculos descendentes ex filia excludi ab emphyteusi concessa *pro se, & liberis suis descendentibus per lineam masculinam*: quia reuera descendunt per lineam fœmininam, & sic non debent admitti: iuxta ea quæ diximus *supra, in 2. conclusione,* & consequenter, nec filia descendens ex patre, nec neptis descendens ex filio debent admitti: quia vt ait Castrensis *in l. maritus, num.* 5. *C. de procur.* per text. *ibi*: linea non incipit à patre, sed à filiis; proinde sicut excluduntur descendentes ex fœminis, debet etiam excludi filia, quæ est veluti radix, & caput lineæ fœminæ. In eadem sententia Pauli Castrensis est Alex. *in l. Gallus, § nunc de lege, num.* 3 *ff. de liber. & posthum.* Mouetur etiam Paulus ex voluntate præsumpta concedentis, & acquirentis, qui voluerunt prospicere honori agnationis; & ideò non admiserunt ad emphyteusim filias, nec neptes ex masculis, ne per illas emphyteusis deferatur ad cognatos: quare concessio facta alicui, & eius descendentibus per virilem sexum excludit necessariò fœminas, & masculos ex illis descendentes: Paulo adhærent Alex. *conf* 45. *num.* 3. *lib.* 3: Ruin. *conf.* 126. *num.* 13. *lib.* 1. Curt. sen *conf.* 44. *num.* 18. & Curt. iun. *conf.* 172. *num.* 5. & Iacob. de Sanct. Georg. *in dict. l. maritus, num.* 16. *C. de procurat.* maximè quia in contractibus nomine filiorum non vocantur fœminæ; & sibi imputent contrahentes quòd legem clariùs non dixerint: *l. veteribus, ff. de pact.* Archid. *in cap. si quis suadente,* 17. *quæst.* 4. & masculinum in contractibus non concipit fœmininum, vt diximus secundùm Guidon. Suar. *in dict. l. veteribus*: Imol. *in cap. potuit, col. vltim. de locat. & in conf.* 38. *& in l. si ita scriptum, ff. de legat.* 2. *& in l. si vir, ff. eod.* & plures alij, quos refert; ac sequitur Morquech. *in d. cap.* 6. *de diuis. bonor. num.* 10. nisi concessio fiat *pro se, & liberis,* quia appellatione *liberorum* omnes descendentes masculi, & fœminæ propriè continentur: *l. cognoscere § liberorum, & l non est sine liberis, ff. de verbor. signif.* & tradit Ancharan. *conf.* 35. sentit Bald. & eum sequitur Alex. *in l sed si hac, § liberos, ff de in ius vocand.* Alex. *conf.* 80. *vol.* 1. Gozad. *conf.* 20. Ruin. *conf.* 188. *vol.* 2. *& conf.* 114. *vol.* 3. Sed in nostra quæstione ideò filia non habet locum, quia concessio facta fuit *pro se, & liberis suis descendentibus per lineam masculinam*: at filia est caput lineæ fœmininæ. Sed ex hoc non sequitur neptem ex filio posse admitti; quia descendit per lineam masculinam; imò per virilem sexum: Quia ad hoc respondetur lineam masculinam intelligi de masculis descendentibus ex masculis, vt consuluit Socin. iun. *conf.* 186. *num.* 10. *lib.* 2. maximè si attendatur ad conseruandam agnationem; ideircò quoties in aliquo contractu, seu vltima voluntate fit sermo de descendentibus masculis, & est mens conseruandi familiam, seu agnationem; coniectura vehemens est intelligi conclusionem de masculis descendentibus per sexum virilem: quia dispositio in fauorem agnatorum non comprehendit fœminas agnatas, quia per eas 14.
agnatio non conseruatur: Crauet. post plures *conf.* 18. *num.* 1. *conf.* 584. *num.* 11. *& conf.* 800. *num.* 6. *vsque ad fin.* sicque fuisse iudicatum ait; eo quòd masculi descendentes ex fœminis non sunt agnati, sed cognati, *l.* 2. § 1. *ff. de suis & legit. hæred.* & parentes parum curant de posteritate fœmininarum: cùm transeant ad alienas familias, vt examinat Crauet. *conf.* 67. *num.* 5. *vers. tertio principaliter.*

Quapropter nec neptis ex filio admitti potest, neque qui ex ea nascitur; ne emphyteusis ad cognatos deuoluatur: quæ est ratio Pauli Castrens. *in d. l. maritus, C. de procur.* quem sequitur Alex. *conf* 42. *num.* 6. *lib* 3. Curt. ion. *conf.* 172. *num* 5. *vbi supra, vers. & ideo hanc regulam,* & Ruyn. *conf.* 126. *num.* 13. *lib.* 3. & Socin. iun. *conf.* 186. *num.* 4. *lib.* 3. fauat Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 45. *conclus.* 6. dicens quando in aliqua dispositione filij vocantur, seu descendentes masculi, intelligendam esse dispositionem de masculis descendentibus ex masculis, non autem de filiis, vel descendentibus masculis qui a fœmina descendunt: quòd si de conseruanda familia, seu agnatione non agatur, sub appellatione *masculorum,* masculi etiam descendentes ex fœminis veniunt: vt ipse bene *ibi* probat *num.* 45. *cum sequentibus,* in materia Maioratus: At in nostro casu, non solùm venient masculi descendentes ex masculis, sed etiam masculi descendentes ex fœminis, quoties nulla fuerit habita ratio conseruandi familiam, & agnationem: vt optimè resoluit Dom. Aldubr. *conf.* 3. *num.* 43. *& n.* 50. *vsque ad num.* 63.

Vnde colligitur fœminam esse de descendentibus ex linea virili, vt ait Gloss. *in l. Gallus, § nunc de lege, in verbo, nam etsi, in fin ff. de liber. & posthum.* Atque ita secundùm hanc Glossam non erit excludenda neptis ex filio masculo, quia descendens ex illo descendit pariter ex linea virili, quam Gloss. sequitur *ibi* Bald. *in l. Gallus, num.* 3. Ater. *col* 3. *vers. in gloss posita,* Non tamen inde sequitur esse admittendam filiam descendentem à patre per virilem sexum, quòd sit caput lineæ fœmininæ, quia descendit à filio, & consequenter non admittendus est nepos ex filia, cùm descendat per sexum fœmininum; sed neptis ex filio, quæ venit per sexum virilem: sic Alex. *d. num.* 3. ex dicta Glossa fatetur se consuluisse. Item neque etiam filia, quia est caput lineæ fœmininæ, & ab ea sumit exordium; neque nepos ex ea: ita Bald. & Alex. *in dict. l. Gallus, § nunc de lege,* sed bene neptis ex filio, & ad hoc allegat Alex. *ibi plura inra, & conf.* 24. *col.* 3. *vol.* 5. Bened. *conf.* 81. *col.* 2. & Hypolit. *singul.* 33. quia est emphyteusis accepta *pro se, & descendentibus suis virilis sexus*: quod etiam confirmatur *lib.* 4. *commun. opinion. de iur. emphyt. tit.* 44. *num.* 67.

***

Verum

§. X.

Vtrum emphyteusis concessa, & acquisita cum pacto, vt ad primogenitum deferatur, sublato primogenito in vita possessoris, veniat ad secundogenitum repertum tempore mortis?

EPITOME.

1 *Nepos ex filio primogenito præfertur patruo.*
2 *Nepotes continentur appellatione filiorum.*
3 *In dubio actus disponentis intelligitur de præsenti, potius quam de futuro.*
4 *Legatum tertiæ partis bonorum comprehendit bona præsentia.*
5 *Primogenitus intelligitur secundum natiuitatem.*
6 *Secundogenitus censetur vocatus ad emphyteusim, secundum probabiliorem.*
7 *Primogenitus censetur, qui tempore mortis superuixit.*
8 *Vocatus simpliciter absque vlla relatione ad tempus mortis transmittit ius suum ad filios.*
9 *Per mortem possessoris filius senior præfertur nepoti etiam ex filio primogenito.*
10 *Vocatio primogeniti significat ordinem, & gradum.*
11 *Nepotes non repræsentant filios, quando filij vocantur nomine proprio.*
12 *Accipiens emphyteusim stipulatus est filio post mortem suam.*
13 *Ille est primogenitus qui tempore mortis emphyteutæ alios antecedit.*

1. PEtrus accepit emphyteusim sibi, & filio suo primogenito cum pacto vt semper transeat ad filium primogenitum, seu natu maiorem; mortuus est primogenitus Petri, eo viuente; quæritur an transeat emphyteosis ad secundogenitum, relicto filio à primogenito? Videtur dicendum primò, emphyteusim transire ad nepotem Petri ex filio primogenito, exclusо patruo secundogenito: sic habetur in lege Regia, *lib. 4. tit. 100. in principio*, vbi id expressè decernitur; *vers. seo tal filho mais velho deixar filho, ou neto, ou descendentes legitimos, estes taes descendentes por sua ordem se prefeniraon ao filho segundo.*

Secundò quia quando testator disponendo ostendit se velle bona sua in agnatione, seu familia conseruare, in hoc euentu nepotes continentur appella-
2. tione filiorum: Curt. iun. *cons.* 111. *n.* 5. Paris. *cons.* 75. *col. fin. & cons.* 78. *num.* 10. *lib.* 2. *& cons.* 52. *num.* 20. *lib.* 3. Iason *cons.* 52. *lib.* 3. Cald. *de potest. eligend. cap.* 14. *num.* 30.

Tertiò secundogenitus; cùm alter iam prædecessit, non primogenitus dicitur qui primò natus est; ergo filius eius debet succedere, non verò secundogenitus: & probatur *ex cap. Ioseph. in fin. de verbor. signif. & ex § in reliqua verò parte, in proœm. Digestorum.* ex illis verbis *quia quod primum est, aliud ante se habere non potest.*

Confirmatur quia esse primogenitum, est ætatis beneficium, quòd alteri concedi minimè potest; cùm ætas sit quid personalissimum, quod cum persona extinguitur: & ex Bald. *cons.* 275. *lib.* 2. iura Primogenituræ extinguuntur morte. *in l. cùm in antiquioribus, num.* 11. *vers. & primo præmisso, C. de iur. delib.* ait idem esse primogenitum, quod primò natum, seu quod primò vidit lucem. Baldum sequitur Tiraquel. *in tract. de primog. quæst.* 1. *num.* 6. idem Bald. *in c.* 1. *de filijs natis ex matr.* & ait, quòd cùm Regnum Siciliæ ex pacto transeat ad primogenitum; si primogenitus præmoriatur sine liberis, non succedere secundò genitum; quia pactum loquitur non de secundogenito, sed de primo; *ex l. iubemus, §. vltim. C. ad Trebell.* igitur ex Baldi sententia, ille est primogenitus, qui primò natus est, & is debet assequi iura primogenituræ: Adhærent Baldo Iason *in l. quoties, num* 41. *C. de rei vind.* Lupus *in Rubric. de donat. inter vir. & vxor. §* 69. *col penult. vers. ex istis dicebat;* & iterum *vers. reperio tamen:* Romanus *cons.* 98.

Quartò, vbi verbum de se, & secundùm suam naturam potest significare duo tempora, præteritum, scilicet, & futurum, intelligitur duntaxat de eo tempore, quod magis naturæ rei conuenit: *l. cum tale, §. falsam, de condition. & demonst.* Gloss. *in cap.* 2. *§. statuto, de rescript. in* 6. & Roman. *cons.* 333. *quoad primum, num.* 1.

At in dubio actus disponentis intelligitur potiùs de præsenti, quàm de futuro. Confert *l. vxorem, §. testamento, el* 1. *de legat.* 3. vbi Iurisconsultus ait, quòd cùm testator relinqueret quinque pueros ætatis septem annorum, & post conditum testamentum vixisset is testator multos annos, & tempore mortis habuisset alios illius ætatis pueros, solùm deberi pueris illius ætatis tempore conditi testamenti: additque ad finem, ibi: *Respondi eam videri ætatem designatam, quæ esset, cùm a testatore relinquerentur:* igitur cùm ætas, quæ tempore testamenti erat, & non altera designata fuit, sic in nostro casu ætas fuit designata primogeniti, quæ tunc reperiebatur. Facit etiam pro hac parte fortiùs *l. si ita, de aur. & argent. legat.* vbi habetur verba testatoris in dubio prolata, quæ possunt adaptari ad tempus præsens, & futurum; ad præsens tantum esse referenda: Ratio, quia præsens tempus semper intelligitur, si aliud comprehensum non sit: Castrensis *in l. cùm stipulamur, ff. de verbor. obligat.* subiungit se aliquando respondisse de testatore, qui legauit hospitali quidquid superesset de suis pecuniis, & tantùm superessent mille, & postea acquisierit vsque ad tria millia; quòd mille, quæ tempore testamenti superfuerunt deberentur; alia verò duo millia, minimè: sicque fuisse iudicatum firmat: sequitur *ibi* Alex. & Felin. *in cap. ad hæc primo, de rescript.* idem Alex. *cons.* 171. *num.* 1. *lib.* 6. dicens legatum tertiæ partis bonorum solùm comprehendere præsentia, scilicet tempore testamenti, & non ea, quæ postea testator acquisiuit: Concordat Coros *cons.* 14. *num.* 5. *lib.* 1. & Socin. iun. *cons.* 99. *lib.* 3. exemplis similibus, quia testamenti tempus inspicitur, non verò tempus mortis: *d. l. si ita, ff. de aur. & argent. legat.* Sic in nostro, primogenitus ille est, qui re vera primò natus est, non verò qui mortuo primogenito reperitur primus tempore euenientis conditionis; quia is non priùs natus est: igitur nepos ex primogenito, secundogenito erit præferendus.

Quintò; quia secundogenitus tempore concessionis emphyteusis erat incognitus & incertus accipienti, & concedenti; primogenitus verò certus, & cognitus: ideò solus vocatus fuit, non autem secundogenitus: ita probat *l. filius à patre, §. si quis ex certa, ff. de liber. & posthum.* Nam primogenitus secundùm natiuitatem est verè primogenitus, primogenitus secundùm successionis tempus, est primogenitus fictus: sic Anchar. *cons.* 82. *n.* 7. & Zazius *cons.* 8. *n.* 4. *lib.* 1. ideò quando adest dispositio, quæ potest intelligi in casu vero, & ficto, potiùs de vero, quàm de ficto accipienda est: *l. Statius, §. Cornelio fœlici, ff. de iur. fisci.* Vnde sequitur acquirentem cum pacto, vt emphyteusis transeat ad primogenitum intellexisse de primogenito secundùm natiuitatem: atque ita de vero, non autem de ficto; & secundùm tempus successionis.

successionis idem patet ex responsione Romani *cons.*408. dum ait relictum pro prima filia nubenda, intelligi pro prima secundùm natiuitatem; non autem secundùm matrimonium: quem sequitur Curt. iun. *in tract. feud p.3. num.20. vers.2. me mouet.* & Anch. firmat *in c.1. de constit.* & Crotus *in l omnes populi, n.*224. *de instit. & iur.* dicentes testatorem vocantem Maiores de familia, intelligere Maiores secundum natiuitatem respectu ætatis, & consequenter secundùm natiuitatem: quod puto probabile.

6. Cæterùm re diligentissimè excussa, oppositum est verius, nempe hunc secundogenitum censeri vocatum ad emphyteusim ab acquirente, & concedente emphyteusim ex pacto, vt deferatur primogenito secundùm tempus, non natiuitatis, sed concessionis; & consequenter præferendum esse nepoti: & probatur ex Lege Regia *lib.4. ordinat. tit.36. num.2.* vbi in concessione emphyteusis excludit nepotem filium filij maioris natu, & admittit patruum secundogenitum, vel tertiogenitum: igitur dispositio, vt emphyteusis transeat ad primogenitum, est conformis nostro iuri communi, & sic intelligenda, ac mensuranda est, & quamuis *d. tit.* 100. *in principio,* decernat quòd in Maioratu præferatur nepos ex filio primogenito, patruo suo secundogenito: id limitat *ibidem, eodem tit. num.* 3. dicens nisi aliud ab institutore Maioriæ disponatur; quia tunc seruabitur quod ab illo fuerit dispositum: sic in nostro casu.

7. Secundò probatur ex Baldo *in l.2. num.5. C. de iur. emphyt.* dicente emphyteusim, quæ ex pacto ad primogenitum deferri debet, transire ad primogenitum, qui tempore mortis emphyteutę superuixit, eò quòd successio habet relationem ad tempus mortis: vnde attenditur prioritas, quæ tunc in rerum natura, & in humanis reperitur: *l. ex facto, §. si quis autem, ff. ad Trebell.* sequitur Tiraquel. *de primog. quæst.* 3. *num.6.* ex Isernia *in cap.1. §. præterea, col penult. vers sed quia ponitur, tit. quæ sit prima causa benef. amitt.* vbi ait mortuo primogenito succedere secundogenitum; quamuis constitutio loquatur de primogenito tantùm: lege *ibi* Tiraquell. *vsque ad fin.* sequitur Alciat. *in l. proximus, ff. de verbor. signif.* idem Bald. *cons.*275. *Quod pro regula, col. penult. lib.*2. respondens eum non esse primogenitum de iure, qui obiit ante feudum apertum, secundùm *l. ex facto, § si quis autem suscepit, ff. ad Trebell.* & paulo inferius subiungit esse illum primogenitum, qui eo tempore, quo aperitur feudum, est primus in rerum natura: ex textu *§ proximus, Instit. de legit. agnat. success.* concinit Anchar. *d cons.*82. incipit: *Dicta facti narratio, num.*8. vbi sic ait. *Prior enim, siue primogenitus debet interpretari de illo, qui superuixit tempore mortis eius, de cuius bonis agitur, vel de aliis per cuius obitum in alios deriuandis*: hæc ille. Ex quibus constat, illum primogenitum dici, qui tempore successionis primus omnium reperitur, quia tempus mortis, seu successionis consideratur, vt quis censeatur primogenitus, & habilis ad succedendum: item quia Bald. *in d. l.2. num.5.* loquitur in dispositione simili nostro casui, cuius qualitas respicit tempus, quo dispositio respicit effectum suum, videlicet tempus mortis, quod ex illo patet, quia pro se citat *l. ex facto, §. si quis autem ff. ad Trebell.* tum etiam quod proposuit quæstionem Bald. per verbum, *quòd emphyteusis non transeat nisi ad primogenitum*: at verbum *transeat*, & verbum *succedat*, sunt futuri temporis, vt expressè notat Ripa *in l. Centurio. num.*143. *de vulgar. & pupill. substit. & in d. l. ex facto, num.* 32. *&* 33. Proinde censebitur primogenitus is, qui tempore mortis superuixerit: sic loquitur etiam Alciat. *in dict. l. proximus, ff. de verbor. signif.* & dispositio tempus successionis respicit; vt tradit Bald. *cons.* 275.

Idem tradit Alciat. *respons.*560. *num.*3. Quod est dicendum in nostro casu, nempe emphyteusim non posse transire ad alium primogenitum, quàm ad eum, qui tempore mortis possessoris repertus est primogenitus; & consequenter non pertinere ad nepotem ex filio prædefuncto; cùm non esset apud viuos, dum obiit possessor emphyteusis.

Tertiò confirmatur ex traditis ab Alex. *cons.*4. *num.*1. *lib.*3. Anchar. *d cons.*82. *num.*8. Bald. & Laudens *in cap.* 1. *de filiis natis ex matrimonio ad morgad. contract.* Declus *cons.*443. *num.*13. & Tiraquell. *de primog. quæst.*34. *num.*17. Socin. sen. *cons.*88. *col.*2. *vers. ex quibus patet, lib.* 3. qui omnes in eo conueniunt; quòd quando primogenitus vocatur ad successionem vel feudi, vel fideicommissi, vel alterius similis rei, semper accipitur, qui viuit tempore successionis; & primogeniti prædefuncti non habentur in consideratione; quia qualitas primogenituræ debet esse tempore delatæ successionis: ideò benè Bellamera *decis.*724. *col.*7. *vers. septimo, quia dispositio,* addit quando dispositio vocat vnum ex pluribus filiis, qui succedit in Primogenitura, dari incertam, & indeterminatam vocationem: vnde si præmoriatur is, qui primò natus est, perinde reputabitur ac si non fuisset à principio vocatus.

Neque obstat quod subiunxit Bellamer. *ibid. num.*17. *& col. penult. vers. ad septimum*: primogenitum prædefunctum transmittere suum ius ad filios, qui iure repræsentationis patris loco succedunt. 8. Nam id non procedit in nostro casu, quia id habet locum, quando pater fuit vocatus simpliciter, & absque vlla relatione ad tempus mortis, vt in hoc casu; ideò cùm pater non peruenisset ad id tempus, in quo habuisset aliquod ius in re, neque ad rem, non potuit illud transmittere in filium; cùm præmortuus esset, & consequenter dicitur non vocatus, quia hoc ius erat conditionale, nempe si superuixisset; ideò non transmittitur ad filios præmorientis: per *l. si ita legatum, §. illi si volet ff de legat.*1. *& in l. vnica, §. sin autem sub condit. C. de caduc tollend.* Paris. *cons.*25. *col.*2. *lib.*2. Socin. iun. *cons.*63. *n.*1. *lib.*4 Igitur filius præmoriens non transmittit ius aliquod in suum filium.

9. Neque refert, quòd in dubio præsumitur, acquirentem emphyteusim voluisse suam dispositionem debere esse conformem iuri communi: *d. lib.*4. *ordin. tit.*100. *in princip.* vbi patruus excluditur à nepote primogeniti. Quia respondetur hanc dispositionem magis accedere ad concessionem emphyteusis *pro se, & pro filiis*, quàm ad Maioratum, ideò mensuranda est per regulam iuris nostri, *d. lib.*4. *tit.*36. *n.*2. vbi per mortem possessoris filius natu maior præfertur nepoti etiam ex filio primogenito; & mens huius acquirentis fuit expressa, quòd semper maior natu suorum filiorum, aut eorum descendentium masculus, & de eius sanguine succedat in dicta emphyteusi ordine successiuo: Quod est conforme iuri Regio Lusitano: quod aliter dicendum esset, si acquisitio sequeretur leges veri Maioratus, & se conformaret secundùm ius commune, vbi nepos primogeniti excludit patruum: vt patet *ex d. tit.*100. *in princip. lib.*4. & tradunt Tiraquell. *in tract. de iur. primog. q.*40. & Couarr. *lib.*3. *variar. resol. c.*5. *ad fin.* At in emphyteusi viuente patre primogenitus non succedit in emphyteusi, nec filio primogeniti ius est quæsitum ad excludendum patruum, nec re, neque spe, ex quo primogenitus præmoritur superstite fratre suo secundogenito, ad quem pertinet successio, si superuixerit plus quàm pater.

10. Confert etiam, quia in hac concessione facta à domino directo, acquirenti emphyteusim, vocatio primogeniti significat ordinē, & gradum sicut appellatio proximioris; sed vbi fit mentio proximioris, filius

non repræsentat personam patris; ergo in successione huius emphyteusis, esto, videatur ad instar Maioriæ, filius non repræsentabit patrem; cùm non sit Primogenium verum: & quamuis vbi fit mentio filiorum veniant etiam nepotes, qui in locum filiorum subrogantur; hoc non habet locum, quando fit mentio filiorum, & de gradu; quia gradus ipse proximior attenditur: quod apparet in nostro casu, quia in hac concessione fit mentio de filio primogenito, seu de filio natu maiore, qui est proximior in gradu acquirenti: ita Bald. *in l. Imbemus in princip iuncto §. vltim. C. ad Trebell.* vbi ait non habere locum nepotem etiam sub nomine *filiorum*, quando fit mentio filiorum, & de gradu.

11. Quintò suffragatur quòd accipiens emphyteusim Petrus *sibi, & filiys*, eos vocauit nominatim nomine proprio, subiungens quòd semper primogenitus, aut natu maior suorum filiorum, aut eorum descendentium, obtineat illam emphyteusim integram: sed vbi filij proprio nomine vocantur, & nepotes in genere vt apparet ex verbis, *aut eorum descendentium*, nepotes non repræsentant personam filiorum, sed filij ipsi omnes debent priùs ingredi: sic Paris. *cons. 39. num 8. & n. 16. lib. 2.* Gozadin. *cons. 4. col. 7.* Curt. iun. *cons. 57. n. 4.* Alex. *cons. 123. n. 1. lib. 1. & cons. 43. in fin lib. 5.* Decius *cons. 1. in fin. & cons. 480. n. 10. vers. & hoc idem*: Rubeus *cons. 40. num. 5. & num. 8.* & alij, quos refert ac sequitur Menoch. *cons. 124. n. 88 89. & 90. & cons. 200. n. 23. lib. 2.* & probatur, quia illa alternatiua, *aut*, qua vsus est Petrus acquirens hanc emphyteusim, demonstrat ordine successorio vocari descendentes; atque ita nepotes non vocari nisi post filios, & consequenter nepotes non intrare in locum filij, patris nempe sui, vt eum repræsentent: ita in terminis respondet Menoch. *cons. 200. num. 18. & 19.* post Rubeum *cons. 40. n. 8. in fin.* Ruyn. *cons. 134. n. 14. lib. 2. & cons. 169. num. 8. vers. tertio respondetur, lib etiam 2.* Decius *cons. 95. num. 3.* Igitur in nostro casu secundogenitus præferendus est nepoti filio ex primogenito, cùm ipse non ingrediatur locum sui patris, neque eum repræsentet ad exclusionem patrui.

12. Nec quicquam refert regula, Patrem repræsentat filius in successione, vt habetur *in §. cum filius, Instit. de hered. qua ab intestato deferuntur*, & manifestè *in Authent. vt fratrum filij, in princip.* vel vt concurrat cum patruo in successione, vel vt eum excludat. Quia respondeo hoc procedere quando ius aliquod vel re, vel spe, competebat patri, & in illo erat inradicatum: quod aliter contingit in cōcessione emphyteusis; eò quòd tempore delatæ successionis primogenitus desiit esse apud viuos, & consequenter non dicitur vocatus ad emphyteusim; sed eius loco succedit secundogenitus tanquam primogenitus, quia prioritas, seu primogenitura debet interpretari de illo, qui superuiuit tempore mortis eius, de cuius bonis agitur: vt Anchar. *d. cons. 82. dicta facti narratio, num. 8.* qui manifestè sentit qualitatem Primogeniture adesse oportere tempore delatæ successionis: & confirmat Isernia *d. cap. 1. §. præterea* citato *in tit. Quasi prima causa*, vt iam tetigimus; si moritur primogenitos ante delatam successionem, secundogenitus dicetur primogenitus, & probatur latè à Menoch. *cons. 220. num. 121. cum sequent.* vsque ad *n. 127.* post Tiraquell. *de primog. quæst. 37. num. 18.* quia accipiens emphyteusim stipulatus est filio post mortem suam, & sic ordine successiuo, vt habetur *in l. Gallus, §. quidam rectè ff. de liber. & posthum.* & facta est relatio ad tempus mortis, & ideò censetur vocatus, qui, eo tempore eam primogenituræ habuerit qualitatem: vt tradit Bald. *in d. l. 2. C. de iur. emphyt.* per text. *in d. l. ex facto, §. penult. ff. ad Trebell.* vbi eum sequitur Alex. *num. 3.* & est sententia recepta teste Costa, *de regni success. pag. 13.* Atque ita pro patruo pronontiandum est contra nepotem, quoties contingeret post mortem primogenitum fuisse repertum: & probatur, quod probat Caldas *de nominat q. 14. num. 74. vers. pro primogenito, & num. 75. vers. admittendum censeo*, vbi ait id esse verum, quando liquidò constat ex concessione illum tantùm fuisse vocatum, qui mortis tempore primogenitus erit; vt etiam disponitur in lege huius Regni, *lib. 2. tit. 35. num. 1.* cuius verba admittunt in bonis Coronæ patruum excluso nepote ex filio natu maiore. Consentit Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 11.* loquens de emphyteusi, *num. 54.* cui apponitur pactum, quòd primogenitus succedat, atque in hoc proposito illum esse primogenitum, qui tempore mortis emphyteutæ alios antecedit, & successionem habere naturam relationis ad tempus mortis: *d. l. ex facto, §. penult. ff. ad Trebell.* additque hoc esse nouum genus primogenituræ: ex quibus omnibus bene pensatis patet nepote excluso, secundogenitum succedere loco fratris præmorientis. Quibus accedit Valasc. *de iur. emphyt q. 50. à num. 14. cum sequentib.* 13.

§. XI.

De pactis, quæ apponi possunt in concessione emphyteutica.

EPITOME.

1 *Contrahentes formam dant contractui emphyteutico*
2 *Pacta ad vnguem sunt seruanda.*
Emphyteuta potest expelli si rē deteriorem reddat. eod.
3 *Pactum contra substantiā huius contractus an valeat.*
4 *Pactum ingrediendi possessionem propria authoritate, si pensio non soluatur, valet; sed oppositum est verius.*
5 *Pactum renouandi emphyteusim finitis tribus vitis valet.*
6 *Pactum de renouando est præter naturam.*
7 *Pactum de renouādo finitur per primam renouationē.*
8 *Oppositum est verius.*
9 *Locatio ad tres annos cum pacto de renouando de triennio in triennium non valet.*
10 *Conductore pensionem non soluente non potest Ecclesia cogi ad renouandum.*
11 *Emphyteuta promittens pœnam potest expelli si non soluat pensionem.*
12 *Dominus potest expellere emphyteutam non soluentem; esto, sub pœna promiseris non expellere.*

Emphyteusis ex conuentione legem accipit, *l. 1. §. si conuenit, ff depositi. l. contractus, de regul. iur.* Quod ex eo patet, quia quasi nullam habens naturam propriam, quamlibet pactionem recipit: *l. 1. & 2. C. de iur. emphyt.* Proinde contrahentes huic contractui formam inducunt, sicut de stipulationibus conuentionalibus dici solet *in l. in conuentionalibus, de verbor. obligat.* Cùm ergo emphyteusis neque huic, neque illi formulæ sit addicta, eámque formam capiat, quam contrahentes paciscendo inter se decernunt, pacta huic contractui apposita, ita debent seruari, perinde ac si naturalia essent eidem: *§. adeo. Instit. de locat.* Valasc. *de iur. emphyt. q. 4. n. 3. & n. 9.* Restat igitur videndum quænam pactiones validæ possunt à partibus apponi, cùm dicat Imperator *in l 1. C. de iur. emphyt.* ibi, in contractu emphyteutico pacta ad vnguem esse obseruanda, & verba sunt hæc: *In quo cuncta, quæ inter vtrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus habitis placuerint, firma, illibataque perpetua stabilitate* 1. 2.

stabilitate, modis omnibus debeant custodiri. Hæc ibi: & ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 38. in princip. vers. On o contendo em seu contracto, & num 4. vers. Eisto que dito he*, hoc idem innuit, nec enim à ratione alienum, sed illi maximè conuenit pacta seruari, vt omnes communiter notant *in l. iurisgentium, §. Prætor ait, ff. de pactis*, nec recedendum a tenore inuestituræ, vt communis est sententia *in cap. de duob. fratrib.* Roland. *cons. 60. num. 4. lib. 1. & 61. eod lib.*

2. His præmissis, certi iuris est posse emphyteutam expelli, si rem emphyteuticam fecerit deteriorem, cùm delinquat contra naturam contractus, quæ obligat suscipientem emphyteusim, reddere illam meliorem: vt patet *ex cap. potuit, de locat. l. 2. C. de iur. emphyteut.* Corn. *cons. 67. num. 15. lib. 1.* & Ripa *de iur. emphyteut. lib. 2. respons. 27. num. 3.* Imo si passus fuerit fieri deteriorem, priuabitur; vt habetur *in Authent. qui rem, C. de sacrosanct. Eccles. & l. 3. C. de locat.*

Nihilominus si expressè conuentum fuerit, quòd non possit expelli, etiamsi rem deteriorem fecerit, valet talis conuentio; quia in iis, quæ respiciunt priuatam vtilitatem, vnusquisque potest pacisci, & renunciare suo commodo: *l. iurisgentium, §. si paciscar, ff. de pact. & l. si quis in conscribend. C. eodem*, & dicunt Cyn. *in l. 2. num. 4. C. de iur. emphyt.* & sequitur Paul. de Castr. *in d. Auth. qui rem, num 4. in fin. vers. sed quid si expresè dicatur, C. de sacros. Eccles.* Imola *in l. nemo potest*, & ibi Alex. *num. 26. de legat. 1.* dummodò res deterior fiat ex culpa leui, aut lata; quia tunc non poterit expelli, cùm culpa etiam lata remitti possit; eò quòd non ita quis ad delinquendum inducitur: vt tradit Igne. *in repetition. l. contractus, num. 30. de regul. iur.* & Gozadin. *in cons. 7. num. 5.*

Oppositum dicendum est si ex dolo rem faciat deteriorem; nam dolus ex communi Doctorum sententia, neque implicitè, neque explicitè remitti potest; nec talis conuentio, cùm sit contra bonos mores, & præbeat occasionem delinquendi; poterit sustineri: *l. conueniri ff. de pact. dot. l. contractus, vers. excepto eo quod Celsus putat, de regul. iur.* & docent Bartol. Angel. Paul. de Castr. per text. *in l. si vnus, §. illud, ff. de pact.* Accedit Igne. *in d. l. contractus, num. 29.* dicens etiam nullo modo remitti posse dolum pactione aliqua, siue tacita, siue expressa. Idem dico de culpa latissima, cùm non distinguatur à dolo: vt ait Bart. *in l. quod Nerua, num. 12. ff. depositi*, Mantic. *tom. 2. de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 30. num. 2. & tit. 19. num 37.*

3. Sed quid de pacto inito cum emphyteuta, vt si quid agat contra dominum cadat à iure suo, eo ipso? Respondeo valere pactum; proinde si emphyteuta interficiat Canonicum, qui est dominus partialis, Ecclesia affecta est Iniuria, & emphyteusis vtile dominium cum directo consolidatur: ita Hieronymus Gabriel *cons. 73. num. 12. lib. 2.* Non sustinebitur pactum contra substantiam emphyteusis, si pactio fiat, vt pro recognitione dominij, nulla pensio soluatur: ita Natta *cons. 114. num. 8.* post Bart. *in l. 2. num. 7. C. de iur. emphyt.* cùm talis pactio sit contra substantiam emphyteusis. Non erit tamen contra substantiam, vt emphyteuta non expellatur, quamuis non præstet pensionem, cùm aliàs pensio recuperari possit: proinde valida erit talis pactio: sic Bart. *d. num. 7. de iur. emphyt.* Lucas de Pen. & alij, quos referens sequitur Mantic. *tom. 2. de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 27. num. 52.* Erit tamen hæc pactio contra naturam emphyteusis; cùm emphyteuta cadat à iure suo, si per biennium, vel triennium non soluat: *cap. potuit, de locat. & l. vltim. C. de iur. emphyt.* Similiter pacta etiam sunt contra naturam de nō cadendo in commissum, si rem emphyteuticam deteriorem fecerit, vel si alienauerit rem emphyteuticam: Natta *cons. 49. n. 20.* Specular. *de locat. §. nunc aliqua, vers. 89. num. 122.* Idem Natta *cons. 114. num. 9.* Mantic. *d. lib. 22. tit. 21. n. 47.*

Sed quid si intercedat pactio vt dominus non soluta pensione possit ingredi possessionem? Pars affirmans probatur ex eo, quòd creditor etiam vigore pacti expressi potest propria authoritate ingredi possessionem rei obligatæ, *l. pignoris, C. de pignorib.* & Bart. *in l. creditores, in 2. lectur. num. 18. vers. aut dicas, & n. 19. C. de pignorib.* Imol. *in cap. potuit, de locat. n. 32.* & Decius sic consuluit *cons. 146. n. 6. vers. his non obstantibus*, vbi hoc fieri posse concludit: vnde si non resistat emphyteuta nisi verbis, potest ingredi possessionem: sequitur Bald. *in d. l. 2. in 2. lectur. n. 12.* Iason *num. 109. C. de iur. emphyt.* quia ex vi pacti expressi consentit emphyteuta, *l. 1. §. 1. ff. de pact.* ideò deiectus de possessione tanquam spoliatus non potest conqueri, nec restitui debet: Decius *cons. 191. num. 24.* Alex. *cons. 6. num. 14. lib. 3.* Item non potest contra pactionem resistere de facto, quia dominus iustè agit ob pactum: ergo emphyteuta iniustè resistit; non enim potest esse bellum iustum vtrimque, vt dicunt Bald. & Salyc. *in d. l. 2. C. de iur. emphyt.* 4.

Opposita tamen sententia est verior, & secundùm illam etiam pacto expresso non potest dominus in hoc casu propria auctoritate ingredi possessionem; quia pactum non debet esse occasio tumultui, & rixis: *l. non est singulis, de regul. iur.* & quamuis ipso iure priuetur, citatio & sententia est necessaria, vt possessio ab eo auferatur: sic Bartol. *in l. alia, §. eleganter, ff. solut. matr. & in l. creditores, num. 18. citata*, Tiraquel. *de iur. constit. part. 1.* Menoch. *de adipiscend. possess. remed. 5. num. 77.* vbi plurimorum casuum ibi meminit: requiritur enim citatio vt cognita causa Iudex declaret nihil esse iuris pro emphyteuta, & pactum suum debere sortiri effectum, poterit tamen dominus propria authoritate ingredi possessionem, si pactio interponatur, quòd non soluta pensione ipse emphyteuta constituat se nomine domini precario emphyteusim possidere tunc censetur dominus possidere tam naturaliter, quàm ciuiliter, & ingredietur; & si emphyteuta resistat, violētiam manifestam irrogat, & incontinenti potest dominus eum repellere, secundùm *l. cum fundum, ff. de vi & vi armat.* Bartol. *in d. l. creditores, n. 19. C. de pignor.* Tiraquel. *vbi supra 1. p. à n. 36.* Neguzant. *de pignor. p. 4. n. 14. vers. istud tamen limitatur vtiliter.*] Extra verò hunc casum, etiam si possit fieri pactum, vt possessio capiatur authoritate propria, intelligitur ea lege factum, vt ingrediens non inueniat resistentem; secùs si inueniat, quia tunc non potest: quod etiam decernitur in lege Lusitan. *lib. 4 tit. 58. num. 3.* ibi: *nam achando quem lho contradiga.* Quòd si resistentem inuenerit, etiam vigore illius pacti, non poterit emphyteutam expellere propria auctoritate, & licèt pactum de expellendo propria authoritate valeat, non est tamen exequendum, si expellendus resistat, & repugnat iuri vt priuatus sua authoritate expellat emphyteutam. Quinimò secundùm legem Lusitanam *d. lib. 4. tit. 57. In principio*, sufficit vt detur resistentia etiam verbalis ne possit capere possessionem per se, & propria authoritate; cùm dicat ibi: *sem alguna contradiçam em maneira que se naon possa sequir rixa alguna*, quia hæc rixa verbalis & repugnantia clamorosa seditionem, & tumultus excitat, & audientibus creat scandalum: ita Valasc *tom. 2. cons. 173. à num. 12. vsque ad 18. & in praxi partition. c. 5. n. 1. & 2.*

Cessante enim omni repugnantia tam verbali, quàm reali de facto, adhuc non poterit ingredi propria authoritate possessionem, si priùs adiuerit Iudicem, quia non est in manu sua à iudicio iam incœpto declinare: sic Bald. *in l. 2. num. 19. C. de seruit. & aqua, & l. ade, num. 13.* ibi: *vbi postquam Iudex est aditus,*

C. de locat. Ang. Aret. in §. Actionum, num. 19. vers. non obstat, instit. de actionib. Tiraquel. de iur. constit. p. 1. num. 18. Gozad. in l. 1. num. 8. C. de eden. & Iason in l. 2. num. 114. C. de iur. emphyt. nisi quis protestetur se Iudicem adire saluo sibi, & illæso iure propria authoritate ingrediendi possessionem: ita Gozad. in d. l. 1. n. 8. C. de eden. Neguzant. de pignor. p. 4. n. 25. vers. intellige tamen prædicta.

5. Quid dicendum de pacto renouandi emphyteusim? Respondeo quòd finitis tribus personis dominus directus tenetur renouare: sic habetur in l. 2. C. de iur. emphyt. Angel. cons. 184. Ex forma. Decius cons. 328. col. 2. textus expressus in l. ne cui, C. de locat. vers. nisi fortè pacta: quod intelligo si concedens est priuatus: non tamen si est Ecclesia; hæc enim non tenetur: per text. in Authent. de non alien. §. quod autem, vers. nec illud: & lex non permittit tale pactum Ecclesiæ, imò cùm sit contra legem, & ab ipsa lege prohibitum; non obligat eam, nec eius administratores: l. pacta, C. de pact. Alex. cons. 165. n. 1. vol. 1. Gama decis. 326. n. 6. sequitur Angel. in d. §. quod autem. Quod adeò verum est, vt neque naturalis obligatio oriatur: l. cùm lex, ff. de fideiussor. & non debent per pactum admitti, per l. non permissa, l. iuris gentium, §. Prætor ait. ff. de pactis.

Illud obiter nota, virtute illius pacti, renouationem non deberi, si emphyteuta ex aliquo casu cadat à iure suo: sic Hypolit. Riminald. iun. cons. 94. Anno Domini, vol. 1. num. 6. Item per tale pactum de renouando nullum ius quæsitum est in re, sed tantùm habet emphyteuta contra dominum personalem actionem ad renouandum: quòd si dominus alteri faciat renouationem, dabitur emphyteutæ actio contra promittentem de interesse: sic Hyp. Rimin. cons. 257. num. 52. vol. 3. Bero. cons. 116. num. 16. vol. 1. Angel. cons. 184. col. fin. & cons. 311. in fin. addit tamen Rimin. d. cons. 257. num. 53. acquiri ab emphyteuta ius in re; sed fallitur, nisi intelligas etiam cum pacto de renouando fuisse simul eadem bona emphyteutica hypothecata pro obseruatione pacti; quia tunc poterit emphyteuta secularis, & prophanus, rem emphyteuticam retinere, donec facta fuerit renouatio; etiamsi emphyteutæ offeratur interesse: quia per eam hypothecam quasi ius reale sibi constituit in emphyteusi: sic Roland. à Valle cons. 6. num. 7. & 13. vol. 1. Cald. de Renouat. quæst. 12. num. 16. & q. 9. n. eod. tit.

6. Quale, quæro, sit pactum de renouando? Respondeo esse præter naturam emphyteusis; ac proinde dicitur pactum accidentale: Bartol. in l. si finita, §. si de vectigalib. num. 10. de damno infecto. Quinimò ius personale, quod est acquisitum ex tali pacto durat per vnum duntaxat annum: Roman. cons. 22. num. 6. & est communior opinio: argum. cap. 1. §. Titius, si de feud. fuer. controu. inter dom. & agnat. & Socin. cons. 9. n. 12.
7. in fin. lib. 3. Item pactum de renouando finitur per primam renouationem, nisi aliud appareat ex renore instrumenti emphyteutici: vt in sacro Auditorio
8. fuit iudicatum teste Mantica de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 23. num. 19. Sed oppositum est verius, & ideò primus actus non consumit effectum, sed extenditur ad actus subsequentes: Bald. in l. invitus, ff. de proc. Tiraquell. de retract. lignag. §. 8. gloss. 7. num. 5. post alios, quos ibi sequitur. Item locatio ad tres annos cum pacto renouandi de triennio in triennium in rebus Ec-
9. clesiæ, non valet nisi pro primo termino, quia censetur alienatio: Alex. cons. 165. num. 1. lib. 2. & Angel. in §. nos igitur, aliàs in §. neque illud, in Authen. de non alien. & licèt ad modicum tempus non censeatur alienatio, c. Ambitiosæ, de reb. Eccles. non alien. si fiat locatio ex vi pacti de renouando, secundùm Rimin. sen. cons. 16. num. 3. lib. 2. videtur non esse prohibita, cùm tot censeantur locationes, quot sunt tempora distributa: l. scire debemus, de verbor. obligat. Melius tamen dicunt alij, modò id non fiat ad fraudandam legem, quæ prohibet alienationem: Alex. cons. 165. n. 3. lib. 2. Nam cùm concessio ad modicum tempus non transferat vtile dominium, non censetur prohibita; ideò potest sustineri, nisi intelligatur fieri in fraudem legis.
Denique si conductor non soluat pensionem, non 10.
potest Ecclesia ex vigore pacti cogi ad renouandum, quia pactum tacitam habet conditionem, Si conductor stet promissis: l. quæro, §. inter locationẽ, ff. locati, & perdidit cõmodum ipsius pacti Mantic. d. tit. 23. n. 17.

Sed quæstio est an si emphyteuta promittat pœ- 11.
nam, si non præstet pensionem, poteritne expelli à domino? Respondeo posse; quia est pactum initum in fauorem domini: igitur non erit pactum retorquendum in odium illius: l. quod fauore, C. de legib. & Gloss. in l. 2. C. de iur. emphyt. ait posse expelli. Non potest tamen dominus vtrumque petere; videlicet pœnam, & quod emphyteuta expellatur: sic Gloss. ead. quam omnes tradunt sequendam, teste Iason. in d. l. 2. C. de iur. emphyt. num. 139. eliget nihilominus dominus quod maluerit, vel vt pœnam soluat, vel vt expellatur: sequitur Clar. de emphyt. quæst. 8. num. 12. Contra verò, si dominus promittat pœnam si emphyteutam expellat, & ille non soluat per biennium, vel per triennium, vt deciditur in cap. potuit, de locat. & in d. l. 2. C. de iur. emphyt. Respondeo posse expelle-
re emphyteutam, quia intelligitur non promisisse, 12.
quod nullo casu emphyteuta expelleretur; vnde absque metu pœnæ potest eum expellere, si non præstet tempore debito pensionem: sic Bald. & Iason in d. l. 2. C. de iur. emphyt. ille num. 11. iste num. 139. & habetur in l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati. Nec obstat si in concessione apponatur pœna non seruanti pactionem, quia ob id non censetur dominus recessisse à pœna commissi si ab emphyteuta contrahatur; quia prouisio hominis non excludit prouisionẽ legis ordinariam: sic Alex. cons. 132. lib. 4. & Pute. decis. 205. lib. 2.

§. XII.

Vtrùm emphyteusis concessa ad tres personas, cum pacto quòd illis finitis reuertatur liberè ad dominum, sit iterum renouanda descendentibus vltimi possessoris?

EPITOME.

1 *Pactum de renouando improbatur.*
Non est cogenda Ecclesia renouare si sibi velit emphyteusim. ibidem.
2 *Pacta sunt seruanda omnino.*
3 *Contractus emphyteuticus ex conuentione partium legem capit.*
Pacto inito de non renouando standum est, ibid.
4 *Dominus non cogitur renouare si ob vrgentem necessitatem velit emphyteusim retinere.*
5 *Extra casum inopinatæ necessitatis verius est posse cogi dominum ad renouandum.*
6 *Melioratio non requiritur ad renouationem, sufficit non dari deteriorationem.*
7 *Beneficium renouandi ex æquitate dari modò indicatum est.*
8 *Imò esse hæreditarium ius renouãdi probant Neuiores.*
9 *Pactum de non renouando tanquam nociuum commodo publico reijcitur.*
10 *Secus si iuri renouandi renuncient expressè accipientes emphyteusim.*

11 *Renouatio est petenda intra annum.*
12 *Ius renouandi debetur ex iustitia legali.*
Propter iustitiam legalem emeriti Senatores, & Cathedratici aluntur à Principibus ibid.
Famuli si pro tota ferme vita conducant operas suas in senectute, quando laborare non possunt, sunt alendi à dominis suis ibidem.
13 *Coloni simplices non possunt acquirere ius renouandi, habent tamen ius prælationis si tantundem offerant.*
14 *Colonus potest retinere prædia pro melioramentis: Quod procedit quan do melioramenta sunt liquida. ibidem.*

1. PArs negans ex eo probatur, quia etiam pactum de renouando improbatur in *Authent. de non alienand. §. quod autem, ad fin.* quo Ecclesia se obligat finitis personis se renouaturam emphyteusim descendentibus vltimi emphyteutæ: qua promissione non obstante, deciditur eo loco posse Ecclesiam negare petenti renouationem, & emphyteusim capere. Verba autem *ex nouella constitut. 7. cap. 3.* refert Antonius Augustinus, ibi: *nam, inquit, illam pactionem, imo magis callidam machinationem reyciendam esse constitutio iubet, idest si pactus fuerit cum œconomis, & cum Religioso Episcopo, & alys personis, quas enumerauimus, is qui emphyteusim contrahit, vt etiam tribus personis defunctis, nihilominus deinceps successoribus liceat emphyteoseos titulo res immobiles ab Ecclesia capere, & alys personis anteponi, talem enim machinationem, vt pote callidè factam constitutio reprobauit.* Hæc ex illa constitutione.

Secundò, auctoritate multorum, qui dicunt Ecclesiam non esse cogendam ad renouandum, si emphyteusim vellet sibi vsurpare: sic Gama *decis. 41. num. vltim.* vbi dicit proprietarium regulariter posse finitis tribus personis sibi retinere emphyteusim, expulsa renouandi petitione, ex doctrina Abbatis *in cap. bona, 2. num. 18. de postu. prælator.* quam opinionem *ibi* vocat communem: sequitur Emmanuel à Costa *de Maioratib. part. 1. num. vlt.* aliter enim si semper Ecclesia cogenda est ad renouandum, frustra *in Authen. de non alien. §. emphyteusim,* decerneretur, Ecclesiam non posse bona sua nisi ad tertiam generationem emphyteuticare.

2. Tertiò, pacta in contractu emphyteutico apposita ad vnguem sunt seruanda, *l. 1. C. de iur. emphyt.* & dixi *§. præcedenti, in princip.* & tradunt Scribentes *in cap. 1. de pactis,* text. *in l. si quis maior, C. de transact.* proinde donatio semel facta, quæ non potest infringi, vt patet ex *l. perfecta, C. de donat. quæ sub modo,* rescinditur, si pactum adiectum non seruatur; proinde clausulis appositis in concessione emphyteusis, quæ dicunt, quòd finitis tribus personis res libera, & expedita, reuertatur ad proprietarium, standum est; vt colligitur *ex §. alio, Instit. de locat. & ex l. 1. C. de iur. emphyt.*

3. Quartò suffragatur, quia si in contractu emphyteutico eo finito renouatio facienda est necessariò, non obstante clausula, quòd res emphyteutica libera ad dominum redeat; pari modo dabitur innouatio in cæteris contractibus, nempe in locato, commodato, & alio quocunque oneroso contractu; quod nemo adhuc, quod sciam, dixit: cùm ergo contractus emphyteuticus ex partium conuentione legem accipiat, vt habetur in *regula, contractus, de regul. iur. in 6. & in l. 1. C. de iur. emphyt.* & pacta ab illis contrahentibus apposita circa pensionem præstandã, & circa laudemij quantitatem sub pœna commissi ipso facto incurrenda, si aliàs promissis istis, & aliis similibus non satisfecerit emphyteuta: igitur clausulis & pactionibus de non renouando, pari ratione standum est; & sicut in aliis contractibus onerosis non datur obligatio renouandi post finitum tempus, similiter nec in hoc emphyteutico; cùm non desit maior ratio in vno quàm in alio. Facit pro hac parte, *l. cui, C. de locat.* prohibens ne quis cogatur propinquioribus res suas locare, & *l. dudum, C. de contrahend. emption.* quæ vetat, & reprobat consuetudinem cogentem venditorem, vt potius suis consanguineis, quàm aliis rem suam vendat. Pari ergo ratione reprobanda est consuetudo cogens concedentem emphyteusim semel, vt iterum atque iterum, ac sæpiùs renouet emphyteusim descendentibus vltimi possessoris; maxime si Ecclesia est dominus directus. Neque vrget *l. 1. ff. de aqua quotidian.* vbi deciditur ius aquæ ducendæ esse impetrabile ab eo, qui succedit in fundo illius, cui datum erat aquam deducere ad irrigandum, cum *in ipsa lege* dicatur concessum personæ esse personale, & cum persona expirare, & consequenter deferri ad successorem; & hanc partem negantem tradunt ex veteribus Alexand. *in l. si mihi, & Titio, col. penult. ff. de verbor. obligat.* Roman. *cons. 70. Visis, vers. vel secundo aliter.* Iason *cons. 24. ad fin. vers. quarto respondetur, lib. 3.* ex recentioribus doctissimus Franciscus Sarmiento *lib. 3. select. cap. 7. num. 2.* nullo pro sua sententia authore citato.

Limitant tamen aliqui hanc partem tunc habere locum, quando dominus directus siue priuatus sit, siue Ecclesia, sibi vult emphyteusim ob vrgentem necessitatem in quam incidit ex inopinato; & tunc fatentur non esse cogendum dominum ad renouandum: ita Gama *decis. 41. num. vltim.* & Cabed. *tom. 1. decis. 203. num. 7.* vbi ait opinionem Abbatis *in cap. bona memoria, de postul. prælat. 2. num. 28.* intelligendam esse in casu, quo necessitas superuenit inopinata; imo absque illa, idem tradit Gam. *decis. 207. num. 2.* incipit, *Illustris Vicecomes,* in quam opinionem cum Abbate inclinat Iul. Clar. *§. emphyteusis, q. 43.* tanquam æquiorem, *ad fin.* & Sarmient. *vbi supra* contra Decium *num. 4. ad fin.* quam limitationem doctissimus Valasc. *consult. 157. n. 27. §. sexto quæritur,* approbat, & multis rationibus confirmat, nempe posse dominum directum negare renouationem, eámque sibi retinere pro suis vsibus, & necessitatibus de nouo emergentibus; ibique pro hac parte plures referens sequitur, concludens non esse ab hac limitatione in iudicando, & consulendo recedendum. Nec Bartol. *in d. l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quotidiana,* quia non loquitur in casu sic limitato, & intelligit dominum directum cogendum renouare successori vltimi emphyteutæ, quando alteri voluerit concedere, vt bene tradidit Goxad. *cons. 59. & 86. n. 24.* & Iason *l. 2. C. de iur. emphyt.* nec Bartol. *in l. 1. ff. de priuileg. cred. num. 9.* loquitur generaliter; sed duntaxat quando extraneus concurrit cum agnatis, tunc renouatio debet fieri illis; aliter irrogarent Iniuria: igitur dicendum est pro conclusione, hanc limitationem esse omnino amplectendam tanquam iuridicam, & rationi maximè consentaneam. Vnde non audiendus est Cald. *de renouat. quæst. 8. num. 22.* hanc limitationem explodens. 4.

Extra verò casum superuenientis necessitatis inopinatæ, placet mihi tanquam verior sententia affirmans dominum directum cogendum ad renouationem faciendam filiis vltimi emphyteutæ; iisque non extantibus, agnatis proximioribus; siue sit emphyteusis Ecclesiastica, siue non. Quæ sententia est Bartol. *in d. l. 1. §. permittitur, de aqua quotidian.* & ibi Angel. idem Bartol. *in l. 1. ff. de priuileg. credit. & in l. si mihi, & Titio, ff. de verbor. obligat.* Gloss. *in c. bona memoria, de postul. prælat.* Bald. *in c. 1. quemadmodum feud. ad fæm. pertin.* Anchar. *cons. 174. vers. vlterius* 5.

aduer

aduertendum,& conf.170.Casus talis. Decius conf.131.
& conf.328. Roman.in l.2.ff solut.matrim.& in rubric.
ff.de arbitr.vers.11.Boër.decis.107.Ratio,qoia id indul-
tum, quod solet concedi, si uegetur, fit iniutla pe-
tenti;vt tradit Afflict super constit. in tit. de pœn. con-
tum.num.22. Felin.cons.32.num.20.siue sit Ecclesia,vt
in specieteneı Ruyn.cons.151.num.16.vol.1.& cons.
266.eod.vol.& Gratus cons.86.num.7.vol.1.modò fi-
niatur emphyteusis absque culpa emphyteutæ:quòd
si finiatur ob pensionem non solutam,vel ob aliena-
tionem probibitam;non concedetur renouatio.Ro-
manus in cons.212. in princip. & sic declarat Gratus
cons.90.vol.1.text.in d.§.permittitur, Alex.in d.l.si mihi
& Titio.ff.de verbor.obligat.& Ruyo.cons.152.& 155.
vol.1.

6. Eandem sententiam affirmantem ex receotiori-
bus tenent Iulius Clarus,d.§.emphyteusis,q.43.n.1.2.
& 3.Valasc.de iur.emphyt.q.38.num.17.quamuis q.1.
num.20.ad fin.& q.7.n.7. sublimitauerit eam doctri-
nam Bartoli rone babere locum, quando meliora-
menta fuisse facta probantur in emphyteusi; quam
prubatluoem non esse necessariam tradit Ioan.Gar-
cia de expens.cap.15.num.18. carpens eundum; cùm
in d.l.1.§.permittitur,de meliorationibus necessariis
nihil dicat: addens ad renouaudum sufficere, si res
embbyteutica deterlor noo fuerit facta; quia ob de-
teriorationem,sicut resoluitur res emphyteotica, sic
renouatio negabitur:proinde cùm deterioratio non
grauis reperitur, fiet iniuria petenti renouatiooem,
si negetur;non verò benefi:ium,si fiat:ex d.§.permit-
titur.a fortiori, ad renouandum obstringetur domi-
nus, quando de melioramentis constiterit, quæ, vt
renouatio faciliùs obtineatur,optimum erit allega-
re. Garciam sequitur vt discipulus Cald. Pereir. de
renouation. quæst.8. num.20. tanquam æquitati magis
conformem post Decium cons.131. vbi ait ita fuisse
iudicatum contra Serenissimam Ducissam Brigantiæ
in supremo Senato huius Regni anno Domini 1564.
non obstante clausula,liure,e desembargado pera delle,
fazer oquel he aprouesse. Cald. Pereir. patrem secutus
eius filius D.Gabriel,eandem opinionem oouissimè
7. defendit decis.31.num.4. cum sequentib. æquitate, &
benignitate præeuntibus, rigoréque iuris remoto,
beneficium renouationis finitis tribus personis esse
iterum, ac semper concedendum: quod priùs dixe-
rat Cald.pater loco citato,& quæst.9.num.21.& q.17.
num.25. vbi scilicet renouationis beneficium ex
æquitate contra iuris regulas procedere, cùm orla-
tur magis ex hooestate, quàm ex iuris rigore; ideò
ius renouationis esse expediendum Iudicis officio
nobili, qui pro fundamento haber æquitatem; vt
tradit Bartol.in d.§.permittitur,& voluit Cald.in Ru-
bric.de appellationib num 6. Eidem Bartolo moderatè
accedit Gama decis.41.ad fin.Ferdinandus Rebellus 2.
p. de obligation.instit. lib.13. quæst.19. num.2. §.contra-
riam tamen sententiam Emmanuel Barbos. Vimara-
nensis p.2. suar. remissionum ad ordinationem Regiam
Lusitanam lib.4. tit.38.num.65.fol.81. post Villalob.
in erario commun. opin. verbo, emphyteusis, à num.49.
Cabed.p.1.decis.203. idem Cald. pater in quæstion.
8. forens. cons.46. à num.3. & cons.43. per tot. asserens
hoc ius renouandi competere hæredibus, siue de-
scendentibus accipientis, esséque hæreditarium, &
deferri ad quoscunque hæredes, haberéque locum,
esto in concessiooe addatur clausula, Quòd libera,
& expedita ad dominum ipsum redeat cum meliora-
mentis;vt practicatur in hoc Regno,teste Cald. pa-
tre,d.quæst.num.18. & Valasc. consult.123. ad fin. vbi
rationem reddens ait; has, & similes clausulas non
excludere petitionem, ac beneficium renouationis,
saltem de æquitate,teste Imola cons.18.incipit, In ca-
9. su, num.3. Nec ella seruanda pacta de non renouan-
do, quando huiusceemodi pactiones nocent conul-
ctui publico totius Regni, & miserorum pauperum
sustentatiooi: sicque fuisse iodicatum asserit d.cons.
123. ad fin. correcta sententia contrà,à supremo Se-
natu:ideo Cabed q.203.prima parte,in fauorem mi-
noris contra Mooasterium, anno Domini 1592. qui-
bus consentit Cald. Pereir. filius, d.decis.31.vbi n.4.
labentibus annis, ait, huiusmodi pacta tanqoam con-
trà booos mores adiecta esse reiicienda à contractu;
quia ius publicum, quod in renouatione versatur,
non potest ob priuatorum vtilitatem auferri: pro
quo citat D. Cald. patrem de renouat.q.11.n.21.cum
sequentib. Mantic.de tacit.& ambig.lib.22.tit.35. in
principio dicit sine dubio esse renouandum, & in sa-
cro Auditorio Romæ sæpe ita fuisse resolutum; &
pro hac parte hisce temporibus multo plures sen-
teotiæ fuerunt pronuntiatæ,teste Valasco,d.consult.
123.n.13. quàm pro contraria; nisi verbis expressis
accipientes emphyteusim pro se,& pro aliis,dicant se
finitis personis renootiare nomine suo, & successo- 10.
rum,iuri renouandi; & à se abdicare potestatem pe-
teodi:quòd si boc non adiiciatur,nullo modo tolli-
tur à successoribus ius petendi renouationem: quod
adeò verum putat Valasc.d.consult.157.num.32.vt ibi
opinetur ius illud renooandi, veloti ius in re com-
petere:esséque io bonis quasi partem patrimonij, &
posse prælegari,ac in eo iure hæredem instituere:ita
Valasc. cit.n.11. contra Cald.de renouat.q 17.n.8. qui
oppositum ibi asseruit; cùm vsu, & praxi receptum
sit pro renouatione obtinenda ius in re competere:
sícque iudicari,& legari posse: Caldas Pereira filius
d.n 4.ad fin.post Valasc.d.consult.157.num.32. ab ipso
allegatum.
Adoertas quæso banc renouationem esse peten- 11.
dam intra annum; & eo elapso, non esse cogendum
ad beneficium renouandi: sic Gozadin. cons.59. &
cons.71. Decius cons.131. & est textus expressus in
cap.1.§.Titius,in tit.si de feud fuer.controuer.inter domi-
num, & agnat. Tiraquel. & post plures de retract. li-
gnag.§.1 gloss.10.n.4.Iason cons.24.vol.3. & in l.prætor
ait.§.1.ff de non oper.nunt.& Roman. ibi,& in Rubric.
de arbitr. idem Tiraquel. n.5. Gabriel de iur.emphyt.
conclus.1.n.10.tom.3.commun opinion.& hic annus in-
cipit à die scientiæ:sic Decius cons.38.Gloss.& Scri-
beotes in d §.Titius si de feud fuer.contron.inter dom.&
agnat.Quod est verum quaodo sunt inoestiti ex vlti-
mo possessore prouenientes: quando verò est extra-
neus inuestitus, descendentes possunt petere vsque
ad triginta anoos:ita Glossa in d.§.Titius,Chassaneus
in consuetud. Burgund. Decius cons.395. ad fin. & est
communis opinio.Alex.cons.15.vol.5. Gozad.cons.8.
& cons.71.& alij,siue qui petunt sint descendeotes,si-
ue transuersales:Decius cons.131.& cons.328. Goza-
din.cons 71.Roman.cons.22.Ideo Anchar.cons.134.in
secundo dubio, & Staphylæus de litteris gratia,& iusti-
tia, noo suot admitteodi, quateous à petenda reno-
uatione excluduot transuersales;quia nullum cerni-
tur discrimeo quoad petendam renouatlonem inter
transuersales,& descendeotes,dummodò proximio-
res sint vltimo emphyteutæ: sic Ruin.cons.12.cons.
151.cons.152.vol.1.Paris.cons.103.vol.1.sequitur Maria
nun.cons.76. num.121.vol.1. idem Ruin. expressiùs
cons.47.num.6.vol.3.
Difficultas est, an directus dominus teneatur ad
beoeficiũ renouandi de iustitia,an ex charitate?Dico
primò teneri ex iure iustitiæ oon particularis, seu
commutatiuæ,quæ ad priuatum bonum,ac debitum
attẽdit per se;sed ex iustitia legali,siue generali,quæ
bonum, ac debitum ex lege per se respicit, quæ qui-
dem virtus cæterarum virtutum moralium actus ad
booum commune dirigit,residétque in Principibus,
ac publicarum rerum gubernatoribus, de qua D.
Thom.

Thom. 2. 2. q.58. *artic.* 6. & 5. & quam Aristoteles 5. *Ethicor. cap.* 1. & 2. vocat, totam virtutem, quasi gubernatricem ad bonum commune cæterarum virtutum moralium: ratione ergo huius iustitiæ generalis, seu legalis, debetur renouatio; non verò ex iustitia particulari, quæ diuisa est in commutatiuam, & distributiuam; & ad legalem attendit Bartol. *in d.l.*1. §. *permittitur, ff. de aqua quotidian.* cùm dixit deberi renouationem. Qui verò negant deberi, intelligunt de iustitia particulari commutatiua, quod etiam fatemur: at de legali concedimus cum Bartol. & aliis, cùm ad bonum publicum, communémque conuictum maximè pertineat, renouandi gratiam concedere, & statui, ac conditioni miserorum agricolarum diligenter prospicere. Quam iustitiam legalem Principes summoperè attendentes, solent Senatores senio confectos iam emeritos, quando non possunt ampliùs præ senectute Academiis interesse, non solùm alere, sed etiam priuilegiis amplissimis fouere: quod & recta ratio, & gratitudo, ac iustitia generalis postulat. Additque doctissimus præceptor meus Rebellus *vbi suprà, d.quæst.* 18. *à num. etiam* 18. *cum sequentibus*, si per totam ferè vitam quis sub certa annua mercede locauerit operas suas, ea contractu videri sibi acquirere ius secundùm iustitiam legalem, vt à domino conducente in senectute alatur, quando iam non potest laborare; quod ius non apparet in cæteris contractibus pro breui tempore celebratis.

13. Ex dictis dicet aliquis colonum simplicem posse cogere dominum ad beneficium sibi renouandi: Respondeo non posse, quia concessum est duntaxat emphyteutis, ac feudatariis, non verò colonis simplicibus, qui possunt expelli; vt bene tradit Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 10. & *cons.* 157. §. *octauò fuit quæsitum*, vbi ait fuisse iudicatum *anno* 1564. talem colonum non esse expellendum à colonia, & præferendum cæteris, si tantumdem velit dare, quantum alij, quibus dominus voluerit rem locare: & sic etiam vidi iudicatum annis antè paucis à supremo Senatu Olissyponensi contra D.Mariam da Sylueira portuensem, quæ expulit colonum simplicem Gondicallum Franciscum, cum limitatione vt non expelleretur si tantundem offerret, vellétque dare, quantum alius tertius; quod redolere æquitatem certum est: & sic vsu, & praxi receptum tradit Afflict. *decis.* 238. post plures *ibi*. Non tenetur tamen colonus rem dimittere si habeat melioramenta, potéstque rem retinere pro illis donec soluantur. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 39. Garcia *de expens. cap.* 6. *num.* 18. & 19. quod est verum, quando melioramenta sunt liquida: sic Paul *cons.* 270. quòd si non sunt liquida, nec breuiter liquidari possunt, præstita

14. cautione de soluendo vbi primùm liquidum constiterit, tunc res tradantur; quia non debemus impedire restitutionem rei liquidæ propter meliorationes non liquidas. Alex. *in l.* 4. §. *ait prætor, ff. de re iudic.* Iason *in l.* 1. *col.* 1. *ff. qui satisdar. cog.* Alciat. *respons.* 450. *num.* 26. quod procedit quando melioramenta non sunt liquida; vt etiam tradit August. Bero. *in cap.* 1. *de in integ. restit. num.* 35. *vers. si autem non sint liquida*, dicens possessorem non posse retinere rem si cautio illi fuerit tradita de soluendis meliorationibus liquidatis per Iudicem, vel per Arbitros: quòd si fuerint liquida melioramenta, non sufficiet cautio, sed potest retinere donec soluantur. Idem August. Bero. *num.* 33. *cum sequent.* & probatur ex text. *in l. si in aren, ad fin. ff. de condict. indeb.* vbi per retentionem meliorationum possessor sibi prospicere potest; vt firmat Gozad. *cons.* 86. *num.* 25.

§. XIII.

In quibus casibus emphyteusis, publicatis bonis emphyteutæ, transeat ad fiscum?

EPITOME.

1. *Emphyteusis non transit ad fiscum, si non potest transire ad extraneos.*
2. *Fiscus non est propriè hæres, sed quasi hæres.*
3. *Emphyteusis Ecclesiastica regulariter non defertur ad fiscum.*
4. *Quòd si deferatur intra biennium potest ab Ecclesia reuocari.*
5. *Emphyteusis ob crimen læsæ Maiestatis redit ad Ecclesiam exclusis filiis.*
6. *Commoditas emphyteusis priuatæ viuente criminoso pertinet ad fiscum.*
7. *Quando emphyteusis Ecclesiastica non transit ad hæredes extraneos fructus pertinent ad Ecclesiam.*
8. *In quo euentu non potiatur fructibus fiscus viuente delinquente.*
9. *Prædia transeunt ad fiscum cum suo onere.*
10. *Fiscus cogi potest vt transferat emphyteusim in hominem eiusdem conditionis.*
11. *Probabilius est non posse emphyteusim Ecclesiasticam transire ad fiscum, quin potentior.*
12. *Ecclesia non tenetur filiis delinquentis renouare emphyteusim.*
13. *Bona clericorum ob delictum hæresis, cui applicantur?*

Prima propositio. Emphyteusis siue priuata, siue Ecclesiastica, quæ ad hæredes ex sua natura, seu institutione non potest transire ad extraneos, non transit in fiscum, eò quòd si hæredes extranei nihil 1.
iuris habent in illis, nec fiscus à fortiori habebit, 2.
cùm non sit propriè hæres, sed quasi hæres: ita Bartol. *in l. eum qui, statim in principio, ff. de interdict. & relegat.* Ratio, quia fiscus habetur loco extranei successoris: ideò si emphyteusis priuata non potest ex conuentione, & concessione transire ad extraneos hæredes, ad fiscum ex eadem ratione nequit deferri: ita Bartol. *in l. si finita, §. si de vectigal. lib. num.* 6. *de dam. infect.* quem sequuntur Alex. *cons.* 23. *num.* 10. *lib.* 1. & *cons.* 89. *num.* 2. *lib.* 4. Ruin. *cons.* 117. *num.* 3. *cons.* 155. *num.* 11. *in fin. vers. Præterea, lib.* 1. & *cons.* 23. *num.* 33. *cum sequent. vers. & sicut emphyteusis priuata, lib.* 5. quibus accedit Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 19. *in princip. vers. si in ipsa concessione apposita sunt aliqua verba*, & Mantic. *de tacit. & ambig. tom.* 2. *lib.* 22. *tit.* 30. *num.* 3. *cum sequent.* Quæ resolutio competit emphyteusi etiam Ecclesiasticæ, quæ non solet ad extraneos hæredes transmeare *ex §. emphyteusim, in Authent. de non alien.* vbi Doctores communiter. Alexand. *cons.* 23. *num.* 10. *lib.* 1. Quòd si demos casum, in quo emphyteusis Ecclesiastica possit transire ad hæredes extraneos, transibit etiam ad fiscum: sic Socin. sen. *cons.* 266. *num.* 33. *cum sequent. lib.* 2. & Alciat. *cons.* 34. *num.* 5. *lib.* 1.

Secunda propositio. Regulariter loquendo, emphyteusis Ecclesiastica ob delictum emphyteutæ 3.
non potest transire ad fiscum, cùm ex sua institutione non possit transire ad extraneos; per *cap. felicis, §. si qua vero, de pœnis, lib.* 6. & tradit Roman. *in l. si finita, § si de vectigal. num.* 11. Alexand. *ibi num.* 36. *de damn. infect.* Castr. *in l. in insulam, in princip. num.* 2. *vers. & est casus, ff. solut. matrim.* & probatur *ex d. cap. felicis, §. si qua vero*, vbi deciditur, locationes quas delinquens assecutus est ab aliquibus Ecclesiis, non

obstante publicatione bonorum, liberè ad Ecclesias redire: ergo ad fiscum non reuertuntur. Firmat Ruyn. *d. consf.* 117. *num* 5. *lib.* 1. & probat gloss. *in Clement. dudum, de sepult. in verbo, liberè*, quod importat reditum absque vllo impedimento ad Ecclesiam. Quam opinionem vt veriorem docet Iul. Clar. *d. quæst.* 29. *vers. Teneo ergo*; addens etiam quando in aliquo casu, in quo potest transire ad hæredes extraneos, & consequenter ad fiscum, non esse dubium
4. quin intra biennium possit Ecclesia emphyteusim, si velit, reuocare: per text. expressum *in* §. 1. *in Authent. de alien. & emphyt.* Neque obstat quòd text. videatur loqui de emphyteusi concessa ab Ecclesia Constantinopolitana. Quia nihilominus intelligitur illius dispositio de quacunque Ecclesia; vt tradit Alex. *in d. l. si finita*, §. *si de vectigalibus, ff. de dam.*
5. *infect.* Quinimò si quis ob crimen læsæ maiestatis tam diuinæ, quàm humanæ, cum publicatione bonorum damnatus sit, exclusis filiis reuertetur emphyteusis ad Ecclesiam; quia filij ob hæc delicta bonis spoliantur: *l. quisquis, C. ad leg. Iul. Maiest. & d. cap. felicis, post princip.* ibi: *vt ex illis nihil transmittat ad posteros.* Mantic. *d. ti.* 30. *num.* 12.

6. Tertia propositio. Commoditas emphyteusis profanæ, quæ ex sua institutione non transit ad hæredes extraneos, quandiu vixerit criminosus pertinet ad fiscum, excepta pensione debita domino directo, quam fiscus illi teddere tenetur: sic Peregrin. *de iur. fisci, lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 150. Molin. *tom.* 2. *de iustit. disp.* 481. *col.* 4. *vers. primum, ac præcipuum, & tom.* 3. *disput.* 656. *num.* 3. Gigas *de crimin. læsæ maiest. lib.* 2. *titul. de pæn. committent. quæst.* 6. *num. vltim.* & Farinac. *in sua practic. in noua editione, tom.* 1. 1. *part. tit. de delict. & pæn. quæst.* 25. *num.* 58. vnde non est admittenda sententia Vasquez 1. 2. *quæst.* 96. *art.* 5. *disput.* 169. *cap.* 3. *num.* 6. dicentis fructus non pertinere ad fiscum, sed ad dominum directum simul cum proprietate emphyteu-
7 tica: Quod est verum, si loquamur de emphyteusi Ecclesiastica non transeunte ad hæredes extraneos; huius fructus non ad fiscum, sed ad dominum directum reuertuntur, & nullo modo publicantur, sed consolidantur cum directo dominio Ecclesiastico, nec fiscus eos possidet durante vita criminosi. Quæ resolutio est verior: sic Farinac. mutata sententia, quam retinuerat *d. quæst.* 25. *in noua editione, num.* 58. *vers. verum.* Ruin. *consf.* 117. *ad fin. vol.* 1. Hieronym. Gabriel *consf.* 73. *num.* 3. *cum sequentib. vol.* 2. & Mantica *d. lib.* 22. *tit.* 30. *à num.* 20. addens, nec quando Ecclesiastica emphyteusis ad dominum redit, posse fiscum recipere fructus pendentes tempore latæ sententiæ, per quam fuerunt publicata bona emphyteutica, eò quòd spectent ad Ecclesiam: *l. ex diuerso*, §. 1. *& l. domum, C. de rei vend.* Ratio, quia fructus etiam pendentes sunt pars rei cui adhærent: *l. fructus pendentes*, etiam si maturi iam sint, *ff. eodem, & l. in falcidia placuit, ff. ad leg. falcid.* Ruin. *d. consf.* 117. *num.* 17. *lib.* 1. Aliter dico, si fructus sint eo tempore iam percepti, ij enim cùm sint emphyteutæ, reddendi sunt fisco: *l. defuncta, ff. de vsufruct.* & numerantur inter mobilia vbi sunt à solo separati, & consequenter debentur fisco, & in ea re pari passu procedit vsufructuarius cum emphyteuta: sic Ruin. *prædegatus d. num.* 17. *lib.* 1. & Alexand. *in l. diuortio, num.* 4. *ff. solut. matrimon.*

8. Quarta propositio. Si in concessione emphyteutica tam seculari, quàm Ecclesiastica, pactum fuerit appositum vltra tacitam legis prohibitionem, ne emphyteusis possit alienari, vel in aliquos transferri, nisi in eos, qui vocantur in inuestitura; non potest fiscus potiri fructibus, etiam pro eo tempore vitæ delinquentis; sed vel Ecclesia illos obtinebit, vel successor secularis. Ratio est, quia fructus, seu commoditas emphyteusis in hac specie à dominio rei non sciungitur: per text. *in l. & ex diuerso*, §. *vbi autem, ff. de rei vend.* Proinde sicut res non defertur fisco, sic nec fructus deferuntur durante vita criminosi: ita Mantic. *d. tit.* 30. *num.* 13. quia prohibitio hominis concurrit cum prohibitione legis; & ideò fiscus multo magis excluditur; & ideò nec fructus donec vixerit condemnatus poterit percipere: idem firmat à se relatus Hieronym. Gabriel *consf.* 73. *n.* 11. *& num.* 31. post plures, quos *ibi* refert *vol.* 2. & Bossius *in sua practica, tit. de bonor. publication. num.* 60. quem sequitur Sanchez *lib.* 2. *in decalog. cap.* 19. *n.* 23. *& cap.* 18. *num.* 15. vbi de hac re fuse fuit loquutus vsque ad *num.* 33.

Quinta propositio. Prædia, quæ pendunt Ecclesiæ singulis quibusque annis censum certum, publicatis bonis ob delicta, veniunt ad fiscum cum onere soluendi censum Ecclesiæ. Ratio, quia licèt fiscus non sit hæres, nec repræsentet condemnatum, est tamen successor vniuersalis bonorum, & ob id tenetur ad omnia illa, ad quæ condemnatus teneabatur: *l.* 5. *Cod. ad l. Iul. de Repet.* quia bona criminosi transeunt ad fiscum cum sua causa: Barbos. *in l. si constante* 25. §. *fin. num.* 8. Azor. *tom.* 1. *instit. moral. lib.* 8. *cap.* 15. *quæst.* 12. & Simanc. *de catholic. instit. titul.* 9. *num.* 10. *& num.* 98. 9.

Infertur ex prima conclusione emphyteusim priuatam, quæ potest ad hæredes extraneos deuolui, transire ad fiscum cum publicatione bonorum delinquentis, nisi ex aliqua conditione posita in inuestitura contrarium appareat; ideò regulariter hæc emphyteusis non finitur, & fiscus in loco emphyteutæ succedit in vtili dominio, cum obligatione soluendi pensionem pro recognitione dominij directi: sic Mantic. *tit. d. tit.* 30. *num.* 3. multis citatis *ibi*: Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 29. *num. vnico, vers.* tu dic: Simanc. *de cathol. instit. tit.* 9. *num.* 97. Molin. Theolog. *tom.* 2. *de iustit. disput.* 481. *col.* 2. *conclus.* 1. Farinac. *in sua praxi, in noua editione, tom.* 1. *part.* 1. *tit. de delict. & pæn. quæst.* 25. *num.* 59. Potest tamen fiscus cogi à domino directo vt transferat emphyteusim in hominem illius conditionis, cuius erat delinquens; cùm fiscus sit valde potens, & multis polleat indultis; proinde emphyteusi ad fiscum perseuerante fit deterior conditio domini directi sine culpa propria; vendente verò fisco eam, laudemium soluetur domino, nisi is eam sibi voluerit pro eodem pretio retinere: sic Quemada *in suis quæstionibus fiscalibus, quæst.* 11. 10.

Non desunt tamen, qui dicant idem esse seruandum quando emphyteusis Ecclesiastica illius est naturæ, vt possit transire ad extraneos: sic Quemada *citat. quæst.* 12. Plotus *inter consilia criminalia Zileti, tom.* 1. *consf.* 130. *num.* 66. *&* 72. Farinac. *in sua practic. in noua editione, tom.* 1. *tit. de delictis, & pæn. quæst.* 25. *num.* 56. *part.* 1. *vers. sed quod imò.* Ruin. *consf.* 117. *n.* 16. *vers. potest etiam, & consf.* 155. *num.* 15. *vol.* 1. Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric.* 2. §. 2. *in princip. n.* 10. & alij, dummodò confiscatio fiat à Iudice Ecclesiastico, non verò à Iudice seculari, quod temperamentum traditur: sic Farinac. multis citatis, *num.* 57. & Franciscus Lucanus *de iur. fisc. part.* 2. *principali titul. de publication. bonor. tit.* 8. & plerique alij: sequitur Mantic. *d. tit.* 30. *num.* 25. vbi ait oppositam sententiam videri rationabilem: quibus adhæret Sanchez *lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 29. *vers. tertia conclusio.*

Verius tamen puto, videlicet etiam in eo casu non posse transire ad fiscum, esse valde rationi consentaneum. Primò, quia fiscus multis gaudet priuilegiis, & emphyteusis Ecclesiastica non potest transire ad potentiores, *ex l. vltim. C. de iur. emphyt. & ex cap. cum potuit, de locat.* cum gloss. Cùm ergo fiscus sit potentior 11.

tior homine priuato, & non moriatur; longè fit deterior conditio Ecclesiæ. Item quia fiscus habet restitutionem in integrum, & difficillimè conueniri potest: quam opinionem tanquam veriorem, & æquiorem, & magis communem tradunt Iul. Clar. *in d.§.emphyteusis, quæst.29. col.vltim. vers. teneo ergo,* Molin. *tom. 2. de iustit. disput.* 481. *col.* 3. *conclus.* 2. Symanch. *de catholic. instit. titul.*9. *num* 98. Bernard. Diaz *in sua practic. In noua edition. cap.*132. *num.*4. & ex antiquioribus Bartol. *in l. si finita* 15. *§ si de vectigalibus, num.*6. *ff. de damn. infect.* & *ibi* Alex. *num.*36. Romanos *eod.§: si de vectigalibus, n.*11. Bero. *cons.*114. *num.* 54. *vol.*1. Bald. *cons.*284. *num.*1. *vol.*1. Anchar. *in repetit. cap. postulasti, quæst.*9. *num.*55. *de for. comp.* & Imol. *cap. ex parte, num.*25. *de feud.* qui omnes absolutè dicunt emphyteusim Ecclesiasticam non publicari: quia cùm fiscus non moriatur, careret Ecclesia spe consolidandi dominium vtile cum directo: quod priuilegium non publicandi sua bona concessum est Ecclesiæ: §.1. *vers. si verò contigerit quamlibet rem, Authent. de alien & emphyt.* teste eodem Molin. *citato*, subiungens *ibi* in hoc casu melioramenta cùm pertineant ad emphyteutam emphyteusi extincta, eorum pretium spectare ad fiscum, cùm sint bona emphyteutæ, nisi aliud in pactum ab initio concessionis fuerit deductum; & Ecclesia emphyteuticam rem recuperans, reddere tenebitur eorum æstimationem fisco; quia regulariter melioramenta in emphyteusi facta, ea extincta, pertinent ad emphyteutam, ac illius hæredes quoad æstimationem; siue sit priuata, siue Ecclesiastica. Est communis secundùm Valasc. *de iur. emphyt. quæst.*25, *à num.*6. *vsque ad* 12. Gama *decis.* 22. Cald. *de nominat. quæst.*18. *num.* 29. *& sequent.* proindè pertinebunt ad fiscum quoad pretium: quod etiam placet Sanch. *lib.*2. *in præcept. decalog. cap.*19. *num.*33. *& num.*34. & Molinæ *tom.*2. *de instit. disp.*463. *conclus.*2. post Pinell. *l.*2. *Cod. de rescind. vendit. part.*2. *cap.*3. *num.*7. & Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.*45. *& §. feudum, quæst.*88. idem Molin. *d. disp.*481. *col.*3. *d. conclus.*2. Ideò cùm fiscus in omnibus bonis criminosi succedat, cuius bona publicantur, succedet etiam in melioramentis, hoc est, in æstimatione eorum; & Ecclesia, si velit retinere bona emphyteutica, tenetur fisco soluere æstimationem melioramentorum.

12. Ex traditis colliges non teneri Ecclesiam filiis emphyteutæ delinquentis renouare emphyteusim, nec concedere? vt patet ex *cap. felicis, de pœn. lib.*6. *& ex l. quisquis, C. ad leg. Iul. Mai.* quia ob crimen paternum incapaces fiunt. Vnde quod vno modo prohibetur, non debet alio condonari: *cap. cùm quid vna via, de regul. iur. lib.*6. Ruin. *d. cons.*155. *num.*13. *lib.*1. Ait tamen Mantica *tom.*2. *de tacit. & ambig. titul.*30. *citat. lib.*22. *num.*19. teneri Ecclesiam renouationem concedere proximiori condemnati, exclusis filiis, perinde ac si filij omnes condemnati defecerint. Quod procedit, si Ecclesia velit beneficium renouandi aliis extraneis impartiri: in hoc euentu non est negandum fieri iniuriam proximioribus, si emphyteusis, eis prætermissis, concedatur aliis: *ex l.*1. *§. permittitur, ff. de aqua quotid. & æstiu.* Nisi Ecclesia velit pro se retinere, quòd tunc nulli fit iniuria, cùm vtatur iure suo: *l. nullus videtur. de regul. iur.* sicque fuisse iudicatum Romæ in sacro Auditorio memorat Mantic. *d. lib.*22. *tom.*2. *tit.*30. *num.*19.

13. Sed quid de confiscatione bonorum Clericorum ob hæresis delictum? Respondemus bona clericorum applicari Ecclesiis, à quibus stipendia susceperunt, vt expressè habetur *in cap. excommunicamus, de hæretic. & in cap. nolentes, eod. tit.* Quinimò bona Ecclesiarum, quæ à clericis hæreticis possidentur, nullo modo esse applicanda etiam fisco Ecclesiæ: ita Nicolaus *in suo directorio, 3. part. cap.*122. & *ibi* Franciscus Pegn. *§. quo autem plenius*, vbi ait, bona quæ sunt Ecclesiæ nempe possessiones domus, prædia, & similia, de quibus Clerici fructus recipiunt, & aluntur, non confiscari ob delicta clericorum; sed Ecclesiis ipsis, quarum erant, penitus relinqui: de quibus videtur loqui text. *in Clement. nolentes, de hæretic.* Similiter nequeunt confiscari fructus percepti ex beneficiis curam animarum habentibus, sed ad Ecclesiam pertinent, vnde eos collegerunt: secùs dicendum de fructibus perceptis ex beneficiis simplicibus. Sed melius respondet Couar. *lib.*2. *variar. cap.*9. *num.*11. absque vlla differentia pertinere ad Ecclesiam bona clerici hæretici ex beneficio acquisita; quia *cap. excommunicamus, et l.*1. *§. damnati, de hæreticis*, loquitur absque distinctione de bonis intuitu Ecclesiæ comparatis. In hoc tamen Lusitaniæ Regno, & in quocunque alio, vbi ex consuetudine antiqua receptum est, vt clerici etiam beneficia curata habentes, possint testari de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, eáque relinquere hæredibus etiam extraneis; & in quibus etiam ab intestato succedunt consanguinei proximiores; non dubito quin ob crimen hæresis transeant ad fiscum: quod etiam tradunt Azor. *tom.*1. *instit. moral. lib.*8. *cap.*12 *quæst.*14. & Pegna *commento ibi, §. quod si clerici, & §. idem iudicium, cum sequenti.* Vasquez 1. 2. *quæst.*96. *art.*5. *disput.*169. *cap.*2. Peregrin. *de iur. fisci, lib.*5. *tit.*1. *num.*97. *ad fin.* exceptis Episcopis, quibus testari prohibitum est de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis; quamuis, dum viuunt, secundùm communiorem & veriorem opinionem, tam ipsi, quàm clerici verum habeant dominium bonorum intuitu Ecclesiæ acquisitorum: Sanchez *d. lib.*2. *in decalog. cap.*20. *num.*24. *ad fin. & sequent*: Addit Couarr. *d. cap.* 9. *num.* 12. ex vsu in Castella, bona clericorum ob hæresim incursam applicari fisco sæculari, cùm de iure debeantur fisco Ecclesiastico.

Idem consequenter dicendum est intrepidè de bonis acquisitis ex quotidianis distributionibus, cùm earum dominium Clerici habeant, si committant crimen hæresis; ob ea quæ de his tradit Couar. *in cap. cùm in officiis, de testamentis, num.*9. quia hæc transeunt ad quoscunque eorum successores, *&* 2. *variar. cap.* 9. *num.* 12. Simanch. *de catholic. instit. cap.*9. *num.*92. & à fortiori idem dicitur de patrimonialibus, quæ nemo negat esse confiscanda, vt citati Doctores tradunt, & sequitur Sanch. *cap.*20. *num.*22. Vide Pegnam *loco citato.*

Denique aduertendum est, si clericus, qui à laico emphyteusim obtinuit, damnetur ab Episcopo cum publicatione bonorum; non esse applicandam illi; sed ad dominum temporalem reuerti debere. Ratio quia non sunt ea bona intuitu Ecclesiæ acquisita, ideò propter delictum possessoris domino temporali debent applicari: *l. indictiones, C. de annon & tribut. lib.*10. & sequitur Oldrad. *cons.*17. incipit: *Thema tale est. Quidam Clericus.*

---

§. XIV.

Vtrùm quando finitur emphyteusis ob finitas voces illius, possit mutare inuestituram dominus, eiúsque qualitates in priori appositas?

EPITOME.

1 *Forma prioris inuestituræ non potest mutari in renouatione, & num.*4.

2 *Qualitas*

2 *Qualitas prioris contractus censetur repetita in secundo.*
3 *Noua qualitates faciunt nouam emphyteusim.*
5 *Nec Princeps potest mutare inuestituram in praeiudicium tertij.*
6 *Potest mutari prior inuestitura de consensu eorum, quorum interest.*
7 *Mutatio non potest fieri circa substantialia emphyteusis.*
8 *Non dicitur noua mutatio, etiam pactis additis, per quæ redditur melior conditio domini directi.*
9 *Alteratur substantia contractus si conditio domini sit deterior.*
10 *Noua causa, nouam inducit concessionem.*

1. ABsolutè negatur inuestituram primam posse mutari, vt si emphyteusis sit acquisita à concedente pro masculis duntaxat, non potest posteriùs concedi ad masculos, & fœminas, sed pro masculis: iis verò deficientibus, pro fœminis: sic expresse consuluit D.Sylu. Aldobran. *cons.15.num.1. & sequentib. lib.1.* & constat *ex cap.1. de eo qui sibi, & hæred.mascul.* Mantic. *de tacit. & ambig. tom.2. cap.22. tit.18.n.32.* Ideò si renouetur antiqua, non censetur noua emphyteusis, sed renouata secundùm naturam, & conditiones antiquæ emphyteusis: sic Bald. *in l. vnic. quæst.11. C.quando non pet.par.* August. Bero *cons.161. num.13. vol.1.* Sic feudum renouatur secundùm naturam feudi antiqui, nec ob id desinit esse antiquum: Berous *cons.69. num.19.vol.1.* Alexand. *cons.29.vol.5. vers nunc de quinto.* Ac proinde si quid dubij eueniat in hac innouatione, verba contractus emphyteutici sunt accipienda secundùm naturam prioris inuestituræ: *cap.1. de successi. feud & cap.1. de frat.de nouo benef.inuest.* Bartol. *in l.si mihi & Titio,num.7. de verbor.obligat.* Alex. *cons.30. num 6. lib.1.* Bald. *in l.vnic. num 31. quando non pet part.* Castr. *cons.191.n.4.lib.2.* & ita fuisse decisum in sacro Auditorio refert Mantic. *tom.2. lib.22. tit.34.num.36.ad fin.* Ex eo probatur quia ex tenore prioris inuestituræ, quæ semper inspicitur; & successio, & qualitas, & natura emphyteusis demonstratur: *cap.militi,* ibi: *tenorem tamen inuestitura considerantes, de lege Corrad.*

2. Item quia secunda concessio renouata censetur fieri cum sua causa, & cum suis viribus: sic Castrens. *cons.45.vol.2.vers. & sic innuunt l. si quis domum, ff.locati,* & ibi Bald. Præpos. *in prœludiis feudor. diuision.6. vers.Tamen consilio de aliqua inuestitu.* Bartol. *in l.quod dicitur,post principium, ff.de impens.in res dot. fact.* suffragatur communis ratio, quoniam qualitas primi contractus, repetita indicatur in secundo. Decius *cons.190.Circa primum,col.5.vers.sexto hoc,& cons.53.* Bald. *in l.pacta nouissima, col.fin. C. de pactis.* Berous *cons.121.visis,vol.1.* dicens renouationem factam de emphyteusi, esse intelligendam secundùm formam primi contractus, & omnia contenta in priori, in sequenti reperita videri. Imol. *in cap. ex parte, de feud.* Quod etiam in dubio procedere tradit Berous quando in renouatione posita non essent clara: ideò si in scriptura renouationis inserantur hæc verba: *secundum formam aliarum concessionum, seu conductionum,* censebitur facta renouatio secundùm tenorem antiquæ inuestituræ. Quod etiam procedit in tacita renouatione contractus. Bartol. *in l. si quis cum aliter, vers. præterea,* vbi ait renouationem fieri cum omnibus priuilegiis, & qualitatibus, quæ habentur in primo, ex natura contractus. Hinc resoluit Bald. *in l.1. col. penult. vers. sed quid si dominus.* & ibi Romanus *quæst.11.C.quando non pet. part.* dominum in renouatione rei emphyteuticæ non posse variare formam antiquam in præiudicium alterius: sequitur Anchar. *cons.30. An valeat.* Paul.de Castro, *cons.38 1.Circa id, dub.1. ad fin. vol.1.* & Hieronym.Gabriel *cons.83.* dicentes hanc partem esse receptissimam, non posse à domino concessionis naturam, aut formam mutari, aut alterari. Firmat idem Castr. *cons.191. vol.2.* & Afflictus *quæst.195. num.5. & 6.*

Sed quid dicendum si nouæ clausulæ, & qualitates inserantur, eritne concessio rei emphyteuticæ noua, an antiqua dicenda? Negat Calder. *cons.11. tit.de feud.* esse nouam emphyteusim in præiudicium aliorum: maximè quando conuentiones prioris inuestituræ ad vtilitatem domini directi alterarentur: sic Federic.de Senis *cons.179.* & Berous *cons.69.n.20. vol.1.* sed Mantic. *d. tom.2. de tacit. & ambig. lib.23. tit.21. num.13.* ait, si addatur noua qualitas, esse nouam inuestituram: *argum. l.ius ciuile,de instit. & iur.* Bald. *in cap.1. §. insuper, num.8. de prohib. feud. alien. per Feder. & in l.1.num.11. de rer.diuis.* Rum. *cons.20. num.7. lib.1.* & Grat. *cons.4 num.10.lib.1.* Idem Mantica *lib.22.tit.34.n.36.* post Alex. *cons.30. num.7.lib.1.* & Ferret. *cons.103. num. 5.* dicentes censeri nouam emphyteusim, quando in renouatione, aliqua noua qualitas fuit apposita. 3.

Dubitatur an possit dominus in renouanda re emphyteutica mutare naturam emphyteusis: Negat Bald.Roman.& Anchar. *superiori loco* allegati, quando mutatio fit in præiudicium alterius: quoniam in concessione secunda, origo primæ attendenda est: vt tradunt Bald. *in cap.1. de eo, qui sibi, & hæredib.* Bursatus *cons.46. num.1. & 2. vol.1.* Neuizan. *cons.11. num.1.* & Tiraquel. *de retract.lignag.§.32.gloss.1.n.39.* multis *ibi* ab eo citatis, vbi concludit in præiudicium eorum, qui in priori emphyteusi vocati sunt, non posse posteriorem alterari. Quod etiam firmat idem Bald. *in cap.1.§.vltim col.2.vers modo quæro,tit.de feud. guard. & cons.215. Proponitur, col.2. vers. in eo autem, lib. 2. & cons. 327. vol.1.* ideo dominus non potest declinare nec ad dexteram, nec ad sinistram à forma priorum concessionum: sic Bald. *in dictis consiliis,* & Decius *cons.193. ad fin.* & Cumanus *cons 99.* & tenetur facere renouationem secundùm priora pacta: sic Portius ex Curtio *cons.65. num.8.vol.2.* Vnde si prior concessa fuit pro masculis tantùm, non potest renouare pro fœminis, nisi quando non supersunt masculi, ne pactio mutetur in alterius detrimentum: *l. Ab emptione, ff. de pact.* & Bald. *d.cons.215. Proponitur,vol.2.* & Alex. *cons.102.vol...* & Gozad. *cons.90. In causa Mantuana.* Et vice versa masculis posterior concessio non fauet, si prior pro filiabus duntaxat facta, & acquisita fuit. Cumanus *d. cons.99.* Accedit Mantica *tom.2. lib.23. tit.20. num. 5.* dicens, Principem non posse mutare priorem inuestituram in præiudicium eorum, quibus ius quæsitum est: *ex cap.1. qui successores,* vbi successor domini non reuocat concessionem prædecessoris, in qua agitur de iure quæsito: vnde colligitur nec Principem posse fœminas ad feudum admittere aduersùs formam, seu tenorem prioris inuestituræ, & lædere ius agnatorum, ad quos feudum post mortem Vassalli debet peruenire: & probatur ex traditis à Ceph. *cons.23.n.47. & cons.155. num. 10. & sequent. & cons.302. num. 84.* dicente, ius consistens in spe ex causa de præsenti, vel de præterito, non posse tolli à Principe absque consensu eius, cui competit. Consonat Decianus *cons.5. n.51. lib.1. & cons.73. num.50. lib. 2.* quatenus ait à priori inuestitura non esse recedendum; nisi accedat consensus omnium, quorum interest: cui accedit Roland. *cons.2.num.40 & cons.50 num.62.& sequent.lib.3.* Quocirca in proposito concludo non posse veteris inuestituræ formam à domino mutari; sed esse faciendam renouationem secundùm veterem concessionem ex traditis a Philippo Portio *cons.65 num.11. vol. 2.* & à Mantica *vbi supra, per totum,* & Cald. 4. 5. 6.

de

de renouat quaest. 3 *per totam*: suffragatur Cald. *cons.* 11. *tit. de feud.* dicens, quamuis in renouanda emphyteusi addantur noua pacta, non proinde esse nouam emphyteusim ad praeiudicium aliorum: maximè quando pacta prioris concessionis ad commodum domini alterarentur: teste Federico de Sen. *cons.* 179. & Alexand. *cons.* 79. *vol.* 7.

Ego autem in ea sum sententia, vt putem posse mutari naturam emphyteusis, & qualitates, quando ex tali mutatione nulli infertur praeiudicium: sic Stephan. Bertrand. *cons.* 1. *num.* 98. *lib.* 1. quia nec Princeps potest alterius ius auferre: *l. rescripta*, & *ibi*, Not. *C. de precib. imper. offer.* Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 32 *gloss. vn. num.* 41. Addo etiam excommuni consensu eorum, de quorum praeiudicio agitur, posse mutari priorem inuestituram; quia de se ipsis, & non de aliis possunt conqueri quòd nouam formam induxerint, *cap.* 1. *in fine, de eo, qui fecit fin. agnat. & cap.* 1. *in princip. de alien. par feud.* Decian. *cons.* 75. *num.* 50 *lib.* 2. & Decius *cons.* 185 *num.* 5 *ad fin.* Crotus *in l. re coniunctl*, *num.* 143. *ad fin. ff. de leg.* 1. Crauet. *cons.* 679. *num.* 1. Quod puto verum pro iis, qui praestiterunt consensum: pro posteris verò, qui non possunt exhibere consensum, aliter dicendum, cùm nullum possit eis fieri praeiudicium: & confirmatur rei exemplo prohibitae alienari extra familiam, quae nihilominus alienari potest, si omnes qui sunt ex familia consentiant: *l. nihil*, § 1. *de legat.* 1. *l quoties C. de fideicommiss.* Nihilominus posteri progeniti ex consentientibus possunt alienata reuocare. Ioan. de Annan. *cons.* 47 *num.* 5. & 9. Raphael Fulgos. *in d l quoties. num.* 1. *vers. in gloss.* 1. & Iason *ibidem num.* 2. *vers. secundò limita, de fideicomm.* sequitur Dom. Sylu. Aldobr. *cons.* 31. *num.* 50.

7 Illud etiam obserua priorem concessionem non mutari, neque alterari naturam emphyteusis, si fiat renouatio ex pacto posito in prima concessione de renouando: maximè si mutatio non est nisi circa qualitates accidentales; quia tunc non est noua concessio, nisi quando mutatio est circa substantiam emphyteusis. Cald. *cons.* 12. *tit de feud. argum l. fin. ff. de fund. instruct. & l. ius ciuile* cum *ibi* notat. *ff. de in-*
8. *stit. & iur.* Sicut etiam non dicitur noua mutatio, seu concessio emphyteusis, etiamsi addantur noua pacta, & conuentiones, & qualitates, per quae conditio domini directi reddatur melior: sic August. Berous *cons.* 93. *num.* 12. *vers. quia hoc motiuum, vol.* 1. Alexand. *cons.* 78. *vol.* 7. Secùs dices quando mutatio fiat circa aliquas qualitates, ex quo domini directi conditio detrimentum capiat: quia tunc censebitur substan-
9. tialis forma alterata, eo ipso quòd mutatio nocuit directo domino; eritque noua concessio, cùm mutatio facta fuerit circa substantiam emphyteusis, & ex ea alteratione, alteraretur canonis mensura in praeiudicium directi domini, diminuta pensione; quia canon dicitur de substantialibus emphyteusis; vt habetur *in cap. potuit, de locato, & in l.* 2. *C de iur. emphyt.* Secùs si melior fiat ex ea mutatione conditio Ecclesiae, vel alterius domini directi. Alex. & August. Berous *vbi proximè*, & Federic. de sen. *cons.* 174.

10. Erit etiam noua concessio si propter caducitatem emphyteusis antiqua desinat esse; originémque ex noua domini concessione, ac vires reassumat: ac ita noua causa nouam constituit emphyteosim: ex Bald. *in cap.* 1 *an agnat. vel fily, num.* 19. Sicut fit noua si fiat ab emphyteuta renouatio in manu domini, & ab eo recipiat inuestituram de nouo, relicto iure antiquae inuestiturae, & accepto nouo, addito expressè consensu in omnibus clausulis de nouo appositis. Bald. *d. cap.* 1. *an agnat. vel fil. & l. pacta nouissima, Cod. de pactis.*

§. XV.

Vtrùm legitimatus possit obtinere vtramque emphyteusim?

EPITOME.

1 *Non admittuntur naturales ad emphyteusim acceptam pro se, & pro filiis, & successoribus.*

2 *Legitimatus a saeculari capit emphyteusim priuatam.*

3 *Legitimatus per subsequens matrimonium est habilis ad Ecclesiasticam emphyteusim.*

4 *Naturales admittuntur ad Ecclesiasticam emphyteusim de libera nominatione.*

5 *Qualitates spuritatis exprimendae sunt in supplicatione.*

6 *Habens potestatem legitimandi non legitimat spurium.*

7 *Monachus dispensatus ad beneficium curatum, non potest habere beneficium sine cura.*

8 *Dispensatus ex incestu, non censetur talis ex adulterio.*

9 *Dispensatus in secundo consanguinitatis, non est dispensatus in secundo affinitatis gradu.*

10 *Legitimatus per Regem non admittitur ad Ecclesiasticam emphyteusim.*

QVando emphyteusis accepta est *pro se, & filiis*, 1.
vel *pro se, & successoribus*, non admittuntur naturales ad emphyteusim Ecclesiasticam. Abbas *in cap. in praesentia, de probation. num.* 15. in hoc receptus communiter secundum Ripam *in l ex facto*, §. *si quis rogatus, num.* 62. *ff. ad Trebell.* nisi sit legitimatus à Summo Pontifice ad succedendom nominatim in emphyteusi Ecclesiastica: ita Decius *in l. generaliter*, §. *fin.* Fabri gloss. *in cap.* 1. *verbo, legitimi*, § *naturales, si de feud. fuer. controuer.* Idem Decius firmat variis rationibus *cons.* 269. *num.* 10. Gozad. *cons.* 25. *num.* 10.
Legitimatio verò à Principe saeculari non procedit 2.
nisi in emphyteusi priuata: vt est communis teste Alexand. *in d.* § *si quis rogatus, num* 18. Dec. *cons.* 171, *lib.* 2. Iason *in l generaliter*, §. *cum autem, C. de instit. & substit. num.* 9. L. Regia *lib.* 4. *tit.* 36. *ibi num.* 4. *Eo filho spurio nam podera auer odito foro, saluo se for legitimado por nos em tal forma que possa succeder ab intestado.* Vbi
loquitur de emphyteusi saeculari. Idem dicendum 3.
est de naturali legitimato per matrimonium subsequens, posse admitti ad Ecclesiasticam emphyteusim. Idem Ripa *in* §. *si quis rogatus, num.* 19. & *num.* 66. *limitat.* 2. Iason *in d. l generaliter*, §. *cum autem, num.* 9. Decius *cons.* 155. *num.* 4. quamuis fuerit accepta *pro se, & filiis legitimis*, vt in feudo sub eadem forma dato, & accepto, decidit Abbas *in cap. per venerabilem*, §. *quod autem, num.* 60. *qui fily sint legitimi.* Castrens. *in l. fin. num.* 7. *ff. de iis, qui veniam aetat.* Ex eo quòd legitimatus subsequuto matrimonio aequiparatur legitimè natis, & dicitur verè, & realiter ex legitimo matrimonio natus: *cap. cum in cunctis, in princip.* iuncto *cap innotuit*, cum gloss. *verbo coniugata, de election.* & ita Decius *cons.* 155. *num.* 4. & 5. *vol.* 1. quamuis anceps fuerit *in l generaliter*, § *cum autem, C de instit. & substitut.* Iason *ibi* & *in l. Gallus*, §. *Et quid si tantum, ff. de liber. & posthum.* Abbas *in cap. innotuit, & in cap. cùm in cunctis, de election.* Tiraquell. latè tradit *in l. si vnquam, in verbo, susceperit liberos, C. de reuocand. donat. & de iur. primog. cap.* 34. Anton. Gabriel *lib.* 6. *de legitimation. concl.* 1. ideireò potest admitti ad Ecclesiasticam emphyteusim susceptam *pro se, & filiis.*

Ad Ecclesiasticam verò emphyteusim susceptam 4.
pro tribus vocibus nominandis; quamuis Molin. *tom.* 2. *de iust. disput.* 475. §. *hinc oritur*, post Cald.

de

de nominat.quaſt.7.num.39. & quaſt.19.num.28.& 31. & quaſt.21.num.48. ad calcem, neget eſſe admittendos naturales; quod etiam de iure concedit Aluar. Vaz. *tom.2.conſ.147.num.*12.Dicendum tamen eſt ex praxi communiter recepta, illos poſſe ſuccedere in emphyteuſi Eccleſiaſtica,ſicut in priuata abſque legitimatione Papali: ita reſolutiuè traditur *in libello, pro Iure dominæ Catharinæ, fol.* 94. *num.* 4. & clariùs *fol.*99.*num.*19.idem confirmat Valaſc.*vbi proximè ad fin.num.*13.& Gam. *deciſ.2.n.4.& deciſ.*149.*num.*3.

5. Quæres an in petenda diſpenſatione opus ſit exprimere qualitatem diſpenſandi? Cabed.2.*p.diſp.*69.*num.*17.negat: ſed ſatis eſt ſi dicatur, quòd eſt illegitimè natus, nulla alia circunſtantia explicata. Sed hoc minus benè, meliùs tamen affirmat Anchar. *conſ.*241. *& conſ.* 247. Corneus *conſ.*577. neceſſariò eſſe exprimendam qualitatem ſpurietatis, ne legitimatio corruat; quia diſpenſatio eſt odioſa,& ſtrictè accipienda. Couarr.2.*part.epitome,cap.*8.§.9.*à num.*2. Valaſc. *conſult.* 80. *per totam:* quocirca neceſſarium eſt exprimere ſitne adulterinus ex vna, vel ex vtraque parte,vel inceſtuoſus:quod notat Abbas *in cap. per venerabilem, num* 27.*qui filij ſint legitimi*, & id eſt praxi', & vſu receptum in Curia, teſte Nicolao de Vbald.Rotæ Auditore,*fol.*10 *vbi ſupra.*Molin.*tom.*1.*de iuſtit.diſput.*173. § *hinc colligitur, pag.*985. & diximus latè, §. 8. *de fruct. & effectu legitimationis,lib.* 1.

6. Vnde Colliges habentem poteſtatem legitimandi à Principe, non poſſe diſpenſare cum illigitimo quocumque; quia diſpenſatio eſt actus odioſus: ſic Socin. *conſ.*246.*vol.*2. Alex. *conſ.vltim.vol.*5. Cepol. *cautel.*114. Neque obſtat quòd diſpenſatio ſit Prin-
7. cipis beneficium. Quia cùm ſit odioſa ſtrictè interpretanda eſt,*cap.*1.2.*& vlt. de filiis præſbyt. in* 6. Imò Monachus diſpenſatus ad obtinendum beneficium curatum,non poterit per virtutem ſuæ diſpenſationis poſſidere beneficium ſiue cura: ſic Couarr. *vbi ſuprà cap.*8.§.8.*num.*10.*&* 11.Sicut legitimatus tanquam inceſtuoſus,non cenſetur talis,ſi non ex inceſtu, ſed ex adulterio natus ſit; quamuis inceſtus ſit
8. grauior culpa adulterio:vt conſtat ex Abb.& Felin. *in cap. vltim. de ſimon.* neque in ſimili caſu probat quicquam argumentum à maiori ad minus, *cap fin. de tranſlat.Epiſcop.vel elect.* Ioann.Andr.*in regula,Ea quæ,de regul.iur.in* 6. Couarr. *d.num.*10. Vnde ſequitur non eſſe validam diſpenſationem narrando maius impedimentum,cùm ſit minus in diuerſa ſpecie; nempe, ſi dicas eſſe conſanguineos in ſecundo gradu,cùm ſint affinitate coniuncti in ſecundo,& tertio gradu; quia ſunt impedimenta diuerſæ ſpeciei, nec
9. vnum clauditur in altero: ita Sanchez 8.*lib.matrim. diſput.*24.*num.*19. poſt Bald. *cap.innotuit, num.*17. *de electiou.* dicentem poteſtatem legitimandi ſpurios inceſtuoſos non extendi ad aliam ſpeciem; nec in hac materia fit extenſio de caſu ad caſum habentem in ſe maiorem rationem, quàm caſus conceſſus: Garcia *de benef. part.*1.*cap.*6.*num.*58. *&* 59. Gutier. *in Canonicis quaſt. lib.*2.*cap.*15. *num.*125. Vnde non bene dixit Lopius 2.*part.inſtruct.vbi de Clauib.cap.*9. *col.* 5. *&* 1.*part. cap.* 50. poteſtatem diſpenſandi in conſanguinitate eſſe extendendam ad diſpenſandum in ſimili affinitate tanquam ad minus. Quia id procedet quando caſus,ad quem fit extenſio, poteſt comprehendi ſub caſu expreſſo: ſed conſanguinitas non comprehendit ſub ſe affinitatem, cùm ſit alterius ſpeciei: Sanchez *d. lib.* 8. *diſput.* 2. *num.* 2. poſt Felin. *cap fin. num.*8. *de ſimon.* inde inferentes non extendi de caſu ad caſum non comprehenſum ſub lata verborũ ſignificatione:Et quamuis detur communis error; qui datur, ſi contrahentes communiter exiſtimabantur conſanguinei in tertio gradu, cùm tamen verè eſſent in ſecundo; vel putabantur communi errore affines, cùm eſſent conſanguinei; nihilominus diſpenſatio corruit ob eum communem errorem, nec trahi poteſt ad gradum ſecundum, vel ad affinitatem, vbi non diſpenſauit Pontifex; quia error eſt circa ſubſtantiam caſus in quo diſpenſatur: Secùs ſi error ſit in aliquo accidenti communiter ignotato. Idcircò minus bene dixit Valaſc. *tom.*1.*conſ.*80.*nu* 2.10.*conclus.*9. eſſe bonam diſpenſationem, in qua impetrans narrauit ſe genitum ex vidua,cùm reuera eſſet mater coniugata, ſed communi fama putabatur vidua: Quia error communis fuit in ſubſtantia caſus. Neque in hoc caſu præfertur veritati opinio. Nec lex *Barbarius, ff. de offic. prætor.* concedit ob communem famam, quòd in vno caſu permiſſum, in alio etiam permiſſum cenſeatur ob errorem communem: ſed quando Iudex duntaxat ob communem errorem putatùr legitimus,& carere iuriſdictione eſt occultum; ſupplet defectum iuriſdictionis, ne actus ab eo geſti omninò corruant. Sanch. *d.diſp.*24.*num.*20.

Sed quæres cur non proſit legitimatio filio Sacer- 10.
dotis conceſſa ad obtinendam emphyteuſim Eccleſiaſticam; conceſſa, inquam, per Regem? Ratio dubitandi eſt,quia dominium vtile emphyteuſis Eccleſiæ eſt quid prophanum,& legibus Regiis ſubiectum, & ſecundùm eas iudicatur,ſi eſt apud ſecularem: ſic Valaſc. *de iur. emphyt. quaſt.*17. *num.*12. *& tom.* 2. *conſult.*134.*num.*13. *& diſput.*147.*eod.tom.*2.*conſ.num.*17. Reſpondetur tamen quòd etiamſi hoc ita ſit,id intelligitur poſtquam ad ſecularem peruenit,& ab eo poſſidetur ſuppoſita diſpenſatione Pontificia: & Rex cùm admittit per legitimationem ad emphyteuſim illegitimum, non intendit admittere niſi ad priuatam emphyteuſim, quæ ſubeſt eius iuriſdictioni,non verò ad rem Eccleſiæ,quæ non pertinet ad iuriſdictionem laicam. Item quia dominium vtile cenſetur laicum poſtquam inhæret laico quoad id,quod non aduerſatur iuri canonico,& aduerſatur illi ſucceſſio illegitimi; quod non intendit ius canonicum, niſi id expreſsè in conceſſione declaretur; cùm illegitimos Eccleſia habeat exoſos,& odioſos: ex Bald. *in cap. innotuit, de elect.* Bartol. *in l.ex facto, §.ſi quis rogatus,*1.*num.*8. *ff.ad Trebell.*Bald. *in l.generaliter, §. cum autem, num.*1. *Cod.de inſtit.* Iul. Clar. *verbo,emphyteuſis,quaſt.*30. Quocirca patet,leges ſæculares, dum admittunt naturales ad emphyteuſim,non loqui de emphyteuſi Eccleſiaſtica,cùm bona Eccleſiæ non comprehendant; *cap.quæ in Eccleſiarum, cap. Eccleſia ſancta Maria, de conſtit.* & eſt communis,teſte Iul.Clar. *verbo,emphyteuſis,quaſt.*28.*num.*6. Valaſc. *d. conſult.*134. *a num.*13. *&* 147. quibus accedit Gama *deciſ.* 72. *num.* 6. multis etiam *ibi* citatis; vbi ait eſſe neceſſariam diſpenſationem illegitimo, ad habendam emphyteuſim Eccleſiæ à Summo Pontifice conceſſam cum clauſula expreſſa; Quòd poſſit in ea ſuccedere: nec ſufficere legitimationem per Regem obtentam: vt tradit etiam Decius *in l. generaliter, § cùm autem, num.*23. *C.inſtit. & ſubſtit. & conſ.* 269. *num.*10. & eſt communis teſte eodem *in d §.cum autem, num* 9.

Addo quòd habens poteſtatem legitimandi, non inde ſequitur habere poteſtatem legitimandi ad emphyteuſim Eccleſiaſticam; niſi hoc ſibi ſpecialiter concedatur: ita Ruyn. *conſ.*105. *num.*5. *in fin.verſ.& ſimiliter,lib.*3.vbi demonſtrat verba generalia,quamuis per ea indulgeatur facultas legitimandi; non ſufficere: imò neque ſpurij poſſunt legitimari in præiudicium filiorum legitimorum,ſeu naturalium; debéntque prius citari,maximè quando ſunt diſpenſati: ſic Ruyn. *conſ.*72. *num.*18. *in fin. & ſequen.lib.*2. Socin.ſen. *in l Gallus, § & quid ſi tantum, in fin. & in l.falſa, §. vltim. de cond. & demonſtr.*

§. XVI.

§. XVI.

Qui possint succedere, vel non succedere in emphyteusi tam seculari, quàm Ecclesiastica; maximè si sint naturales, aut spurij?

EPITOME.

1 *Naturales ab intestato admittuntur ad emphyteusim.*
2 *Deficiente prole legitima naturales succedunt.*
3 *Naturales possunt vocari ad emphyteusim Ecclesiasticam, quæ datur pro eo qui nominabitur.*
4 *Emphyteusis accepta pro se, & filiis, vel successoribus, non admittit naturales.*
5 *A principio potest concedi emphyteusis filio naturali, & spurio, & num.6.*
7 *Non tamen postea transibit ad spurios.*
Primogenium similiter non transit ad fœminas, esto à principio capias, nisi instituens sit fœmina. ibidem.
8 *Admittuntur illegitimi, quando Ecclesia illos non arcet.*
9 *Naturales possunt petere emphyteusim Ecclesiasticam, si constabat extare tempore concessionis.*
10 *Emphyteusis de pacto, & prouidentia Ecclesiastica, non venit ad naturales.*
11 *Naturales non possunt succedere in feudo.*
12 *Institutiones, & fideicommissa ad filios non capiunt illegitimos si instituens sit nobilis.*
13 *Emphyteusis accepta pro se, & heredibus, non admittit heredes extraneos.*
14 *Emphyteusis Ecclesiastica concessa pro tribus cum facultate nominandi, quem voluerit, non capit extraneum de iure communi.*
15 *Secùs de iure Lusitano.*
16 *Emphyteusis Ecclesiastica concessa pro se, & heredibus, transit ad extraneos.*
17 *Si fuerit concessa pro se, & filiis ex vtroque natis, non capit extraneos.*
18 *Potestas nominandi simpliciter concessa, intelligitur pro nominando, quem voluerit.*

1. ORdinatio Lusitana *in noua recopilatione, lib. 4. titul. 36.* admittit naturales filios ab intestato ad emphyteusim non extante sobole legitima. Vnde si emphyteusis capiatur *pro se, & filiis* simpliciter *suis*, ex testamento possunt succedere filij naturales in emphyteusi priuata siue seculari: quæ sententia est communis: Felin. *in cap. in præsentia, num.25. de probat.* Alexand. *in l. ex facto, §. si quis rogatus, num.38. ff. ad Trebell.* Neque obstat quod deciditur à Decio *in d.cap. in præsentia, num.46.* Neque à Ripa *in d.l.ex facto, num.58.* nempe stante dubio, de quibus filiis sit intelligendum, semper iudicandum aduersùs stipulantem emphyteusim: *l. veteribus, ff. de pactis*, ac proinde esse excludendos naturales: Quia resoluitur in vltimis voluntatibus non solùm ex cognita intentione testatoris, sed etiam ex præsumpta, & coniecturata testatoris voluntate ipsius, comprehendi naturales ad excludendum substitutum: vt *in d.§. si quis rogatus.* Similiter dicendum est in contractu emphyteutico, iuxta intentionem concedentis includi naturales, vel non includi: sic Paris. *in cap. in præsentia, n.90. de probat.* Vincent. *in d.§. si quis, col.10.* dicẽs, verbum *filius*, non esse dubium, si referatur ad personam concedentem; quæ si fuerit in dignitate constituta, non esse naturales comprehendendos: quod est commune, teste Alex. *citat.* Concordat Ordinatio nostra *loco allegato*, quatenùs admittit ab intestato naturales deficiente prole legitima: quinimò prole etiam legitima superstite, si pater est ex plebe, & suscipitur emphyteusis *pro se, & aliquot personis post se*, nullo facto discrimine de concedente, vel non constituto in dignitate, possunt naturales ex testamento ad instar legitimorum succedere, vel nominari: neque in hoc casu opus est distinctione illa: sic Decius *in d. cap. in præsentia*, & Alexand. *in d. §. si quis rogatus, num. 10.* quod decidit Lex nostra *lib. 4. tit. 36. vsque ad num. 4.* & deducitur apertè *ex tit. 92. eiusd. lib. 4.*

2. Iam verò si quis accipiat emphyteusim *pro se, & filiis*, simpliciter, si emphyteuta priuatus decedat intestatus, succedunt in illa filij legitimi: qui si desint, pro naturalibus censetur accepta: iuxta Ordinat. *d. lib. 4. tit. 36.* Ordo enim præscriptus à lege seruandus est. Quòd in simili decernit Bartol. *in l. iurisiurandi, § si liberi, n.15. ff. de oper. libert.* in Statuto excludente fœminas non deficiente masculo. Concinit Imola *in cap. potuit, de locat. num.66.* Secundùm quos idem in nominatione dicendum est ex testamento, quando emphyteuta non est de plebe, sed nobilis: quando verò fuerit plebeius, seruandus est ordo *suprà* præfixus, etiam in emphyteusi Ecclesiastica, vt patebit mox. Ex quibus constat naturales succedere posse in emphyteusi priuata, seu profana ab intestato, non existente prole legitima, vt diximus, etiam si pater sit nobilis; vt patet *ex d.l nostra. tit. 36. num. 4.* ibi: *Ainda que seu pay seia Caualeiro.* Quæ resolutio est communissima, & iuri communi conformis: Cald. *de nominat. quæst. 16. num. 6.* Rubeus *in l. Gallus, §. quidam rectè, num. 166. ff. de liber. & posthum.* Iul. Clar. *verbo, emphyteusis, quæst. 30.* idem Cald. *de nominat. quæst. 7. à num. 38. vsque ad 41. cum sequent.* Imo d. legem nostram *lib. 4. tit. 36. n. 4.* Doctores Conimbricenses absolutè extendendam censent ad emphyteusim Ecclesiasticam, pro eo, qui nominabitur, concessam; teste Cald. *num. 39.* quia Ecclesia videtur concedere emphyteusim iuxta leges Regionis, vbi contrahitur. Item quia teste Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 17. num. 12.* dominium vtile emphyteusis Ecclesiasticæ statuto laicorum subiacet; atque ita fuisse multoties iudicatum tradit Gama *decis. 2. n. 6.* quia est dominium profanum; ideò iudicandum secundùm leges laicorum: sequitur Alexand. *consil. 9. num. 3. lib. 5.* Aucbar. *consil. 125. & consil. 433. & in Clement. 2. de iur. patron.* Menoch. *de arbitr. Iudic. casu 180. num. 8.* quam resolutionem etiam in praxi sequendam docent Ludouicus Correa, Antonius Vaz, Cabaço, & alij.

3. Ex quo colliges filios naturales posse admitti tam ab intestato, quàm ex testamento ad emphyteusim etiam Ecclesiasticam pro eo, qui nominabitur, & eodem modo vocari, sicut vocantur ad emphyteusim secularem: idque affirmant seruari in praxi: quod de seculari emphyteusi disponit Ordinatio *d. titul. 36.* Multi apud Gam. *d. decis. 2. num. 1.* & resoluunt Ludouic. Correa, Antonius Vaz, Cabaço, & alij *in libello Dominæ Catharinæ, fol. 94. num 4.* & clariùs *fol. 99. num. 19. per totum*; sequitur Aluarus Vaz *tom. 5. consult. 147. ad fin.* quando emphyteusis conceditur cum potestate nominandi liberè. Vnde non bene tradit Molin. *tom. 5. de instit. disput. 475. §. Hinc*, post Cald. *de nominat. quæst. 7. num. 39. & quæst. 19. num. 28. & sequent. & quæst. 21. num. 48. ad calcem*, dum dicit esse excludendos filios naturales ab emphyteusi Ecclesiastica suscepta pro tribus personis nominandis; nisi dicas fuisse locutum de iure communi: sicut locutus est etiam Aluar. Vaz *d. consult. num. 12.* Nos verò de praxi seruari solita secundùm Ordinationem nostram *d. titul. 36.* quia cùm clausula sit libera ad nominandum, quem voluerit, etiam indignus naturalis potest admitti:

Idem Valasc. *cons.* 134. *ad fin.* hac de re *suprà lib.* 1. *disput.* 5. §. 6. *ex num.* 173.

4. Quando verò emphyteusis accipitur *pro se, & filiis*, vel *pro filiis, & successoribus*; non admittuntur naturales ad emphyteusim Ecclesiasticam: sic Abbas *in cap. in præsentia, de probat. num.* 15. communiter receptus, secundùm Ripam *in d. §. si quis rogatus, n.* 62. nisi legitimatos sit à Romano Pontifice, ad succedendum nominatim in Ecclesiastica emphyteusi: sic Decius *in l. generaliter, §. fin. Cod. de instit. & substit.* glossa etiam facit *in cap* 1. *in verbo, legitimi, § naturales, si de feud. fuer. controuers.* Quod fortiùs stabiliuit Decius *cons.* 269. *num.* 10. Legitimatio verò à Principe seculari non prodest, nisi ad emphyteusim sæcularem, quod est receptum communiter: Alex. *in d. §. si quis rogatus, n.* 18. Dec. *cons.* 171. *col.* 2. Iason *in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. n.* 9. concordat Ordinatio nostra *d. tit.* 36. *n.* 4. *ad fin.* decernens spurium non posse succedere in priuata emphyteusi, nisi sit legitimatus à Principe seculari: vel etiam per subsequens matrimonium, vt diximus *sup.* §. 15. *num.* 3.

5. Sed quid si concedatur à principio filio naturali emphyteusis Ecclesiastica? Respondeo tunc posse succedere naturales: ex Ripa *in d. §. si quis rogatus*, post Bald. *in cap. qua in Ecclesiarum, num.* 43. *de constitution.* Negat tamen Decius *in d. cap. in præsentia, de probat. num.* 47. quia fortè deerunt in eo qualitates requisitæ, quæ in primo accipiente reperiebantur: Quod intellige si emphyteusis sit de pacto, & prouidentia: secùs si sit de nominatione libera pro eo, qui nominabitur: & à fortiori dicendum est non posse succedere, nisi apertè constet de volontate Ecclesiæ concedentis; vt patebit infra.

6. Respondeo secundò posse à principio emphyteusim Ecclesiasticam concedi etiam spurio: sic habetur *in cap.* 2. *§. personam*, vbi post alios Afflict. *per quos fiat inuestitura*: Bartol. *in l.* 2. *num.* 5. & *ibi* Iason *num.* 122. *C. de iur. emphyt.* Guiliel. *in cap. Raynutius, verbo, & vxorem, decis.* 5. *num.* 159. Gam. *decis.* 5 *num.* 8. quia dum Ecclesia spurios nouit, & spurietate non obstante, eos vocat in prima inuestitura; non visa est eos iam exosos habuisse: sic Bald. *in cap. qua in Ecclesiarum, de constitut. num.* 43. Matth. de Afflict. *decis.* 99. Decius *in d. cap. in præsentia, num.* 47. Cald. *quæst.* 19. *de nominat. num.* 69. Valasc. *tom.* 2. *cons.* 134. *num.* 19. *cum sequent.* quatenus ait Ecclesias & Monasteria quandoque concedere emphyteusim Bastardis, & spuriis, à principio; cùm non sit in iure prohibitum: secundùm Ripam *in l. ex facto, d. §. si quis rogatus,* 5. *ff. ad Trebell. num.* 66. Quæ doctrina procedit in emphyteusi gratuita, & liberali; non verò in ea, quæ fuit empta à patre propria pecunia: quia sicut non potest succedere spurius in bonis, seu in pecunia patris; ita etiam non potest obtinere emphyteusim emptam: subrogatur enim loco bonorum, quorum spurius incapax censetur: textus iuncta gloss. 5 *ibi, in l. quod conditionis,* 36. *ff. de donat. causa mort.* Bartol. *in l. si ss qui, ff. de vulgar.* & *ibi* Alex. *in fin.* & est communis teste Gozadin. *cons.* 75. *num.* 14. quem sequitur Cald. *d quæst.* 21. *num.* 24. *de nominat.*

7. Dubium tamen est, an quando à principio in prima inuestitura vocantur ab Ecclesia naturales, vel spurij, possint deinde in futurum vocari ad eandem Ecclesiasticam emphyteusim? Bald. *in d. cap. qua in Ecclesiarum, de constit.* affirmat posse nominari ex eo, quod in euentu non videtur odisse naturales seu spurios. Item quia quando fœmina capax est successionis in Maioratu, eo quòd à principio primogeniũ sit fœminæ concessum, censet Anchar. *cons.* 339. *n.* 6. fœminas postea successiuè esse admittendas ad primogenij, seu feudi successionem. Nihilominus tamẽ respondeo etiamsi emphyteusis ab Ecclesiis spurio à principio fuerit concessa, non posse eam postea ad spurios, seu illegitimos transire: quam opinionem vt veriorem tradit Iason *in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. num. fin.* Decius *in d. cap. in præsentia, de probat num* 43. per text. *in d. l generaliter, §. cum autem,* vbi Bastardus, hoc est naturalis filius fuit hæres scriptus, & grauatus si sine liberis decessetit; respondit tamen Imperator filios Bastardos non excludere substitutos. Ex quo constat, non esse attendendum concessionis exordium. Nec obstat dictum Anchsrani de fœmina: Quia in primis iunior Curt. *cons.* 181. resoluit contrarium, *num.* 1. & 2. & *lib. feudor. p.* 3. Secundò quia resolutio quoad fœminas vocandas in illo casu reducitur ad terminos iuris communis; teste Cald. *de nominat. quæst.* 20. *n.* 3. *per totum,* vbi sequitur opinionem Iasonis. Item quia id intelligendum est posse fœminam succedere, si ab alia fœmina fuit feudum, seu primogenium constitutum; vt sentit Anchar. *d. cons.* 339. *n.* 16. Tiraquell. *in l.* 5. *Connubiali, à n.* 26. Facit textus *in d. l. ex facto, §. si quis rogatus, ad fin.* ibi: *Ex conditione eius, qui fideicommisit, ff. ad Trebellian.* Similiter si dominus concedens emphyteusim fuerit illegitimus, ad emphyteusim possunt admitti illegitimi, quia non videtur sibi similes repudiasse, ac odisse: ita Decius *in d. cap. in præsentia, de probat n.* 43. Costa Lusitan. *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum.* 5. *p. num.* 75. & *in cap. si pater, verbo, si absque liber. num.* 42. *de testam. in sexto,* Cald. *de nominat. quæst.* 19. *num.* 21.

8. Limitá, nisi constet Ecclesiam concedentem noluisse à successione emphyteutica arcere illegitimos; in hoc casu non est neganda naturalibus, seu spuriis emphyteusis: Cald. *d. quæst.* 50 *n.* 8. *fol. mihi* 225. quia voluntas concedentis emphyteusim attendenda est, & secundùm illam illegitimi arcendi, vel admittendi sunt: Ruyn. *lib.* 1. *cons.* 36. *n.* 7. Tiraq. *de Nobilit. q.* 23. *n.* 17. Idem esto, si dominus directus concedat emphyteusim Ecclesiasticam alicui habenti filios duntaxat illegitimos tempore concessionis, eidem domino notos, & emphyteusis sit concessa pro filiis: sic Aluarotus, & Ripa *in l. ex facto, §. si quis rogatus. ff. ad Trebell. n.* 67. quia cum filios duntaxat accipiens illegitimos habuerit, & concedens id non ignoret, pro illis videtur concessisse: sic Barbat. *in l. cùm acutissimi, C. de fideicommiss. n.* 245. Afflict. *in c. naturales,* 3. *notab. si de feud fuer. contron.* Duennas *regul.* 360. *fallentia,* 1. Confirmat Bald. *in l. eam quam, C. de fideicommiss. col.* 8. *vers. demum quæro, Comes Sabandia,* & Aluarot. *in c. naturales, si de feud fuer contron.* quia non est contra naturam feudi, seu emphyteusis illegitimos inuestire, vel vocare, ex eo quòd tales sint, quandoquidem à principio possunt infames, ac serui inuestiri: *c.* 5. *§. personam. Per quos fiat inuestitura,* tradit Afflict. *q.* 99. Nec opus est dispensatione vt hoc fiat à domino concedente, sed sufficit voluntas, cùm similes concessiones facere possit: Cald. *vbi sup. n.* 8. *ad fin.*

9. Ex qua resolutione constat posse filios naturales petere emphyteusim Ecclesiasticam pro filiis concessam, si concedens non ignorabat illos extare, eósque non exclusit. Probatur ex verbis *in d. §. si quis rogatus,* vbi deciditur hanc quæstionem esse ex voluntate, ibi: *Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio esse videtur, de quibus liberis testator senserit.* Cald. *citat. d. q.* 50. *de nomin. n.* 13. quia cùm illos naturales Rector Ecclesiæ ab emphyteusi non remouit, eos censetur admittere. Non tamẽ emphyteusis Ecclesiastica concessa pro filiis, extendenda est ad filios nascituros; quia de his Ecclesia non cogitauit: Cald. *n.* 50. sed solùm ad iam natos, qui non latebant concedentem; de cuius tamen consensu non negamus posse illegitimũ ad emphyteusim nominari: quoniam eius exclusio, siue inclusio à concedentis

voluntate

volnntate pendet; siue concedens sit Ecclesia, siue Rectot Ecclesiæ; neque in hoc casu necessaria est à Summo Pontifice dispensatio, cùm Ecclesia concedat sciens,& prudens,& libens: illa verò repugnante, non potest illegitimus admitti absque legitimatione, seu dispensatione Papali. Cald. *d. num.* 21. Vt verò emphyteusis pacificè possideatut ab illegitimo, ttadit Afflict. *in d.cap.* 2. § *personam, num.* 1. *per quos fiat inuestitura*, necesse esse, vt in concessione emphyteutica fiat specifica mentio incapacitatis: qnod etiam docet Cald. *d. quæst.* 19. *num.* 70. dicens nullius momenti esse concessionem, io qua, tacita aut operculata incapacitate, spurio fuit emphyteusis concessa: sicque fuisse iudicatum.

10. Sed quid dicendum qnando emphyteusis est Ecclesiastica de pacto, & prouidentia, & conceditur matito,& vxoti, & filio vttiusque? Respondeo non posse venite ad filios naturales, neque ad spurios. Sic Doctores Lusitani *in libello, de iure Domina Catharina, illation.* 2. *fol.* 99. *num.* 19. *ad fin.* vbi dicunt hoc sernari in ptaxi. Quam tesolutionem probat Aluarus Vaz *tom.* 2. *consult.* 147. *n.* 12. qnando fit concessio eum clausula *sibi, & filiis*, vel *sibi, & successoribus*: tunc enim non admittuntur illegitimi, qnoniam appellatione *filiorum* non veniunt naturales, sed legitimi, qui verè filij sunt, ex teguia *l. filium definimus, ff. de his qui sunt sui*, & in specie tenet Angel. *in l. generaliter, §. cùm autem, C. de instit. & substit. sub condit. fact.* Bald. *in d. l. filium*, Decius *in d. cap. in præsentia*, vbi ait in emphyteusi pto filiis concessa, non includi natutales, quia filiis illegitimis tanquam extraneis non stipulator pater, nec illis acquirit: *§. alteri, Institut. de inutilib. stipulationib.* Item quia concessio emphyteutica est contractus stricti intis, strictéqne eius vetba pro filiis accipienda sunt, & proptiè; quam tesolutionem in nostro casn tradit Menesius esse communem *in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.* & Iul. Clar. *lib.* 4. *§. emphyteusis, q.* 30. post Dec. *vbi suprà in d. c. in præsentia, n.* 46. & Ripa 58. & Cutt. sen. *cons.* 13. *num.* 3.

11. Idem clatiùs appatet ex eo quòd naturalis non possunt succedete in fendo. Habetur *in cap.* 1. *§. si quis per triginta, vers. naturales, si de feud. defunct. content. sit.* vt notat Battol. *in l. ex facto, §. si quis rogatus* 1. *num.* 9. *ad Trebell.* & alij, quos refert Molin. *lib.* 1. *c.* 4. *num.* 48. Sicut etiam non succednnt in bonis Cotonæ secundùm Ordinationem Lusitanam *lib.* 2. *tit.* 17. §. 1. *in antiquis*. Neque in Primogenio de bonis pattimonialibus instituto, nisi nominatim naturales ad illud sic erectum vocentur à ptimo institutore, teste Ioanne Cetier. & Gtegorio Lopes, quos refert ac sequitur Molin. *vbi suprà, n.* 49. *& lib.* 3. *cap.* 3. *n. vltim.* & Titaq. *de iur. primog. quæst.* 34. *n.* 59. & alij: Nec consequentet in empbyteusi Ecclesiastica, vt diximus; & notat Battol. *vbi suprà, n.* 8. Bald. *in d. l. generaliter, §. cum autem, n.* 2. *C. de instit. & substit.* & habetnt *in d. libello de iure Domina Catharina, illation.* 2. *fol.* 94. *pag.* 2. *num.* 4. post Gam. *decis.* 2. *à n.* 1. Paleot. *de nothis, c.* 31. *in princip.* & alios; eo qnòd non est voluntas, nec intentio domini fendalis, nec Regis, neque instituentoris Primogenij; nec denique mens est Ecclesiæ, vt natutales ad hæc admittantur: atgumento text. *in cap. in generali, de regul. iur. in* 6. & ex text. *in l. Lucius,* 99. *§. Lucius* 2. *in fin. ff de legat.* 2. iuncto text. *in cap. si gens, vers. de tali, dist.* 56.

12. Accedit quòd institutiones, substitutiones, & fideicommissa in qnibus fit mentio de filiis, & descendentibus, non intellignntur de illegitimis, quando institutot est nobilis, vel saltem in dignitate constitutus: text. *in d. §. si quis rogatus,* 1. secundùm Doctores de quo agit fusè Costa *in §. Et quid si tantum,* 5. *p. n.* 7. *& in cap. si pater,* 1. *p. verbo, si absque lib. à num.* 34. Prætetea natutales, & illegitimi non censentur descendete de familia, agnatione, nec domo, ex qua pater illotnm procedit. Probat text. *in l. si spurius,* 4. *ff. unde cognati, & in §. vulgo, Instit. de successión. cogn.* Sie tesoluit Bartol. *in l. pronunciatio, § familia, num. ff. de verbor. signif.* Royas *in epitome cap.* 20. *num.* 116. & Molin. *de primog. cap.* 4. *lib.* 1. *num.* 46. Ideò dicendnm est nullo modo posse natutales succedete io empbytheusi de pacto, & prouidentia *pro se, & filiis, & successoribus*, vt resoluunt Ludouicns Correa, & Cabaço *in d. lib. vbi suprà, num.* 19. post Bald. *in d. l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit.* vbi Iason *num.* 8. ait noo habere aduersarium hanc opinionem. Idem Iason *in l.* 2. *num.* 205. *C. de iur. emphyt.* Ruyn. *cons.* 150. *lib.* 1. Iul. Clar. *verbo emphyteusis, quæst.* 31. quæ sententia in Lusitania ptacticari solet in emphyteusi de familia, seu prouidenria, vt dixi.

Quòd si emphyteusis accipiatur *pro se, & filiis* 13.
heredibúsque, non admittit hætedes extraneos, oeque
qni non fnetint ex descendentibus poterunt succe-
dete secundùm communem, ex Decio *in d. cap. in
principio, num.* 48. & sic Afflictus *decis.* 100. Decius
etiam *cons.* 171. *in principio*, secundùm qnam doctri-
nam, si quis accipiat emphyteusim ab Ecclesia de re
solita concedi pro tribus personis, cum facultate no-
minandi qnem voluerit; non poterit nominare ex-
traneum, cùm id prohibitnm tepetiatur *in Authent.* 14.
de non alien. §. emphyteusim, quem textum teceptum
esse à iure Canonico docet Atet. *in cap. in præsentia,
de probat. num.* 19. Decius *ibi, vers. Ad hoc.* Addo *in d.
§. emphyteusim*, exptessum esse, aliter factam hanc
concessionem, nullius esse fitmitatis; ibi: *nullo alio
modo fieri sinimus.*

Cætetùm, quamnis id procedere videatur de iute 15.
communi; attamen de iure nostro dicendnm est
lib. 4. *tit.* 62. *in antiquis, §.* 2. *cum precedente, & in nouis,
tit.* 36. empbytensim acceptam *pro se, & pro aliquot
personis nominandis*, transire ad hætedem extranenm
institutum, poséque in ea emphyteusi nominari;
quin etiam iudieati nominatum extitisse, si testatot
non nominauit: quod etiam, si verum sit de emphy-
teusi seculari, de consuetndine, & praxi sernari solita
ad Ecclesiasticam est extendendum, vt diximus; &
firmat Aluarotus *in tit. si de feud. fuer. controuers. §.
feudum, num.* 2. vbi expressit empbyteusim Ecclesiæ
posse ttansmitti ad hætedes extraneos. Consentit
Decius sibi contrarius *d. cons.* 9. & à fortiori transibit
ad hæredes extraneos Ecclesiastica emphyteusis
concessa simplieiter *pro se, & heredibus*, præmissa 16.
caosa, & solemnitate tequisita; esto, noo interpo-
natut elausula *pro heredibus extraneis*, vel *pro quibus-
cumque heredibus*, vt asserit Abbas *in d. cap. in præsen-
tia, num.* 19. Felin. *citat.* & Decius *d. num.* 48. *vers. &
in tali casu.* Vbi tamen *pro filiis, & pro se* accepta est,
extraneus nullo modo nominari potest, sicut dispo-
nit Lex nostra, *lib.* 4. *tit.* 63. *in antiquis, §.* 6. *& in nouis,
tit.* 36. Similiter si accepta sit emphyteusis *pro se, &
filiis ex vtroque natis*, non potetit nominari extra-
neus: Lex nostra *lib.* 4. *in nouis, tit.* 36. ibi: *Eporem nam* 17.
podera outra pessoa algua estranha: Caldas *cap.* 12. *in
princip. de potestat. eligendi.* Phœbus *tom.* 1. *decis.* 96.
vbi ait potestatem nominandi simpliciter conces-
sam, sen eligendi; intelligi de libera potestate nomi-
nandi, quos volnetit: Caldas *de nominat. quæst.* 7. *n.* 47.
cum sequentibus, dicens eam potestatem simplicitet 18.
concessam ad nomioandom, qnem voluetit, com-
prehendere extraneos etiam in emphyteusi Eccle-
siastica. Idem repetit *quæst.* 19. *num.* 29. quia aliter ad
exttaneos ttansmeate non potest, nisi libera pote-
stas fiat: ex Iulio Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 28. *num.* 10.
& aliis: facit Lex nostra *lib.* 4. 37. §. 6. vbi concessa
potestate nominandi simpliciter, potest eligi filia
excluso filio: Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 4.

§. XVII.

Vtrùm Monasteria, & Communitates, & Religiosi possint nominari ad emphyteusim, & nominare?

EPITOME.

1 *Monasteria ad emphyteusim nominari non possunt.*
2 *Et à fortiori si in concessione dicatur, ne ad Ecclesiam transeat.*
3 *Oppositum est probabilius: & quomodo intelligatur.*
4 *Hæres relictus si velit Ecclesia emphyteusim, reddat æstimationem.*
5 *Æstimatio fundi reddatur extraneo, si illi fundus ex familia relictus fuit.*
6 *Emphyteusis accepta pro filiis, si extraneo legetur, æstimatio reddatur illi.*
7 *Monachus potest nominare ad emphyteusim.*
Ius nominandi consistit in facto. ibid.
Vtrùm verò possit reuocare nominationem. ibid. & num.8.
9 *Minores Religiosi, nec nostri professi, nec formati possunt post professionem, seu formaturam nominare, nec nominari ad emphyteusim.*
10 *Nec commoditas pertinebit ad Monasteria: secùs si Religiosus ingrediatur Monasterium capax bonorum.*
Quid si emphyteusis non nominetur. ibid.
11 *Vtrùm verò monialis possit nominari ad emphyteusim, vel succedere ab intestato, num.11. cum sequentibus.*

1. NEgant posse nominari ad emphyteusim Monasteria, & consequenter Communitates, glossa *in cap. Potuit, de locato,* quæ glossa, teste Imola *ibi, num.* 24. est communiter recepta, Alexand. *cons.9. num. 5. lib. 3.* Guiliel. *in cap. Raynut. verbo, & vxorem, à num.* 553. Menoch. *cons.* 38. *num.* 48. *vol.1.* Bartol. *in l.1. Cod. de his, qui potentiorum nomine,* vbi Iason *num.2.* & alij. Ratio, quia Ecclesia perpetua est, neque vnquam deficere potest, *cap. gratiose, de rescriptis.* Item quia maiori cum difficultate pensio ab Ecclesia exigi potest: neque daretur spes domino directo repetendi emphyteusim; vt tradit Speculator, *titul. de emphyteus.* §. 116. Alexand. *lib. 1. cons.*120. gloss. & Scribentes *ibi, in l. si ita* 135. §. *ea de lege, ff. de verbor. obligat. verbo, Interesse,* quæ notabiliter vult emphyteusim neque inter viuos, neque per vltimam voluntatem ad Ecclesiam transire posse; cùm censeatur prohibita nominari, saltem ea tacita voluntate Domini directi, qui ita fortè rogatus respondisset se nolle venire emphyteusim ad Ecclesiam: *l. tale pactum, ff. de pactis,* §. *fin.* & *ibi* glossa, Cald. *de nomination. quæst.*19. *à num.*14. *vsque ad num.* 21. *& de extinction. emphyteus. cap.* 10. *num.*21. vbi ait, nullo modo emphyteusim Ecclesiæ, vel Monasterio, vel pio loco, relinquendam; quamuis sit concessa pro eo, qui nominabitur: quoniam Ecclesia, seu Monasterium, sunt de iis, quæ prohibentur nominari ad emphyteusim ea tacita mente domini concedentis. Concordat Iul. Clarus, *verbo, emphyteusis, quæst.* 33. idem Cald. *quæst.*20. *num.*25. *de nominat. & de potestat. nominand. tit.*37. *cap.1. n.*13.

2. Quæ doctrina à fortiori procedit si in concessione emphyteutica exprimatur, ne res ad Ecclesiam transeat; quam conditionem dominus directus potest adiicere: sic Guiliel. *in d. cap. Raynut. de testam. verbo, & vxorem, num.*558. Couarr. *lib.1. resolut. variar. cap.*19. *num.*11. Anton. Gomes. *in l.40. Tauri, n.*66. post alios, quos sequitur Cald. *vbi suprà, d. n.*14. & probatur ex praxi conficiendi emphyteusim seruari solita à concedentibus, nempe nullomodo posse emphyteutam capientem ad illam nominare quemquam, qui capiente sit potentior.

His tamen non obstantibus, dicendum est Ecclesiam, seu Conuentus, seu Communitates non esse omninò incapaces huius nominationis; imò posse suscipere emphyteusim sibi relictam, seu donatam, non solùm ex testamento, sed ex aliquo alio titulo gratuito; non vt illam retineat in perpetuum, sed vt illam possit alienare in priuatum emphyteutam intra annum, & diem: vt habetur in Ordinatione *lib.* 2. *tit.* 18. vbi disponit quòd relicta Monasterio vendantur. Idem tradit Alex. *tom.*1. *cons.*120. Cuius sunt verba, quòd quamuis Ecclesia non possit acquirere ad retinendum, potest tamen ad hoc vt in Ecclesiam transferatur, & ipsa alteri idoneo vendat; quia id non est prohibitum: & ita de consuetudine seruatur, quòd Ecclesia intra annum alteri vendat: Speculator *tit. de location.* §. *num. vers.*7. Ioann. Andr. & alij *in d. cap. potuit, de locat.* Cald. *de potest. eligend. cap.1. num.*16. Molin. *de iustit. & iur. tom.*1. *tract.*2. *disput.*140. §. *eandem regulam.* Iul. Clar. *vbi proximè, d. quæst.*33. & quamuis concedamus prohibitionem positam ex pacto ne donetur Ecclesiæ valere; hoc non intelligitur per vltimam voluntatem ex iure vniuersali: *l. verba, contraxerunt, gesserunt,* 20. *ff. de verbor. significat. l. milites, ff. de re milit.* Alexand. *vbi suprà, num.*20. *& num.*4. Cald. *de potest. elig. num.*15. *&* 16. *cap.*1. post plures quos sequitur, *& de extinction. cap.*10. *num.*21. *vers. vbi obseruabimus.* 3.

Nec displicet eorum opinio, qui credunt hæredem relictum, si velit emphyteusim relictam Ecclesiæ sibi, teneri æstimationem illius Ecclesiæ reddere, quidquid in contrarium dicat Cald. *de potest. eligend. cap.1. num.*17. *& de extinction. cap.*10. *num.*21. *ad medium,* quia tale legatum emphyteusis relictum Ecclesiæ est validum; ideò vt sortiatur suum effectum, vel debet vendi ab Ecclesia priuato homini, qui soluat pensionem domino directo, vel debet consequi æstimationem illius ab hærede: vt tradit Speculator *in tit. de emphyt. vers.*117. Panor. *in d. cap. Potuit emphyteuta, de locat. num.*10. post Cardinal. *quæst.*15. Moueor primò, quia quando aliquid legatur incapaci, & is ex ea causa non potest legatum obtinere; æstimationem illius saltem consequi potest: *l. filiusfamilias,* 117. §. *si quid alicui, ff de legat.*1. vbi Iurisconsultus, ibi: *si quid alicui licitè fuerit relictum, vel ius aliquod, quod ipse quidem propter sui corporis vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliquam quamcumque probabilem causam habere non potuit, quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiat.* Hæc ille. Concordat Spin. *in suo specul. gloss.*12. vbi ait legatum Monacho relictum, *n.*39. esse validum quoad æstimationem legati; quia transit in vim eleemosynæ, & censetur relicta æstimatio, non verò proprietas, cuius incapax est Monasterium: ex notatis *in cap. ex eo, de pactis, in 6.* Maximè, quia tale legatum relinquitur, vt vendatur, & expendatur in vsus Religiosorum: fauet text. *in l. fideicommissum,* §. *si verò, ff. de legat.*3. & gloss. *in cap.* 1. *verbo, domum, de religios. domib. lib.*6. Abbas *cons.*27. *num.*4. *vol.*2. 4.

Moueor secundò ex casu posito *in l. vnum ex familia,* §. *sed & si fundum, ff. de legat.* 2. vbi res erat vni ex familia restituenda; & quia grauatus hæres illam extraneo legauit, Respondet Iurisconsultus, & glossa *ibi, verbo, oneratum,* æstimationem fundi esse reddendam extraneo, vbi primùm aliquis de familia rem petiuerit: quod Doctores *ibi* notant: Segura *num.*160. & probat Bald. *in l. Etsi dotis, C. de iur. dotium,* adiiciens, legante marito rem dotalem, 5.

legatario

legatario reddendam esse æstimationem: ergo si quis emphyteosim Ecclesiæ leget, quam in perpetuom nominare non licet, obtinebit Ecclesia rei æstimationem: sic in hoc casu resoluit Speculator *tit. de locato*, §. *nunc aliqua*, *vers.* 117.

6. Moueor tertiò à simili; qoia sicut quando quis legauit extraneo emphyteosim acceptam *pro filiis* duntaxat, legatario est soluenda æstimatio, si est extraneos; vt ait in specie Faber. *in §. non solum*, *instit. de legat. in fin.* vbi ex text. idem probans ibi: *Vel si eam non potest redimere, æstimationem eius dare*, & ibi Scribentes, & *in l. cùm rem alienam, C. de legat.* & tradunt Corneus *lib. 1. cons.* 32. Couarr. *in cap. filius noster, de testam.* Menchac. *de success. creat.* §. 21. *à num.* 4. & §. 23. *num.* 33. quos refert Cald. *de potest. nomin. cap.* 12. *num* 9. ergo legata emphyteusi Ecclesiæ, potest illa æstimationem emphyteusis consequi, si quidem cùm sit potentior, non potest in perpetuum acquirere emphyteusim: sequitur Valasc. *tom.* 2. *consult.* 193. *num.* 9.

7. Sed quid de Monacho, possitne nominare, & nominari ad emphyteusim? Responderor, Monachum in primis posse nominare ad emphyteusim ita Bartol. *in l. cùm pater*, §. *hereditatem*, *ff. de legat.* 2. & *in tract. minoritar. lib.* 3. *dist.* 1. *cap.* 1. & 4. sequitur Cald. *de nominatión. quæst.* 6. *num.* 3. Lusit. Ægid. *in repet. l.* 1. *Cod. de sacros. Eccles. part.* 1. §. 2. *num.* 19. Barbos. *in Remiss. ad ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 37. *ad princip. num.* 4. vbi resoluunt posse, cùm ius nominandi, seu eligendi facti sit, & in facto consistat. Menchac. *lib. quæstion. illustrium*, *cap.* 98. dicens posse Monachum ad emphyteusim, quam habebat ante professionem, nominare. Idem Caldas *de potestate eligendi, cap.* 3. *num.* 17. vbi repetit, Monachum, etiam Fratrum Minorum post professionem, priùs factam nominationem non posse reuocare; quamuis nominare queat, vbi nullam fecit nominationem: Quod intelligit Caldas de nominatione irreuocabili, nam si reuocabiliter nominauit ante professionem in Religione capace bonorum, post professionem reuocare potest, vel vt Monasterium concessione emphyteutica perfruatur, vel vt Monachus iterum, atque iterum nominet quem voluerit, & variet, secundùm legem Regiam *lib.* 4. *ordin. tit.* 36. subiungit Cald. *ibi*, *num.* 6. quamnis possit nominari ad emphyteusim Monachus post professionem, nominationem ante professionem etiam reuocabilem, non poterit reuocare; quia obstat *Clement. exiui de Paradiso*, §. *dubitauerunt, de verbor. significat.* & illius professione sicut etiam morte naturali confirmatur: sic idem Mencha. *de success. creat.* §. 21. *num.* 171. post Bartol. *in l. cùm pater*, § *he-*
8. *reditatem, in fin. ff. de legat.* 2. Secùs si sit Monachus in Religione bonorum capace saltem in communi. Probatur *ex d. Clement. exiui, de verbor. significat.* vbi statuitur posse committi etiam fratribus Minoribus electionem pauperum, inter quos bona distribuantur, seruata voluntate defuncti: & consequenter ex hoc colligitur posse nominare, & eligere ad emphyteusim: quæ fuit sententia Angeli, *cons.* 64. Roman. *cons.* 228. & sentit Gama *decis.* 377. incipit
9. *Inter fratrem*, & *sororem*, *num.* 3. vbi ait posse Monachum emphyteutam constitui, illique conferri potestatem nominandi ad emphyteusim. Sed Gama non loquitur de Fratre Minorita, neque de Religioso nostræ Societatis. Ideò mihi oppositum placet non posse Fratrem Minorem, nec Religiosum nostræ Societatis post emissam professionem solemnem, & post emissa vota Coadiutorum, nominare ad emphyteusim, nec reuocare factam, cùm sint mortui mundo, nec possint disponere de re sua, aut de iure suo. Quod probatur à simili, qoia nec testamentum post professionem facere, nec antè factum reuocare queunt; vt benè dixit Couarr. *cap.* 2. *de testament. num.* 9. Nauarr. *cap. non dicatis*, *num.* 85. post Panor. *in cap. in præsentia*, *num.* 61. *de probation.* qoos sequitur Molin. *tract.* 2. *de iustit. disput.* 140. §. *vtrùm verò Religiosus.* Igitur in nostro casu non poterit nominare post professionem ad emphyteusim, neque antea factam reuocare, cùm nullum ius Religioso superest bonorum temporalium post emissam professionem.

Neque obstat *Authent. si qua mulier, C. de Episcop. & cleric.* Quia *ibi* solùm conceditur Religioso, qui non fecit testamentum ante professionem, posse post illam diuidere bona sua inter filios, relicta etiam portione Monasterio; & extra hunc casum nulla alia fit ei permissio disponendi de bonis suis: Quòd si Religiosus non disposuit de emphyteusi, quæ potest deuenire ad extraneos, & Religio fit ex iis, quæ habent ius ad bona sui Religiosi; emphyteusis deuoluitur ad vocatos in concessione, commoditas verò defertur Monasterio, dum fuerit Religiosus superstes simol cum melioramentis, saltem qooad eorum æstimationem, cùm ea numerentur in patrimonio illius: secùs si emisit professionem in Religione bonorum incapace, quæ à suis Religiosis emanant vt est nostra Societas, & Fratres Minorum; quia eorum hæreditas defertur hæredibus ab intestato, & commoditas emphyteutica pertinet ad vocatos in inuestitura: Quòd si nemo existat, ad quem pertineat; deuoluitur ad Dominum directum, qui hæredibus æstimationem meliorationum reddere tenetur.

Quòd si emphyteusis fuerit nominationis, secundùm Ordinat. Regiam *lib.* 4. *titul.* 36. *in principio*, & *num.* 1. & 2. & ingressus Religionem professionem emiserit, nec ad eam nominauerit; defertur emphyteosis ad Dominum directum, modò non habeat descendentes, neque ascendentes; qoos si habuerit, ad eos pertinebit; iis deficientibus, spectat ad Dominum directum; viuente tamen Religioso, commoditas erit Monasterij, si sit capax bonorum; quòd si sit incapax, pertinebit ad hæredes ab intestato, siue emphyteusis illa sit nominationis hæreditaria, siue ex pacto & prouidentia: ita Molin. *tom.* 2. *de iustit. & iur. disput.* 483. *ad fin.* sed hoc procedit in emphyteusi nominationis hæreditaria: at in emphyteusi de nominatione de pacto, & prouidentia, valde dubito; quia Lex loquitor absoluté si nominans decesserit intestatus, deuolui ad Dominum, si possessor habens vitam non nominauerit: Iason tamen *in l.* 2. *num.* 100. *Cod. de iur. emphyt.* ait quando emphyteuta ingreditur Religionem, & emphyteusis est profana, & accepta à priuato, transire ad Monasterium: secùs si sit concessa ab Ecclesia, quia tunc poterit Ecclesia illam reuocare si velit; quòd si non reuocet, transibit: sed melius Iol. Clar. §. *emphyteusis*, *quæst.* 33. *vers. Ego*, vbi indistinctè tradit non transire in Monasterium, siue secularis sit, siue Ecclesiastica, cùm reddatur deterior conditio Domini directi, & careret spe cadendi emphyteutam in commissum: imò ex sententia Paris. *in cap. in præsentia, de probat. num.* 196. neutra transire potest in Monasteriom, sed tenebitur illud eam vendere infra annum priuato: qood vsu, praxique receptum tradit Speculat. *in d. §. nunc aliqua*, *quæst.* 117. 10.

An verò possit Monachus, seu monialis nominari? Quæstio non leuis est. Pars affirmans ex eo placere potest, quia monialis de licentia Prælati potest habere peculiom, seu pensionem, secundùm Bartol. *in l. cùm quidam ita*, *ff. de legat.* 2. non tamen vt proprium, secundùm Abbat. *in cap nisi esset*, *num.* 12. *de prabend.* Igitur poterit nominari ad emphyteusim 11.

pro victu, & vestito, cùm nominaodi venia alium cousangoineum laicum. Et probatur, quia Monachus, seu monialis non est iucapax huius nominationis, cùm possit hæres institui post professionem, atqoe abintestato soccedere, etiam iore sanguinis in Capellis, feodis, & Maioratibus, exceptis Religiosis nostræ Societatis, & fratribus Minoribus; vt bene tradit Molin. *tract.* 2. *de instit. dispnt.* 140. *per totam*, qui post professionem, vel formaturam, nec capere possunt ex testamento, nec succedunt ab intestato: secùs ante hæc duo; tam hi, quàm reliqui omnes siue sint mendicantes, siue non, siue ex tertia Regula Diui Francisci, qui Regulam non strictè obseruant: sequitur Iul. Clar. *lib.* 3. §. *Testamentum, quæst.* 29. *num.* 3. Igitor si Monachus, ac Monialis possunt capere ex testamento, possunt similiter nominari ad emphyteusim.

12. Confirmo etiam exemplo fideicommissi familiæ relicti, quod potest obtinere Religionem ingressus, & ad illud admitti; quia quoad succedendum, perinde ac si esset in seculo, retinet Religiosus agnationem in vtilitatem soi Monasterij: *l. Deo nobis*, §. 1. cum gloss. *in verbo, Parentum, Cod. de Episcop. & Cleric.* §. *nullam, in Authent. de sanctiss. Episcop.* cum glossa *in verbo, ingratot*: quod etiam constat *ex cap. statutum.* & *ibi* Archidiac. 18. *quæst.* 1. Anchar. *cons.* 410. *num.* 3. *in vers. ista rationes*, quibus accedit Lap. *in allegat.* 100. *num.* 7. *& allegat. subsequent. num. etiam* 7. Cæphal. *cons* 53. *num.* 98. post Paris. *cons.* 47. *num.* 62. *vol.* 1. qoatenus subdunt, Religiosum, non obstante suo statu, adhoc retinere suam agnationem: io quorum sententiam it Signorol. *cons.* 158. *num.* 12. Ergo pari ratione poterit Monachus nominari ad emphyteusim cum onere vt possit laicum aliom nominare ad illam, siue emphyteusis sit pro conseruanda familia, sioe non. Fauet Cabed. 1. *part. decis.* 133. *à*
13. *num.* 7. Antonius de Gam. *decis.* 6. *num.* 4. Adde, ad Monasterium transire emphyteusis interusurium, quandio Monachus vixerit; vt est conclusio Fortunij Garciæ, §. *Et quid si tantùm*, tanquam communis, *num.* 10. Cald. *de nominat. quæst.* 6. *num.* 4. sed non potest Monasterium stoi commoditate emphyteusis, nisi per nominationem factam Monacho: igitur non est incapax oominationis, sicut non est incapax ad recipiendom ex testamento, & ad succedendum ab intestato, & eo mediante bona illi relicta absolutè, & sine vllo granamine acquiruntur Monasterio, cùm ipse habeat eius succedendi, aot acquirendi in commodum Monasterij: quod tanquam certum tradit Iul. Clar. §. *Testamentum, quæst.* 3. secundùm iuris ciuilis Augures; quamuis Canonistæ doceant ipso iore, & nullo mediante Monachi facto deferri hæreditatem Monasterio, nec illi acquiri ex persona Monachi, quod tanqoam probabilius sequitur Bertran. *cons.* 73. Molin. *tom.* 1. *de inst. dispnt.* 140. Less. *lib.* 2. *de inst. cap.* 41. *num.* 87. *& sequent. fol.* 62. dicentes posse Monasterium inoito
14. Monacho adire hæreditatem, nec momento temporis illam apud Monachum residere posse: argumento *l. placet*, *ff. de acquir. heredit.* Bald. *cons.* 494. *in fin. vol.* 4. subdens ius delatum Monasterio accipere principium ab ipso Monacho, sed in ictu oculi ad Monasterium transire: Lessius verò *ibi* notat posse de consenso sui Superioris adire hæreditatem. Ex quo sequitur non posse excludi à nominatione emphyteutica Monachum cum obligatione nominandi quem testator voloerit, vel Mooachus maloerit, concessa, si Superior consentiat: nam spectata sententia Interpretum iuris Ciuilis, priùs defertur hæreditas Monacho; deiude ex persona illius delata est Monasterio; potéstque ipse hæreditatem adire sine facultate Superioris. Secundùm verò iuris Pootificij peritos, oon potest nisi de licentia Superioris. Secundùm vero vtranque opiuionem, non potest Monachus repugnare Monasterio volenti hæreditatem adire: quod potest seruus; nam eo inuito, & repuguante, hæreditas illi relicta non acquiritur domino: per *l.* 3. *C. de hered. instit.* Molin. & Less. *suprà* allegati.

---

§. XVIII.

Vtrùm emphyteusis accepta pro se, & vxore sua priori Bertha, & pro filio vtriusque, possit concedi filiis vxoris secundæ, vel tertiæ?

EPITOME.

1 *Pars negans probatur.*
2 *Pater non potest nocere filio vxoris prioris.*
3 *Pars affirmans probatur.*
4 *Institutus posthumus vnius vxoris excludit posthumum alterius vxoris.*
5 *Dispositum à patre circa filios communes, censetur dispositum circa filios non communes.*
6 *Amor paternus ad filios tam primi, quàm secundi matrimonij extenditur.*
7 *Verba simpliciter prolata intelliguntur de primis nuptiis.*
8 *Emphyteusi procedente de prima vxore, non potest nominari soboles secunda vxoris.*
9 *Obtenta à priori vxore tenentur parentes conseruare filiis illius.*
10 *Quando emphyteusis est ab vxore procedens, maritus in ea ius capit ab vxore, vel per vxorem.*
11 *Monasterium non capit emphyteusim concessam pro filio vtriusque.*
12 *Filius communis vocandus est ad emphyteusim pro filio vtriusque.*
13 *A fortiori quando emphyteusis est concessa intuitu vtriusque coniugis.*
14 *Emphyteusis accepta à non coniugato potest venire ad filios tam primi, quàm secundi matrimonij.*
15 *Pars verior, quæ tradit non esse vocandos.*
16 *Accepta pro viro, & vxore, & eorum filiis, veniunt filij tam communes, quam non.*
17 *Concessa Titio, & vxori, & filiis suis, comprehenduntur filij illius matrimonij.*
18 *Quid si concedatur pro filiis tantùm, absque mentione heredum.*
19 *Quid si aliquid legetur alicui cùm filios habuerit.*
20 *Concessio facta pro marito, & vxore Bertha, & filio vtriusque, est restringenda ad filios illius certæ vxoris.*

PArtem negantem ex eo probo, quoniam tempore acquisitionis emphyteusis filij prioris matrimonij iam extabant, filij verò secundæ vxoris nondũ viuebant, ideò ad emphyteusim sunt vocandi filij Berthæ: ita Imol. & Iason *in l. certi condictio*, §. *si nummos*, *ff. si certum petat. n.* 18. Item quia sicot fideicommissum relictum cognatis solùm, extenditur ad illos, qui vel tempore testamenti, vel saltem morte testatoris erant cognati; *l. si cognatis*, *ff. de reb. dub.* Iason *in l. cùm ita*, §. *in fideicommisso*, *ff. de legat.* 2. Similiter emphyteusis concessa patri, & vxori, & filiis vtriusqoe, solùm comprehendit filios natos ex Bertha, non verò ex altera, vel tertia vxore: sic Speculat. *titul. de locato*, §. *nunc aliqua*, *vers.* 149. *num.* 176. per text. *in l. cum vir vxori*, *ff. de condition. & demonstrat.* quem sequitur *ibi* Ioann. Andr. Igitur in ea emphyteusi nominandi sunt filij ex Bertha, qui 1.

tempore

tempore acceptationis empbyteuticæ iam erant editi in lucem.

Præterea, quia tenor inuestituræ est *sibi, & vxori Bertha, & filio vtriusque*, ergo non est recedendum ab ordine inuestituræ: *cap.1. de duobus fratribus, l.1. vers. in quo, l.2. in verbo si aliqua pactiones, C. de iur. emphyt.* Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo, libertis, num. 52.* & probatur ex traditis à Baldo *in Authem. qui rem, C. de sacros. Eccles.* dicente emphyteusim acceptam *pro se, & vxore, & eorum liberis*, extendendam esse ad filios secundi matrimonij: quia verbum illud, *eorum filiis*, accipitur distributiuè: at verò si concedatur *pro filijs vtriusque coniugis*, illud verbum non distributiuè, sed complexiuè, seu copulatiuè accipiendum est: ideo accedere debet concursus, & consensus vtriusque copulati: *l. si heredes ff. de condit. Instit.* ac proinde non potest talis concessio extendi ad filios vtriusque matrimonij, hoc est secundi; sed ad filios duntaxat prioris.

2. Confirmatur secundò ex eo quòd pater mortua vxore Bertha, non potest nocere iuri iam filio post mortem matris acquisito, cùm filius per interpositam stipulationem paternam ius haberet in emphyteusi comparatum: Bald & Paul. *in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de legat. 1.* Couar. *lib. 2. resolut. cap. 18. num. 2. vers. tertia conclusio*, ideò non potest pater nominare in ea emphyteusi filios secundi, vel tertij matrimonij, sed prioris duntaxat.

3. Partem verò affirmantem posse patrem nominare ad emphyteusim filium, vel filiam ex secundis, vel tertiis nuptiis, quamuis suscepta sit *pro se, & vxore, & filiis vtriusque*; ex eo probo, quia pater accipiendo soluit prouidere suis filiis tam prioris, quàm secundi, & tertij matrimonij: argum. text. *in Authent. de nuptiis, §. penult.* cùm æqualem affectionem habeat ad omnes filios siue communes sint, siue non communes Item ex mente Baldi *in l. 1. C. de priuileg. dot.* sentientis sub clausula, *& eorum liberis*, comprehendi etiam filios communes. Sicut ergo sub ista clausula, *eorum liberis*, comprehenduntur filij tam communes, id est, filij vtriusque matrimonij, quàm secundi; ita etiam *filhos d'antrambos*, licèt ex significatione verborum, vocentur filij communes, hoc est, nati ex vtroque coniuge; nihilominus extendi debent ad filios alterius tantùm coniugis ex alio matrimonio natos, ex quadam modificatione contractus: vt ait Baldus, & ex præsumpta voluntate tam patris, quàm matris cupientium prospicere filiis, non vnius duntaxat, sed vtriusque matrimonij: sic Aretin. *in l. coheredi, §. qui discretas, circa fin. ff. de vulgar. & pupill.* Probatur quia licet Ordinatio Lusit. *tit. 37 lib. 4. verbo Esendo o contracto do aforamento peraque o toma, e pera sua mulher, e hum filho de entrambos*, loquatur pro filio vtriusque coniugis nominato in emphyteusi, non excludit dicta Ordinatio filios non communes; cùm addat *ibi num. 6. podera nomear hum de seus filhos, ou filhas qual quizer, mas nam podera nomear outra pessoa estranha.* Ex quibus verbis constat posse patrem nominare filium, aut filiam ex secundis nuptiis: ita Gama. *decis. 351. n. 1. & num. 2.*

4. Facit pro hac parte, quia licèt institutio posthumi nascituri ex certa vxore, excludit posthumum ex alia vxore procreatum; text. *in l. filium à patre in principio, vers. si quis ex certa, ff. de liber. & posthum.* Bartol. *in l. placet, ff. eodem.* Nihilominus si pater, qui se ad certam personam obligauit nominandam, cogitasset de aliis, reuera de iis non aliter, sed eodem modo disposuisse crederetur; & institutio facta ad personas, de quibus cogitasse præsumptio esset, extenderetur: per text. *in l. Titius testamento, §. Lucius, ff. de liber. & posthum.* sic etiam in nostro casu dicimus; quia quamuis pater solùm videatur consuluisse filiis communibus, idem censetur dispositum erga alios filios non communes; quia si de iis etiam filiis cogitasset, credendum est, quòd de iis similiter disposuisset. 5. Quæ resolutio non solùm in vltimis voluntatibus habet locum, sed etiam in contractibus: per Gloss. inuocato textu *in l. tale pactum, §. fin. ff. de pact.* Socin. *in l. 2. ff. de reb dub.* concurrit etiam text. *in d. §. fin.* vbi pactum factum in gratiam, & fauorem fratris hæredis paciscentis, & sic personæ certæ, comprehendat etiam ex fauore filios paciscentis postea nascituros, seu natos, qui hæredes patris sunt: non ex alio fundamento, nisi quia contrahentes curant prouidere hæredibus vtrisque: atque ita in præsenti casu quamuis pater acceperit emphyteusim *sibi, & vxori Bertha, & filijs vtriusque*, credimus quòd si pater eo tempore, & mater cogitassent de aliis filiis suscipiendis ex aliis nuptiis, idem vellent dispositum de aliis, quod de filiis communibus dispositum esse voluerunt. Neque repugnat si dicas filios secundi matrimonij non esse in rerum natura, ideò non posse vocari ad emphyteusim nisi illos, qui tempore acceptationis erant iam nati: Quoniam ex mente Bartol. *in l. item Prætor, ff. de suis, & leg. hæred. num. 2.* in contractu emphyteutico filij etiam nondum concepti comprehenduntur. Idem Bartol. *in l. quod dicitur à secunda, de verbor. obligation. num. 2.* per text. *in l. Paulus, §. Paulus, ff de bon. libert.* Salycet. *in l. 2. C. de iur. emphyt. q. 19. n. 18.*

Neque etiam videntur obstare verba, *Pera hum filho de antrambos*, cùm Bald. *in Authen. qui rem, num. 5. C. de sacros. Eccles.* nulla facta distinctione inter filios prioris, vel posterioris matrimonij, tenet filios etiam secundi matrimonij venire ad emphyteuticam nominationem; cùm amor paternus æqualiter ad vtrosque filios tam prioris, quàm posterioris matrimonij tendat. Idem tradit *in l. vnic. C. de priuileg. dot. num. 4.* post Gloss. *in l etiam. ff. solut. matrim.* Socin. *in l si vir vxori, ff. de condition. & demonstration. num. 7.* proinde concedendum est ex mente Baldi inter virum, & vxorem nominatos in contractu emphyteutico ad ipsam emphyteusim sub ea conditione, saltem tacita, & interpretatiua, seu virtuali, vt in parte viri intelligantur vocari, quicumque filij ipsius patris, & in parte vxoris quicunque filij ex ea procreati. Quod etiam noluit Speculator *in tit. de locato, §. nunc aliqua, vers. 149. a num. 176.* cùm credendum sit patrem in acceptatione emphyteotica de filiis suis etiam non communibus cogitasse, eisque prouidere voluisse. Vide Gam. *decis. 233.* 6.

Neque etiam obiicias vxorem primam voluisse solùm includere filios communes, & excludere filios ex secundis nuptiis postea celebratis, nec cogitauit vnquam filios alienos suis præferendos; nec si de hoc cogitasset, id voluisset: ex regula in *l. Boues, §. hoc sermone, ff. de verbor. signific.* vbi verba simpliciter prolata intelliguntur de primis tantùm nuptiis egisset atque ita vxor tantùm de natis, vel de ea nascituris solùm cogitauit, & ad hos tantùm concessio est extendenda: Iason in *d. l. certi condictio, d. §. si nummos.* Quia respondemus authoritate Baldi in *d. Authent. qui rem*, resoluentis huiusmodi concessionem, vt iam retigi, factam fuisse coniugibus, & cuilibet eorum in solidum; ita vt qui superuiueret, posset illa vti pro se, & pro suis filiis ex altero matrimonio procreatis. Sumuntur enim verba illa, quamuis de se complexiua, seu copulatiua in sensu discretiuo vt sic possint aptari ad filios superuiuentis coniugis ex aliis nuptiis genitos: Baldus *vbi supra*, sequitur Corneus *lib. 4. cons. 236.* & Paris. *lib. 1. cons. 6. n. 13. cum sequentib.* Secundò respondemus resolutionem Baldi, & aliorum esse verissimam, quando concessio emphyteutica profecta est ex parte patris, tunc tempo- 7

ris potest pater filios secundi matrimonij præferre filiis primarum nuptiarum: quòd si emphyteusis veniat per matrem, posse simili ratione matrem superstitem ad eam vocare filios itidem ex secundis nuptiis susceptos: ita Cald. *de nominat.emphyt.quæst.*15. *num.*35. nec tunc habet locum legis *fœmina*, dispositio. *C. de secund.nupt.* quando emphyteusis processit à patre, vel per illum fuit acquisita. Item cessat ratio Baldi, qui loquitur de iure communi disponente emphyteusim diuiduam esse; cùm de iure Lusitano indiuidua de se sit.

8. Quando verò emphyteusis processit à prima vxore, maritus superstes non potest nominare filios secundi matrimonij extante sobole primarum nuptiarum: Caldas *vbi supra*, sed filij prioris matrimonij sunt præferendi, ex regula *l. fœmina, & l.generaliter.C.de secund nupt.* quia quamuis filij non communes sint etiam filij; ita tamen videntur vocati, quando non extant filij ex primis nuptiis: sic Alex. *lib.*5. *cons.*119.*num.*5.*&* 6. Cald.*de renouat.quæst.*13. *num.*8. dicens filios prioris matrimonij esse præferendos filiis posterioris, si emphyteusis sit acquisita constante primo matrimonio, ex Afflicto *in cap.mulier, si de feud fuer.controuers.num.*16.vel si proficisceretur à prima vxore: ex traditis à Montaluo *in l fori,l.*13. *tit.*10. *lib.*3. *fori, verbo, Em igual grado.* Idem repetit Cald.*de nominat.quæst.*14.*ex num.*37. procedere scilicet in emphyteusi materna, quæ à matre procedit, aut dum mater viueret, acquisita fuerit. In quo euentu filia primi matrimonij præferenda est filio secundi matrimonij, cùm maritus ad secundas transuolans nuptias teneatur relinquere omnia, quæ à matre defuncta ad filios venerunt, eáque eisdem filiis conseruare, per *d. l.fœmina, & l generaliter, C. de secund.nupt.& ibi* Scribentes. Audi verba *l.generaliter,* ibi: *Eisdem casibus maritum quoque, quæ in bonis mulieris ad eum deuoluta sunt, communibus liberis seruare.* & *l.fœmina,* ibi: *quidquid ex facultatibus primorum maritorum sponsaliium iure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint; aut quicquid mortis causa donationibus factis, aut testamento iure directo; aut quicquid ex bonis, vt dictum est, priorum maritorum fuerint assecuta, id totum ita vt perceperint, integrum ad filios, quos ex præcedenti coniugio habuerint, transmittant:* & paulò inferiùs adiecit Imperator hæc verba, ibi: *nec quicquam eadem fœmina ex eisdem facultatibus alienandi in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonij coniunctione susceptam præsumat.* sic ibi. Ex dictis constat non posse ad secunda vora transeuntem, neque in fauorem filiorum secundi matrimonij quicquam conferre, sed magis filiis primi matrimonij restituere: quod est commune.

9. Ex dictis velim colligas emphyteusim à priori vxore profectam, vti debitam, concedendam esse filiis prioris matrimonij, seu filiabus, ex decreto *l.generaliter*, negandamque filiis, seu filiabus posterioris: quia tenentur parentes omnia obtenta à priori vxore filiis, filiabúsque prioris conseruare, & reseruare: & sic in specie resoluit Alex. *cons.*119. *lib* 5. *num.*5. qui nominatim in emphyteusi materna loquitur, quæ cùm ad illam pertineret, obtinuit à domino directo renouationem *sibi, & marito, & pro eorum, & cuiuslibet alterius filijs.* Is enim est typus concessionis emphyteuticæ, de qua *ibi* Alexand. vbi concludit emphyteusim concedendam filiis prioris matrimonij exclusis filiis posterioris: per tradita *in l. fœmina, & in d l.generaliter, C.de secund.nupt.*

Nec obstat si dicas contra Alexandrum verba concessionis domini directi respicere filios solius mariti duntaxat: Quia esto, verba respiciant filios mariti, hoc est intelligendum non extante sobole communi vtrique coniugi: ideò non posse nominari filios posterioris matrimonij, quandiu extarent filij prioris; in quorum defectum, inquit Alexand. possunt succedere filij secundarum nuptiarum: sequitur Cald. *præallegatus, num.*40. *ad fin.* seruandus est semper ordo succedendi: sic Bald.*in l fin.C. de suis & legitim hæred.* Iuuat hanc sententiam resolutio eorum, qui tenent ad ius, & potestatem retrahendi rem procedentem à matre, præferri filios eiusdem matris; vt notat Tiraquell. *de Retract. gloss.*1. §.14. Afflictus *in cap.*1. §. 1. *qui feud.dar.poss num.*22. Quæ omnia non paruam afferunt lucem Ordinationi Lusitan. *lib.* 4. *tit.*62.§.3.*in antiquis, & in nouis, eod.lib.tit.*37.*n.*6.

Nec vinces si dicas maritum in hoc casu, non ab vxore, sed à domino capere emphyteusim: ex regula 10.
l.vnum ex faml.§.1. *ff.de legat.*2. & regula *l. fœmina, & l.generaliter*, solum habent vim in bonis liberis, seu allodialibus, quæ collata in maritum, seruanda sunt filiis communibus: ergo casus est longè diuersus, quia respondemus maritum semper recipere emphyteusim, vel ab vxore, vel per vxorem, cuius res erat, & de cuius consensu ille obtinuit, tribuitur enim donatio semper illi cuius res erat: text.*in cap. vno, in fin.* vbi probatur feudum renuntiatum, vt concedatur à domino filio renuntiantis, paternum esse: & dicit sic Bartol. *in l. quod dicitur, ad fin. de verbor. obligat.* Iason *in l.si mihi, & Titio, ff.de verbor. obligat.* Neque obstat lex Lusitana *à tit.*77. *in antiquis lib.* 4. §. 10. dicens rem in manibus domini renuntiatam, vt illam de nouo filio concedat procedere à domino, & ab ipso esse concessam filio, itaut non teneatur illam ad collationem deducere: Quia lex loquitur in bonis, & de bonis Coronæ renuntiatis in manu Regis, quæ sunt extra regulam: ex traditis in *l. cùm multa, C.de bon.quæ lib.*

Infertur ex dictis non posse capere monasterium 11.
emphyteusim, quam Religiosus ingressus habuit per clausulam, *filho, ou filha d'antrambos*; respuunt enim filiationem fictitiam, & comprehendunt naturalitatem, & veros filios: Tiraquell.*in l.si vnquam, verbo, liberos, num.*13. *C.de reuoc.donation.& in tract.de primog.quæst.*84. Nec dominus concedens id intellexit, nisi filios vtriusque, non verò Monasterium: ita Bald.& Paul.in *l.Deo nobis, C. de Episcop.& cleric.* Cald. post multos, *de potest. eligend. cap.*13. *num.*21. Imo solùm comprehenduntur filij ex vtroque coniuge nati, quoniam vtriusque mariti nempe, & vxoris concursum desiderat, teste Corneo *lib.*4.*cons.*233. atque ita in nostro casu (extra limitationem supra positam) emphyteusis concessa marito, vxori, & filio vtriusque, nullo modo pertinebit ad filium alterius tantùm coniugis; videtur enim is exclusus de voluntate domini concedentis: cùm enim dicat, *sibi, & vxori, & filio vtriusque*, filios alterius matrimonij tacitè excludit: sic Ruin.*cons.*65. *vol.*3. Phanutius *de lucro dot. pag.*231. *num.*28. & Gam.*decis.*351. *&* 382. *ad fin.* vbi probat hanc sententiam, quamuis aliud sentiat *d. quæst.*351. de filiis verò posterioris matrimonij, dominus concedens non cogitauit: per *l.inter stipulantem.§.sacram ff de verbor.obligat.* Secundùm quam Cortius sen. *cons.*2. *num.*2. decernit, quando renuntiatio fit in fauorem nouæ sobolis solùm comprehendere sobolem illius matrimonij, non verò alterius; quia renuncians non præsumitur cogitasse de morte coniugis præsentis; quod etiam in nostro casu est dicendum non cogitasse maritum de interitu coniugis: Caldas, *vbi supra, num.*24.& patet ex illis verbis *d'antrambos* quæ restringunt ad filium ex vtroque natum, & quæ non excipiuntur, excluduntur: *l. quæsitum, §. idem responsum, & ibi* Doctores, *ff. de fund. instruct.* Quapropter vbi emphyteusis restringitur ad filios alicuius coniugis, consequenter filios alterius coniugis excludit, ex regula *l. cùm*

prætor,

prætor, ff. de iudic. cap. nonne, de præsumption. cùm vnius inclusio sit exclusio alterius.

12. Confirmatur etiam, quia si non obstante verbo *pera bum filho de antrambos*, filij etiam secundi matrimonij erant venturi ad emphyteusim, verbum illud nihil operaretur, esséque superfluum: hoc non est dicendum; ergo debet intelligi, vt iacet secundùm germanam vim significationis: atque ita non sunt vocandi nisi filij primi matrimonij; vt ait etiam Bellonus, 13. *cons. num. etiam* 13. quia illud verbum debet aliquid operari ne superuacaneum videatur, *l. si quando, ff. de legat.* 1. Alex. *in l. cætera, §. fin. eod. tit.* Felin. *in cap.* 1. *de rescript. vers. priuilegium.* Bellonus *cons.* 7. *num.* 12. Idcirco dicendum est filium non communem nullo modo esse vocandum ad eam emphyteusim: Bellon. *d. cons.* 13. *num.* 13. quod decidit Iurisconsultus *in l. cùm vir, & in l. si vir, ff. de condit. & demonstrat. verbo, cùm vir vxori,* vbi decidit legatum relictum *viro, & vxori, & eorum liberis*; alterius matrimonij filiis non deberi: & alij resoluentes non deberi donatum ei, qui non habet qualitates requisitas: sic Menoch. *cons.* 41. *num.* 7. Parisius *lib.* 2. *cons.* 20. *num.* 43. idem constat ex Gloss. & *ibi* Alex. *in d. l.* ... *ff. solut. matrim.* vbi priuilegium datum ne maritus conueniatur vltra id, quod potest agere, conceditur filiis illius matrimonij tantùm: Angelus *cons.* 51. dicens patrem instituentem ventrem vxoris, si gerit vterum, solùm instituere ventrem præsentem vxoris præsentis non futuræ. Idem sentit Socin. & Iason *in l. placet, ff. de liber. & posthum. num.* 12. Picus *in l. Titia, §. Titia, ff. de legat.* 2. vbi dicit relictum legatum vsusfructus vxori, præsenti deberi, non verò futuræ. Iuuat etiam regula *l. si cognatis, ff. de reb. dub.* vbi resoluitur legatum agnatis relictum solum comprehendere eos, quos tunc habebat defunctus, & cognoscebat.

13. Quod præsertim vim habet, quando emphyteusis fuit concessa intuitu, & contemplatione vtriusque coniugis: in quo casu filij duntaxat prioris matrimonij successuri sunt, non verò secundi: Bartol. *lib.* 2. *cons.* 11. itaut non possit vnus sine altero coniuge eam alienare, neque in extraneum conferre, Bald. *cons.* 137. ergo nec filium alterius matrimonij nominare: quando emphyteusis fuit concessa contemplatione viri, quia data fuit ob seruitia, vel merita à domino in eadem concessione numerata: dicendum tunc posse patrem nominare filios posterioris matrimonij, cùm filij sint æqualiter nominati argumento *l.* 3. *C. de inoffic. testam.* præsumitur enim concessa mariti contemplatione; teste Bartol. *in l. cùm oportet, num.* 4. *C. de bon. quæ liber.* Alex. *cons.* 8. *num.* 10. *lib.* 3. Palatius *in cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. §.* 45. *num.* 13. Cùm ergo constiterit emphyteusim fuisse concessam contemplatione viri, vel vxoris, ille vel illa, cuius respectu concessa fuit, poterit vocare filio suos, etiamsi sint secundi, vel tertij matrimonij. Quod intellige quando concessa fuit pro viro, & vxore, & pro filio nominando: secùs quando fuit pro filio vtriusque, seu concessa contemplatione prioris matrimonij: Cald. *vbi supra n.* 27. *& num.* 52. & patet *ex cap.* 1. *§. mulier, si de feud. fuer. controu. int. dominum.* & iuuat Additio asserens illum textum esse restringendum, dum ait filios prioris matrimonij habere ius prælationis; quia feudum datum fuit per ordinem, & respectum ad illas priores nuptias. Consequenter id resoluendum est in emphyteusi contemplatione illius matrimonij concessa ad illam posse vocari filios illius matrimonij, quandiu extiterint, iis verò deficientibus, filios posterioris matrimonij esse vocandos.

Similiter concludes, quando emphyteusis profecta fuit ex parte vxoris, vxórque illam renuntiauit in manu dominicali, vt maritus *sibi, & vxori, & filijs vtriusque* reciperet, non poterit maritus nominare filios secundæ vxoris, nisi prioris; iis verò non extantibus poterit emphyteusis descendere ad filios secundæ vxoris, ex regula *d. l. fœmina, C. de secund. nupt.* & resoluit Alex. *cons.* 119. *num.* 5. *vol.* 5. *& num. etiam* 6. secùs dicendum est, quando emphyteusis est paterna, proceditque à patre, tunc poterit nominare præmisso filio primarum nuptiarum filium secundi matrimonij. Caldas *vbi supra*, modò non sit concessa *pro filio vtriusque*, nisi contraria consuetudo semper præferat filium prioris matrimonij: de qua consuetodine, quòd extet, maximè dubito, nisi in bonis Regalibus, vulgò, *Reguengos*, quæ bona consuetudo soli primogenito solet deferre.

14. Addo emphyteusim acceptam à viro, seu à fœmina nondum coniugatis, pro filiis, quos nondum habebant, posse venire ad filios tam primi, quàm secundi matrimonij: quia cùm accipiens non erat adhuc coniugatus, tam hos, quàm illos filios respexisse videtur: quod in legato vxori relicto probat Couarr. *in cap. requisisti, de testam. num.* 3. Tiraquell. *in princip. l. si vnquam, C. de reuocand. donation. num.* 106. & Costa Lusitan. post plures *in cap. si pater, de testam. in* 6. *num.* 10. *pag.* 86. Alex. *lib.* 2. *cons.* 171. qui in viro nondum coniugato loquitur, & in fauorem secundæ vxoris resoluit. His tamen non obstantibus, 15. quæstio de se est satis dubia, quia limitationibus explosis res est dubia, & anceps opinio, quæ affirmat posse vocari ad emphyteusim acceptam *pro se, & vxore, & filijs vtriusque*, filios posterioris matrimonij: vera tamen, & secura eas pars, quæ tradit non esse vocandos, nisi filios duntaxat prioris matrimonij, si extiterint; iis verò non extantibus filios secundi matrimonij. Ad sequentes verò quæstiunculas, ex dictis, & dicendis, quid respondendum sit, accipies.

16. Dicas ergo, quando emphyteusis fuit accepta *pro Petro, & Maria vxore, & eorum filijs*, hanc clausulam accipiendam esse disiunctiuè, non verò per connexionem: ac proinde comprehendi sub hac formula concedendi filios tam communes, quàm non communes, seu alterius matrimonij, cùm omnes sint filij acquirentis: ita Bald, *in Authent. qui rem, num.* 5. *C. de sacros. Eccles. & in l. vnic. num.* 4. *C. de priuileg. dot.* Boër. *quæst.* 276. Socin. *in l. cum vir, ff. de condit. & demonstrat. num.* 7. patet exemplo posthumi instituti tempore prioris vxoris, quæ institutio extenditur etiam ad posthumum secundæ vxoris, vt habetur *in l. placet, ff. de liber. & posthum.* per quam Alexand. ad Bald. *in l. fin. C. de indict. viduit. tollen.* tradit legatum annuum à Paulo vxori suæ relictum, ad secundam vxorem superstitem spectare. Idem docet Alex. *cons.* 171. *lib.* 2. & Boër. *d. quæst.* 276. Idem probatur ex dictis *in l. si cognatis, ff. de reb. dub.* vbi relicta legata cognatis pertinent ad cognatos tam tempore testamenti iam genitos, quàm in posterum nascituros vsque ad tempus mortis testatoris; & Glossa, & Doctores communiter; cùm omnes sint cognati: sequitur Oldradus *cons.* 212. Similiter dicendum videtur de emphyteusi *pro filiis* concessa, illam complecti non solùm filios iam natos prioris vxoris, sed etiam nascituros ex secunda, vel ex tertia vxore vsque ad tempus mortis: Cald. post alios *cap.* 13. *de potest. eligend. num.* 28.

17. Quando verò conceditur *Titio, & vxori & filiis suis*, filios duntaxat communes illius matrimonij complectitur, & pertinebit emphyteusis ad filios illius matrimonij, quia copulatiuè fit concessio, dictióque, *suis*, tempus præsens, non verò futurum respicit: *l. si ita, ff. de aur. & argent. legat.* Afflict. *in constit. rubr.* 24. *num.* 5. Peralta *in l. cùm fundus, ff. de legat.* 2.

Longè

Longè aliter dicendum eſt, ſi pater accepit emphyteuſim non Eccleſiaſticam *ſibi, & filijs, & nepotibus*, benè poteſt nominare vnum illorum ad emphyteuſim, quia voluit prouidere filiis vt hæredibus: Bald. *in Authent. ſi quas, num.6. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Alex. *in l. ſi patroni, ff. ad Trebell. num.8.* Ioan. de Imol. *in cap. potuit emphyteuta, de locat.* Quòd ſi aliquod præiudicium cæteris cohæredibus irrogetur, fit ſatisfactio per æſtimationem ipſius rei: & probatur à ſimili ex traditis per Bartol. *in l. vt iuriſiurandi, §. ſi liberi, ff. de oper. libert. n.6.* vbi ait, quòd pater qui ſtipulatus eſt à liberto operas *ſibi, & filijs*, poteſt concedere id ius vni ex filiis.

18. Ponamus item, quòd quis accipiat emphyteuſim *pro ſe, & filijs*, eſto non ſint hæredes patris, quid iuris? Dico quòd ſi nulla mentio facta ſit de hæredibus, poſſe venire ad filios, eſto non ſint hæredes patris: tenet Bartol. *in d. l. vt iuriſiurandi*, & eſt communis, teſte Alex. *conſ.8. num.3. & conſ.119. num.4. lib.5.* Quod intellige ſiue ſit emphyteuſis Eccleſiaſtica, ſiue profana: quando verò facta eſt mentio de hæredibus, non poſſunt vocari filij niſi ſint hæredes ſimul Exigitur enim tunc duplex prærogatiua ad ſucceſſionem emphyteuticam: prior, quòd ſit filius; poſterior, quòd ſit hæres: Bartol. *in d. l. vt iuriſiurandi, §. ſi liberi, num.4.* Eſtque opinio communis, vt ait Alex. *conſ.128. poſt num.6.* ſiue etiam ſit res data in emphyteuſim Eccleſiaſtica, ſiue à priuato conceſſa, iuxta communem; vt tradit Conar. *lib.2. reſolut. cap.18. n.3.* ſequitur Iul. Clar. *verbo, emphyteuſis q.37. num.1. & 2.* Vnde colliges quòd poteſt filius repudiata hæreditate accipere emphyteuſim conceſſam *pro filiis*, abſque vlla mentione hæredum: ita Salycet. *in Authent. vnde ſi parens, num.5. C. de inoff. teſtam.* Secùs dices quando conceſſio fuit facta *pro filijs, & hæredibus*, in hoc caſu non poteſt filius repudiata hæreditate emphyteuſim retinere, vt ait Iaſon *in l. ſi non ſortem, §. libertus, poſt n.35. ff. de condict. indebit.*

19. Ex traditis reſolues *ex l. ſi vir vxori, ff. de condit. & demonſtr.* ſi vir vxori centum leget, cùm filios habuerit; ex voluntate legantis intelligendos eſſe filios ex eo matrimonio, & non ex alio ſuſcipiendos. Item conceſſio facta filiis certæ vxoris, ad filios alterius non eſt extendenda: ſic Pariſ. *lib.2. conſ.52.* cùm limitata cauſa limitatum producat effectum: *l. in agris, ff. de acquirend. rer. domin.* Prætetea ſecundùm text. *in l. filius à patre, in princip. verſ. quis ex certa, ff. de liber. & poſthum.* inſtitutio facta poſthumo naſcituro ex certa vxore non complectitur poſthumum ex alia natum: Bartol. *in dict. l. placet, ff. de liber. & poſthum.* quamuis inſtitutio poſthumi porrigatur ad poſthumum quemcunque ex quacunque vxore naſciturum: *d. l. placet.* Colliges denique ex dictis *vbi ſupra §. quod præſertim vim habet*, poſſe vxorem, quæ obtinuit emphyteuſim nominare filios ſuos etiam ſecundi matrimonij relictis filiis ſuſceptis ex primis nuptiis. Vide reliqua *ibi*, ſi conceſſio non eſt pro filio vtriuſque.

20. Ad argumentum, reſpondemus conceſſionem factam *pro marito, & vxore Bertha, & filio vtriuſque*, reſtringendam eſſe ad filios illius certæ vxoris, non enim poteſt extendi ad filios alterius vxoris, niſi ad filios vxoris expreſsè nominatæ: ſic Bartol. *in d. l. placet*, Gama *deciſ.351.* Alex. *2. vol. conſ.171.* Eſtque longè diuerſa forma conceſſionis *pera hum filho d'antrambos*, cùm illa dictio *vtriuſque* ſit collectiua; à conceſſione facta *marito, & vxori, & eorum liberis*, quæ latiùs patet, nec reſtringitur ad filios communes, ſed ad particulares; & æquipollet conceſſioni factæ ſub hac forma *& eorum*, ſeu *cuiuſlibet eorum filijs*, ideò ad filios quoſcunque poteſt extendi: Corne. *lib.2. conſ.265.* Pariſ. *lib.1. conſ.6.* At verò facta *pro filio vtriuſque nominando*, reſtringitur ad filium primi matrimonij, cùm ſit forma complexiua; & copulatiua comprehendit filium non alterius duntaxat, ſed amborum: ita Ripa *in l. hæredes mei, §. cùm ita, num.1. ff. ad Trebellian.* Bartol. Imol. & Paul. *ibidem*, idem Bartol. *in l. penult. C. de impuber.* imo Cald. *de poteſt. c.13. à num.53.* dixit ſe aliquando reſpondiſſe conceſſionem factam *pro marito, & vxore, & eorum filijs*, ſeu *ſuis liberis* minimè extendendam ad filios ſecundi matrimonij; imo potiùs ſe conſuluiſſe in fauorem filij prioris matrimonij: ponderabat enim verba illa, *pera vos, è pera voſſa mulher, è hum de voſſos filhos, ou filhas, qual o derradeiro delles, que mais viuer nomear.* Quæ verba cùm ſint complexiua æquipollent illis, *pera hum filho d'antrambos*, reſtringenda ſunt ad filios communes: quod innuit Imol. & poſt illum Iaſon *in l. certi condictio, §. quoniam, num.18. ff. ſi certum petat.* reſoluentes huiuſmodi formam conceſſionis reſtringendam eſſe ad filios iam natos tempore conceſſionis factæ, niſi ſit contraria conſuetudo: vbi nota reſtrictionem ad iam natos, duntaxat, ex eo quòd dictio *ſuus, ſua, ſuum*, in aliqua diſpoſitione poſita, denotat tempus præſens: per *l. ſi ita, ff. de aur. legat.* Peralta *in l. cùm fundus, ff. de legat. 2.* Cald. *vbi ſupra, à num.54. vſque ad 58.* vbi concludit hoc habere locum in emphyteuſi marito ab vxore data, aut in manu dominicali renunciata cum clauſula, quòd concedat illam *marito, ſibique, & eorum filio nominando*; in quo caſu præferendus eſt filius primi matrimonij: nec eſt in manu patris ad emphyteuſim vocare filium ſecundi matrimonij, exſtante ſobole prioris ex traditis *in l. fœmina, C. de ſecund. nupt.* ſic Alex. *conſ.119. num.5. vol.5.* vbi loquitur de conceſſione pro cuiuſlibet eorum filiis, in quo euentu ſi emphyteuſis ſit paterna, & forma conceſſionis ea ſit, vt admittat filios ſecundi matrimonij, prætermiſſis filiis prioris matrimonij, ex ſecundo nati ſunt vocandi à patre ad emphyteuſim. Iam verò ſi emphyteuſis proceſſit à patre, & reformari petiit ipſe in fauorem vxoris, & filiorum, nominatus à parente procedere debet, ſi conſtet emphyteuſim à patre vel fuiſſe acquiſitam, vel proceſſiſſe: ita Cald. conſuluit *de nominatión. quæſt.15. n.35.* niſi obſtet contraria per annos multos conſuetudo; quæ ſit forſan in ſuo vigore, & robore: quod intellige de emphyteuſi conceſſa *pro filio vtriuſque*, quia teſte eod. Cald. in eo euentu filius vtriuſque præferri debet.

---

§. XIX.

Vtrùm Eccleſiaſtica emphyteuſis poſſit concedi in perpetuum; ſicut emphyteuſis priuata?

EPITOME.

1 *In dubio præſumitur emphyteuſis conceſſa ad tertiam generationem.*

2 *Emphyteuſis Eccleſiaſtica poteſt concedi in perpetuum.*

Emphyteuſis Eccleſiaſtica olim ad duas vitas concedebatur, hodie permiſſa eſt pro omnibus deſcendentibus.

3 *Emphyteuſis priuata ſi non conſtat pro quo tempore ſit conſtituta, præſumitur perpetua.*

4 *Emphyteuſis Eccleſiaſtica conceſſa ſine termino præfixo, cenſetur vſque ad tertiam generationem.*

5 *Imò in perpetuum poteſt concedi.*

6 *Si addatur clauſula, quibuſcunque, pro quibuſcunque*

cunque heredibus etiam extraneis concedi potest.

1. IN dubio præsumitur vsque ad tertiam generationem emphyteusis Ecclesiastica, nisi aliud probetur, cùm ad tertiam generationem sit eius propria natura; *§.emphyteusim, in Authent. de non alien.* & ita intelligit Bald. *in l.2. n 6. C de iur. emphyt.* vbi quærit in specie si ex præscriptione probetur emphyteusis, qualis censeatur? & Respondet emphyteusim Ecclesiæ in dubio præsumi concessam vsque ad tertiam generationem: per *d.§. emphyteusim*, nisi aliud probetur; quia probatio præfertur præsumptioni, eámque excludit: *l.cùm de indebito ff de probationibus.* Si verò sit emphyteusis sæcularis, in dubio præsumitur in perpetuum concessa; quia eius est natura vt sit perpetua, & æquiualet veritati hæc præsumptio: sic Bald. *cit. & nos in l.1. ff de seruit. & aq.* Mantic. *tom.2. de tacit. & ambig. de emphyt. lib.22. tit.5. num.15. fol.394. col.2.* proinde si quis acquisiuit emphyteusim Ecclesiæ ex præscriptione 40. annorum, hoc ius non extenditur nisi vsque ad tertiam generationem, Bald. *in cap. vlt. de feud. dat. in vul. leg. commiss.* Probatur ex eo quòd emphyteusis Ecclesiæ simpliciter concessa sine discrimine personarum, debet intelligi ad tertiam generationem: per *d. § emphyteusim*, & satis est quòd præscriptio æquiparetur veritati: Couar. *variar. resol. lib 3. cap.10. num.4* multis *ibi* citatis. Neque in dubio emphyteusis Ecclesiæ præsumitur perpetua; quia accipi debet emphyteusis eo modo vt citiùs quàm fieri possit ad Ecclesiam redeat: Cæphalus *cons.297. num.18.*

2. Nihilominus emphyteusis perpetua ab Ecclesia etiam in rebus sterilibus, & ruinosis potest constitui; quia ob id contrahitur vt meliores reddantur: *l.1. C. de iur. emphyt. §. adeo*, com Gloss. *in verbo, emphyteoseos, instit. de locat. & conduct.* Quòd verò res steriles possint concedi in perpetuum in emphyteusim, dicitur *in cap. ad aures*; & *ibi* notat Abbas, & alij, *de rebus Eccles. non alien & Authent. si quas ruinas*, & *ibi* Bald. *C. de sacros. Eccles.* Mantica *præallegatus tit.6 num.9. & tom 1. lib.5. tit.5. num.35.* vbi ait permissum esse vt emphyteusis Ecclesiæ possit concedi in perpetuum, vt habetur *in §. licentiam, in Authent. de alien. & emphyt. & tom.1. lib.22. tit.7. num.20.* quia licèt olim emphyteusis Ecclesiæ non possit concedi vltra secundam generationem, hoc est vltra filios, & nepotes, *§. emphyteusim, in Authen de alien. & emphyt.* hodie verò in perpetuum permissa est pro omnibus descendentibus, *§. Licentiam, eod tit.* Glossa *in §. alienationis*, & sequitur Iacob. de Belu. multis *ibi* citatis, Iul. Clar. *§ emphyteusis, quæst.6. vers. quæro vsque ad quam generationem* Gozad. *cons.25. num.20.* Alex. *cons.180. num.19. lib.5.* vbi ait posse concedi pro omnibus descendentibus vsque ad infinitum: Valasc. *de iur. emphyt q.1. num. 12.* dicens primordialem naturam contractus emphyteutici esse quòd sit perpetuus: per text. *in §. adeo, Instit. de loc. & cond.* ibi: *de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur*, post plures *ibi* citatos. Pro qua parte stat regula text. *l.fin. C. de legat* vbi habetur quòd omnis contractus, ex quo transfertur dominium, censetur esse perpetuus, nisi aliud contrahentes egerint: Vnde colligit Ang. in *Authent. de non alien §. emphyteusim, ex n.19. col.2.* emphyteusim concedi in perpetuum, si non constet fuisse concessam ad vitas: & colligitur ex textu expresso *d §. adeo, Instit. de locat & l.3. C. de fund patrimon. lib.11. & cap. ea enim, § perpetuo, decima quæst 2.* Quod probatur ex traditis à Iulio Claro, *§ emphyteusis, quæst. 6. §. sed nunquid, num.4.* quia si res Ecclesiæ possunt alienari pleno iure, modò subsit legitima causa, & debitæ solemnitates interueniant; a fortiori poterunt alienari respectu dominij vtilis: quæ opinio est communis teste Grato *cons.128. lib.2. num 6.* Roland. à Valle *cons 96. à num.16. lib.1.* vbi ait posse concedi emphyteusim Ecclesiasticam in perpetuum: Bald. *in l.2. C. de iur. emphyt. & in cap.1 de feud. dat. in vic. leg. commiss.* & textus allegatus *in § licentiam, in Authent. de alienat. & emphyt.* vbi ex noua constitutione datur licentia vt possit concedi ab Ecclesia perpetuò, ac locari quod ius corrigit iura præcedentia. Pro qua parte facit posse Ecclesiam alienare res suas interuenientibus debitis solemnitatibus, & legitimis causis, ita vt ad hæredes extraneos transferantur; vt *in Authent. hoc ius porrectum, C. de sacros. Eccles. cap. sine exceptione, 7. q.2.*

Igitur à fortiori ratione debet permitti huiusmodi concessio, quæ impropriè respectu ipsius dicitur quædam alienatio: quam sententiam tradunt Imol. Abbas, & Felin *in cap. in præsentia, de probation.* Socin. *cons.266. vol.2.* Corneus *cons.15. vol.3. cons.100. in princip. vol.4.* quam etiam partem nempe posse concedi in perpetuum in emphyteusim res Ecclesiæ, tenet Ioan. Andr. *in addit. ad Speculat. in tit de locato; §. nunc aliqua, vers. 113. num.139. in fin. & in cap. in præsentia, col.7. vers. in gloss. 1. ibi: naturales, de probation.* Salycet. *in Authent. si quas ruinas, num.1. C. de sacros. Eccles. & in l.2. num.30. C. de iur. emphyt.* & Alex. *in l. quod dicitur, num.18. de verbor. obligat.* & Ruin. *cons.67. num.2. lib.1.* quibus accedit doctissimus Caldas pater *in secundo respons. pro societate, num.2. & num.12.* Molin. *tom.2. de iustit. disp. 445. fol.1240.* vbi omnes tanquam certum supponunt posse res Ecclesiæ tradi in emphyteusim perpetuam: atque ita iudicatum tradit Gam. *decis. 323. num.1.*

3. Pro emphyteusi priuata, illud certum, in dubio quando non constat pro quo tempore sit constituta, esse in perpetuum; cùm natura illius est, vt sit perpetua: sic Bald *in l.1. in princip. si ager vectigal.* & *ibi* Angel. idem Angel. *in §. emphyteusim, in Authent. de non alien.* Roman. *in l. etiam filij, num 15. ff. solut. matrim.* Alex. *in l. qui in aliena, in princip. num.14. de acquirend. hered.* Secundò quia cum ex emphyteusi transferatur vtile dominium, eius natura est, vt sit perpetuum; *l. vltim. C. de legat.* proinde secundùm eius naturam præsumitur concessio fieri in perpetuum: *l. obligationum, § placet, ff. de obligat. & action.* qua ratione vtitur Bald. *in l.2. C. de iur. emphyt. num.3.* Iason *num. 160.* Sed meo iudicio non satisfacit hæc ratio; quia in emphyteusi Ecclesiastica etiam vtile dominium transfertur, & tamen quando constituitur sine termino, non præsumitur concessio perpetua: ideò magis placet communis resolutio tenens emphyteusim à priuato concessam simpliciter, in dubio præsumi perpetuam: vt tradunt Socin. sen. *cons.50. num.16. lib.4.* Iason *in d.l.1. num.161. de iur. emphyt.* sequitur Menoch. *cons.372. num.5.* Quod adeò verum est, vt etiam procedat si emphyteusis sit constituta ope, & virtute præscriptionis; quod contingit quando aliquis per longum tempus rem possedit tanquam emphyteuticam, soluto semper canone annuo; quia in hoc euentu omnia fieri solita præsumuntur præcessisse esséque solemniter acta: sic Bald. *in d.l.2. C. de iur. emphyt. num.6.* & Angel. *in l. male agitur, eod. tit. & in l. qui luminibus, de seruit. verba. prad & & in l. prætor, §.1. ff. de eden.* Iason *in d l 2. C. de iur. emphyt. à num.160.* qui quamuis loquantur generaliter, sunt intelligendi de concessione facta à priuato; vt in terminis loquitur Iason *vbi supra* Ruin. *cons.61. n.3. & cons.63. num.7. & cons.76. n.3. lib.1.* Alex. *in l. qui in aliena, in princip. n.2. ff. de acquir. hæred.* Couarr. *variar. resol. lib.3. cap.10. n.4.*

4. Secùs in emphyteusi Ecclesiastica ex præscriptione 40. annorum inducta, *cap. de quarta, de præscription.* quia

quia hoc ius non extenditur in infinitum, sed ad tertiam generationem: sic Bald. *in cap.vlt. de feud.dat. in vic.leg.commiss.* eò quòd emphyteusis Ecclesiasti-
4. ca simpliciter concessa sine præfixo tempore non extenditur vltra tertiam generationem: *d.§.emphyteusim.* Igitur ex præscriptione facta emphyteusis, ad istum terminum deducetur: Couarr. *d.cap.*10. *num* 4. post Iason *in d. l.* 2. *num.* 160. *vers. idem etiam tenet*, quos sequitur Mantica, *tom.*1 *de tacit. & ambig. lib.* 22. *tit.* 5. *per totum*, maximè *ex num.*14. quia præscriptio æquiparatur veritati: Roman. *l.sed etsi possessori, num.*10.*&* 11. *ff de iureiur.* Denique nota emphyteusim Ecclesiasticam omnibus descendentibus posse hodie concedi, *§.licentiam, in Authent.de alien.& emphyt* Specul. *de locat.§.nunc aliqua, num.*7. *vers.sed dic,*
5. *quod Ecclesia concedere potest in perpetuum.* Salycet. *in l.*2.*num.*3.*in princip.C.de iur.emphyt.* Ruin.*cons.*167. *num.*1.*lib.*1. quia hodie potest concedi vltra tertiam generationem; Mantic. *d lib.*22. *tit.*9. post alios, *n.*5. *§.hoc amplius*, Gam. *d.decis.*323. *num.*1. *per text.in d.§. si quas ruinas.* Perus. *in cap fin.in princip de reb. Eccles. non alien.* vbi dicit posse ab Ecclesia res incultas tradi in perpetuam emphyteusim.

6. Item emphyteusis concessa ab Ecclesia sine præfinito tempore non transit ad hæredem extraneum, nisi ita conuentum sit: ita not. *in l. etiam si filij, in princip. ff. solut. matrim.* Bald. etiam subdit *in l.*1. *in princip. si ager vectigal.* ideo non potest esse perpetua, sed ad tres vitas, nisi aliud probetur; quia hæc est eius propria natura: *§ emphyteusim, in Authent.de non alien.* dixi, *nisi aliud probetur*, quia probatio præsumptionem excludit: *l. cùm de indebito, ff. de probation.* poterit tamen ad hæredes extraneos transire, si concedatur pro quibuscunque hæredibus, si concessio facta sit ex causa necessitatis, vel euidentis vtilitatis, & cum solemnitate debita; quia his duobus dominium directum potest transferri ab Ecclesia; quanto magis vtile? Iul. Clarus, *§.emphyteusis, q.*6.*vers. sed nunquid poterunt.* Grat. *cons.*128.*n.*6. *lib.*1. Hieron. Gabriel *cons.*76.*n.*6.*lib.*1.

---

§. XX.

Vtrùm vltra illegitimos dentur alij inhabiles ad obtinendam emphyteusim.

EPITOME.

1 *Potentiores sunt incapaces ad nominationem passiuã.*
2 *Concubina clerici est inhabilis.*
3 *Concubina non potest petere salarium pro seruitio.*
4 *Secùs in foro conscientiæ.*
Turpe secundùm se non tollit esse pretio æstimabile. num.eodem.
Ob turpem causam potest accipi pretium moderatum. ibid.
5 *Iudex pro ferenda iniustè sententia potest accipere pretium.*
Emphyteusis cum potestate nominandi quem volueris, non facit facultatem nominandi inhabiles. ibid.
6 *Fœmina quinquagenaria potest nominare virum deficiente prole, vel ascendentibus.*
Secùs si habuerit descendentes capaces. ibid.
7 *Sed quid si nominet maritum filiis extantibus, est ne nominatio nulla.*
8 *Vt non possit fœmina nominare requiritur ætas quinquagenaria completa tempore contractus matrimonij.*
Semel exclusus semper manet exclusus. ibid.
9 *Maritus non potest nominare vxorem quinquagenariam.*
Quid si fœmina non habeat, vir verò habeat emphyteusim, poteritne vir eam nominare? num. eodem.

Ratio dubitandi est, quia *in l vltim. C. de iur emphyt.* sic dicitur, *si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas, & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonẽ*, & hæc ibi. Vnde colliges aliquas personas prohibitas, & inhabiles reperiri ad emphyteusim, quando ex illis non possit recuperari pensio in recognitionem dominij directi. ideo Iulius Clar. *§. emphyteusis, quæst.*22. existimat potentiores iis, qui possederunt emphyteusim esse incapaces, non ex iure, sed ex consuetudine, & praxi: Alex. *cons.*9.*lib.*3. *num.*5. & Bald. *in cap qua in Ecclesiarum, de constit.* dicunt esse hoc prohibitum quoties deterior fit conditio domini ex alienatione in potentiorem, vt etiam resoluit Glossa, Bald. & Salyc. *in l.fin.C.de iur. emphyt.* quod procedit quando nulla clausula fuit apposita quòd alienatio fiat in personas eiusdem conditionis, & non altioris iis, qui emphyteusim possident: & à fortiore, potentiores erunt incapaces, si in emphyteuticã concessione id sit specialiter vetitum, quod non transeat ad potentiores, à quibus cum difficultate pensio exigitur. Nomine verò, *Potentioris*, est ille hoc loco, qui respectu emphyteutæ, qui possidet, est multò potentior siue genere, siue statu, siue iurisdictione, siue ratione fori, ac mutatione. Quæ resolutio cõsonat praxi huius regni, quæ solet apponere in concessionibus clausulas, quòd non possit nominari ad emphyteusim quispiam maioris conditionis, quàm sit ipse accipiens. Quòd si potentior ex aliquo casu vocetur à lege ad emphyteusim, quemadmodum potest fieri in eo, qui præscriptione obtinuit, non potest expelli à potentiore: vt notat bene Socin. *lib.*2.*cons.*266. *num.*44. si legitimè præscripserit. Quòd si filius vel literis, vel dignitate aliqua potentior sit, non remouebitur ab emphyteusi descendente à patre; neque enim potentior dici potest quàm pater: Tiraquell. *in princip. l si vnquam, C. de reuoc.donat. num.*17. multis *ibi* citatis, Curt. senior *cons.*61. vbi ponit exemplum in filio Clerico. Cephalus *lib.* 1. *cons.* 161. *num.* 26. & Guiliel. *in cap.Raynut.verbo, mortuo itaque, in* 2. *num* 56.*fol. mihi* 395. 1.

2. Sed quid dicendum de concubina clerici, poterítne ab eo nominari ad Emphyteusim? Respondeo non posse: sic doctissimus Gonçallus Vaz Pinto *in l. sed sciendum, col.*4. *ff.ad Trebell.* & rursus *in l.ex facto, §.si quis rogatus, num.*1. *eodem tit.* ex traditis à Bald. *in Authent.si quas ruinas, col.*2. *in princip. ante vers. vlterius credo*, dicente non posse quempiam stipulari Ecclesiasticam emphyteusim *pro se, & concubina sua*, quamuis possit *pro vxore.* Idem Palatius Rub. *in rubric.de donat.inter vir.& vxor.§.*60.*num.*8. vbi dicit ex Bald. non posse Amasium pro sua concubina acquirere sibi, & illi, emphyteusim Ecclesiasticam; quia non licet in loco honesto inhonestas personas collocare: si verò non sit emphyteusis Ecclesiastica, potest *pro se, & pro concubina* capere, ac proinde potest concubinam nominare: ita Bald. & Palatius *d. num.*8.

3. Nec obstat dicere clericos teneri seruitia soluere concubinis: quia id negatur, neque hæredes clericorum: sícque fuisse iudicatum testatur Gam *decis.*106. & colligitur ex doctrina eiusdem *decis.* 58. Cabed. *p.*1.*decis.*116. vbi tradit non posse concubinam Clerici petere ab eo mercedem operarum, quas illi præstitit; quod ita fuit iudicatum sæpe *ibi* ait, & quod denegatur

denegatur actio vbi versatur dantis, & accipientis turpitndo, *l. vbi autem, l. si ob turpem, ff. de condiction. ob turpem causam*, & in pari causa turpitudinis melior est conditio retinentis: Palat. *in rubric. de donat. inter virum & vxorem*, §. 39. *num.* 6. *vers. ex alio*, Gomes. *l. Taur.* 50. *num.* 68. dicens posse Amasium donare suæ concubinæ, valeréque donationem, per *l. affectionis, ff. de donation.* & *ibi* Gloss. Bartol, & communiter Doctor. text. *in l. donationes in concubinam, eodem tit.* competitque concubinæ datorum retentio, & actio promissorum: sic Bartol. contra Gloss. *in d. l. affectionis*, Anton. Gomes. *d. num.* 68. quod procedere ait in homine priuato, non verò in milite, neque in Commendatariis sancti Iacobi, & sancti Ioannis, & similibus, neqne in Clericis, qui sunt milites cælestis militiæ. Quod qnamuis id videatur habere locum in foro externo, in quo huiusmodi mercedem non deberi pro seruitio præstito durante concubinatus tempore, in foro conscientiæ aliter dicendum videtur tam in milite,
4. quàm in Clerico, in vtroque enim par ratio videtur inesse: quocirca omne seruitium tam militi, qnàm Clerico exhibitnm à concubinis esse soluendum, quod ipsæ exhibuerunt non tanquam concubinæ, sed tanquam domesticæ famulæ. Similiter possunt ipsæ retinere omne id, quod tanquam iustum pretium pro sui corporis quæstu receperunt; donationes verò liberales, ac gratuitas nullo modo possunt ipsæ neque in foro conscientiæ, neqne in exteriore retinere; cùm in fauorem militum sæcularium omnes ab ipsis factæ donationes nullæ sint: per *l.* 2. *C. de donationib. inter virum & vxor.* vt tradit Molin. Theolog. *tom.* 2. *de iustit. disputat.* 275. *ad fin. vers. illud occasione eorum*, Gomes. *d. l.* 50. *Tauri, num.* 68. *vers. secùs verò in milite*, vbi idem ait de Clerico, secundùm Bartol. quem sequitur *in l. miles ita*, §. *mulier, ff. de milit. testament.* & Glossa *ibi*, & Scribentes, posséque hæredes militis, & Clerici repetere sic ab ipsis donata concubinis, secundùm Gammam *d. decis.* 58. *vers. hæredibus.* Itaque, competere repetitionem donati verius videtur. Neque obstat Arrestum, de quo Cabed. *p.* 1. *decis.* 116. *num.* 4. Quoniam id procedit in foro externo, non verò in foro conscientiæ, in quo dicimus deberi salarium pro seruitio etiam turpiter exhibito, & pro delicto illius commisso, postquam commissum est: quia esse quid de se turpe, seu vetitum, non tollit esse pretio æstimabile; non quatenus malum, seu peccatum, sed quatenus delectabile, vel ratione laboris, seu periculi, quibus se exponnnt delinqnentes. Vnde certum, spectato iure naturæ, absque vlla iniustitia, & obligatione restituendi, propter turpem causam posse accipi pretium moderatum: ita D. Thomas 2. 2. *quæst.* 32. *art.* 7. Caietan. *ibi*, & *quæst.* 62. *art.* 5. *ad* 2. Adrian. *de restitut.* 9. *Oritur alia quæstio, an meretrix.* Panorm. *cap. quia plerique, de immunitate Eccles. num.* 12. Sot. *de iustit.* 4. *quæst.* 7. *art.* 1. *ad* 2. Couarr. *Regul. peccatum, p.* 2. §. 2. *num.* 1. & Nauarr. *in summa cap.* 17. *à num.* 30. quamuis Couarr. credat non posse Iudex pro ferenda iniustè senten-
5. tia quicquam accipere: Sed minus benè, cùm oppositum sit commune. Vnde iura, quæ reddunt nullos contractus de re turpi, vel loquuntur ante rem turpem patratam, vel in foro externo: In interno verò absque vllo peccato post rem turpem commissam possunt petere delinquentes, saltem extra iudicium: vide Molin. *tom.* 1. *de iustit. disput.* 94. 1. *conclus. cum sequentib.* vbi traditam doctrinam confirmat.

Sed qnid dicendum quando emphyteusis fuerit nominandi *pro quibus dederis*, seu cum potestate nominandi *quem volueris*, seu *quoscunque volueris*, poterítne emphyteuta nominare inhabiles? Respondeo negatiuè: proinde nec potest nominare spurium, vt dixi; neque fœmina quinquagenaria nubens, maritum; secundùm legem Regiam *lib.* 4. *tit.* 105. *in fine*, ibi: *Etendo bens em que aia de nomear, naon podera o marido com quem assi em tal idade casar*: quòd si nominet, actus est nullus ex dictione *non poterit*, quæ nullitatem inducit, ex *l. nemo potest, ff. de legat.* 1. quia hæc potestas nominandi restringitur ad habiles, & non probibitos; namque omnis concessio, seu potestas nominandi debet intelligi secundùm naturam rei de qua agitur: Alexand. *cons.* 106. *num.* 3. *iuncto princip. volum.* 4. Roland. *lib.* 1. *cons.* 3. *num.* 14. & 16. Cùm ergo spurius, & quinquagenaria sint de prohibitis, nec ipse potest nominari, nec illa nominare virum, cum quo in ea ætate contraxit, contractus enim emphyteuticus exigit personas habiles, & non prohibitas.

6. Nihilominùs notandnm fœminam quinquagenariam suum virum posse nominare, si filios, aut descendentes non habuerit tempore contractus: sic recte doctissimo Barbos. *in Remissionib. ad* 4. *lib. tit.* 105. *ad princip. num.* 5. consuluit D. Antonius Franciscus Brauaræ: quod etiam dic si filios habeat, incapaces tamen succedendi; cùm non habere filios, vel habere, sed incapaces, idem sit: ex traditis à Bartol. *in l.* 1. §. *fin. num.* 3. *ff. de bonorum possess.* Sic etiam si filij extent, sed consentiunt nuptiis maternis: ita Boër. *decis.* 46. *num.* 6. Petr. Pecbi. *de testament. coniugum, lib.* 4. *cap.* 10. Suffragatur Gloss. *verbo, copulantur, in Authent. de non elig. secundo nub.* §. 1. *gloss.* 1. In iis casibus poterit fœmina quinqusgenaria virum suum nominare; secùs si filios habeat, aut descendentes capaces, qui nuptiis maternis consensum nullatenus præstiterunt; sed solum tertium illi potest relinqnere, vt lex Regia *ibi, d. tit.* 105. disponit: cætera verò bona alienare nullo modo poterit.

7. Quòd si prætermissis liberis, & agnatis mulier quinquagenaria maritum nominet, nulla est nominatio ipso iure; ex l. Regia resistente *lib.* 4. *tit.* 105. §. *fin. Nao podera nomear o marido com quem em tal idade casar.* Quæ verba auferunt fœminæ potestatem nominandi si aliter faciat: per Scribentes *in l. nemo potest*, & emphyteusis sic inutiliter nominata, sicut cætera bona alienari prohibita à quinquagenaria ad filium pertinebunt: ex regula; Lucrum, quo quis spoliatur, est concedendum illi, cuius fauore ablatum est: per text. *in l. si legatarius, C. de legat.* & *in l. post legatum*, §. *amittere, ff. de his, quibus vt indign.* quæ doctrina est vera secundùm Bartol. *in l.* 2. §. *videndum, ff. ad Tertullian.* Iason *in l.* 1. *col. fin. num.* 6. *vers. Limitata. ff. de his, quibus vt indign.* & *in princip. Instit. de action.* Baëça *de melior. filiabus, cap.* 35. *num.* 6. & in fauorem filiorum prioris matrimonij interdicta fuit fœminæ quinquagenariæ nominatio in secundum maritum, qui ob descendentes fuit exclusus. Quocirca filiis debet adiudicari emphyteusis in maritum alienata. Quòd si filij non extent, potest dici; si filij defecerunt post nuptias contractas, emphyteusim pertinere ad proximiores agnatos sicut cætera bona quasi à lege vocatos, & hæredes institutos in duabus partibus bonorum quinquagenariæ. Verius tamen puto si emphyteusis est de nominanda aliqua persona, nominato ad illam marito inutiliter expirare emphyteusim, & ad dominum directum reuerti, perinde ac si nemo ad illam esset nominatus, secundùm leg. Re-

giam *lib.* 4. *tit.*36. *num.* 2. quia idem eſt non nominare, ac nominare nulliter, eò quòd actus nullus non eſt actus, & pro non facto habetur, text. *in l. ſi cui, §.1. ff. de oper. libert.* & propterea teſtamentum nullum non eſt teſtamentum; *l.2. §. 1. ff. quemadmod. teſtam. aper.* & exhæredatio nulla non eſt exhæredatio; *l. cum putauit, §. non quæuis, ff. de bon. poſſ. contra tabul.* Sic in noſtro caſu cùm nominatio pro marito ſit nulla ipſo iure, cenſetur quinquagenaria deceſſiſſe nemine nominato, & conſequenter expiraſſe emphyteuſim, ad dominúmque reuerti: Cald. *de poteſt. eligend. cap.*1. *n.* 54. niſi dominus voluerit maritum ab vxore nominatum ad emphyteuſim admittere.

8. Addo interdictam eſſe poteſtatem nominandi quinquagenariæ maritum, ſi quando contraxit, ætas illa erat completa. Item ſi quando contraxit filios habebat; quòd ſi eo tempore filios non habebat, non procedet lex Regia, *dict. tit.* 105. *verbo, tendo filhos.* Quæ qualitas debet verificari tempore celebrati ſecundò matrimonij, ex *l. in delictis, §. ſi extraneus, ff. de noxalibus.* Soares de Paz *in praxi tom.*1. *part.*7. *cap. vnico, num.*97. Item quamuis tempore mortis ſuæ iam non habeat filios quinquagenaria, non poterit proinde nominare maritum, quia ſatis eſt eos habuiſſe tempore, quo nupſit; quorum reſpectu illi fuit prohibitum nominare ad emphyteuſim maritum, & cætera bona alienare; & ſufficit adimpleta conditio vt nominare non poſſet, licèt ex pòſt facto corruerit: ſic Baëça *de non melior. filiab. cap.*10. *num* 7. ſicque explicat leg. Regiam *lib.*4. *tit.*105. *§. fin.* Cald. Pereira *de nominat. quæſt.*16. *num.*11. obſeruandam eſſe, etſi, filij poſt contractas nuptias ſecundas moriantur: quod multò ante prædixerunt Socin Nepos *lib.*1. *conſ.*2. *num.*33. Manduſ. *in reg. Cancellar.*34. *num.*54. Molin. *lib.* 1. *de primog. cap.* 6. *num.*16. & Mench. *de ſucceſſ. creat. §.* 27. *num.*10. Proinde maritus ab emphyteuſi propter filios exſtantes ſemel exclusus, perpetuò manet excluſus, quamuis filij quinquagenariæ poſtea conſtante matrimonio mortui ſint: ex regula; ſemel excluſus, perpetuò reputatur excluſus: ſecundùm *cap.* 1. *§. quin etiam Epiſcopum, vel Abbatem, in feudis, & ibi* Afflictus *num.*14.

9. Difficultas eſſe poteſt an maritus poſſit nominare vxorem quinquagenariam, cum qua in ea ætate contraxit. Reſpondeo non poſſe, ſi filios, vel deſcendentes habeat: quod eſt certum quando tam fœmina, quàm vir habent bona emphyteotica nominationis, ex regula correlatiuorum, de qua *in l. vlt. C. de indict. viduit.* Quod probatur ex priuilegio vxori conceſſo, quod eo ipſo conceditur marito, & è contra: *l. non tantùm, in fine, & ibi* Scribentes, *ff. de re iudicat.* Item quia in fauorem filiorum Lex Regia induxit ne fœmina 50. annorum nubens poſſet maritum ad bona ſua emphyteutica nominare. Quæ ratio habet vim tam in fœminis, quàm in viris: ſic Cabed. *part.* 1. *deciſ.*114. ſiue ille ſit quinquagenarius, ſiue non. Quòd ſi mulier non habeat emphyteuſim ad nominandum, vir autem habeat, poterit vir nominare vxorem quinquagenariam; ſicque ſe vidiſſe iudicatum teſtatur Cabed. *deciſ.* 114. *num.*18. *concluſ.*3. Ex dictis conſtat ſecundùm d. l. Regiam *lib.*4. *tit.*105. non poſſe mulierem quinquagenariam vltra tertium ſuum diſponere de duabus partibus bonorum ſuorum in fauorem, ſicut etiam non poteſt vir niſi de Tertio; ſiue quinquagenarius ſit, ſiue non: Tertium autem poteſt vterque coniux relinquere cui voluerit, quia non prohibet lex niſi communicationem in duabus partibus, Tertium verò poteſt fœmina marito, ſeu maritus fœminæ relinquere. Cabed. *ibi, num.*3. Gam. *deciſ.*310. *num.*4. Communicatio autem in duabus partibus illis duntaxat interdicitur, vt bene notat Curt. iun. *conſ.* 6. vbi id reſoluit de ſtatuto prohibente ne vir aliquid vxori relinquat: quod ait intelligendum etiam de vxore volente relinquere marito, ne poſſit relinquere; aliter inter ſocios non ſeruaretur æqualitas. Denique ſi mulier quinquagenaria nihil habeat in bonis communicabile, at maritus habeat, poterit vir communicare vxori, quia eſſe ſociam in bonis mariti redundat in vtilitatem filiorum: ſic Cabed. *ad fin. deciſ.* 114. *ſed ego dubito*, vbi innuit poſſe quinquagenariam nubentem, ſi habeat bona emphyteuta nominationis, nominare quemlibet extraneum, eò quòd Lex *d. tit.*105. duntaxat prohibet ne maritum nominet, illúmque reddit inhabilem ad nominationem acquirendam.

§. XXI.

Vtrùm bona, quæ quis emphyteuta poſſidet, præſumantur eſſe allodialia, an emphyteutica, & an teneatur emphyteuta edere inſtrumenta domino petenti illa.

EPITOME.

1 *Bona omnia præſumuntur libera conſiderata origine bonorum.*
2 *Maximè in dubio.*
3 *Prædium cohærens caſtro feudali, an cenſeatur feudale?*
Vnuſquiſque magis præſumitur poſſidere iure proprio quàm alieno. num. eod.
4 *Cenſentur bona allodialia niſi ſint in regiſtro bonorum emphyteuticorum.*
5 *Negante Actore bona eſſe emphyteutica, domino incumbit probare.*
Eſſe dominum totius territorij, non arguit eſſe dominum omnium bonorum. ibidem.
6 *Si dominus agat poſſeſſorio tenebitur ſoluere emphyteuta.*
Si agatur petitorio tenetur dominus demonſtrare bona pro quibus agit. num. eod.
7 *Confeſſio, quòd ſit emphyteuta, innuit omnia bona eſſe emphyteutica.*
8 *Oppoſitum tamen eſt probabilius, quamuis non demonſtret pro quibus agat.*
9 *Quid ſi præcipiatur emphyteuta ſub cenſura edere ſcripturas?*
10 *Quòd ſi procedatur via inquiſitionis abſque infamia, non tenetur edere.*
11 *In quo caſu Reus teneatur edere ſcripturas.*
12 *Idem ſi furatus eſt ſcripturam à Tabellione.*
13 *Non tenetur manifeſtare ſi monitorium careat clauſula iuſtificante.*
14 *Excuſabitur etiam quando dominus agit de lucro captando.*
15 *Inſtrumentum meis expenſis deductum de nota, non teneor tradere.*
Neque quando datur præſcriptio completa.
16 *Item tenetur poſſidens edere, quando inſtrumentum eſt proprium illius, qui obtinuit monitorium, niſi poſſidens ex hoc incurrat notabile damnum.*
17 *Non tenetur teſtis iurare, ſi inde ſequatur graue damnum.*

18 *Monitorium contra manifestantes, quos obliget?*

19 *Quænam causa sint iusta ad præcipiendum sub censura vt scriptura exhibeantur.*

1. PArs negatiua ex eo probari potest quia omnia præsumuntur libera si consideremus originem, ac statum primum bonorum, nisi probetur aliqua seruitus, & ista præsumptio libertatis transfert onus probandi in aduersarium: sic Bartol. *in l prim, vers. venio ad tertiam partem. ff. de non oper. nunc.* Ruyn. *cons. 45. princip. fin. vol. 1.* Paris *cons. 20. vol. 1. & cons. 23. eodem vol. num. 9.* Alciat. *cons. 491. circa fin.* Cephal. *cons. 168. num. 94 & 172. n. 7. & 205 in princip.* Chassaneus *cons. 66. num. 2.* Socin. iun. *cons. 115. n. 31. vol. 2.* & Rol. *cons. 82. vol. 2.*

2. Item in dubio bona præsumuntur allodialia, & non feudalia, vt ait Ioan. Andr. & alij *in cap. nimis, de iureiur.* Alex. *cons. 129. in princip. vol. 1.* & Scribentes *in cap. fin, in verbo, respondere, de iur.* ideò præsumuntur libera, nisi aliud probetur verè, aut præsumptiuè: vt notant Doctores *in cap. 2. tit. si de feud. fuer. controuers. inter mascul. & fœmin. de benef.* Bald. *in l. Libertas, in princip. ff. de stat homin.* & probatur, quia res emphyteutica dicitur habere quandam seruitutem, teste Gloss. *in l si cuius, § si vsusfructus, in verbo, oportet, ff. de vsufruct.* & Bald. *in cap. 1. circa vltimam column. in princip §. è contrario, de inuestitura de re aliena facta,* & quælibet res præsumitur libera, nisi de seruitute probetur; *l. altius, C. de seruit. l. fin. ff. eod.* Actor ergo debet probare contra emphyteutam negantem rem esse emphyteuticam, & probatione deficiente non obtinebit, etiamsi nihil probet Reus conuentus; *l. fin. C. de rei vend l. loci corpus, §. competit. ff. si ser. vendic.* per regulam, Actore non probante, Reus est absoluendus: vt latè tradit Alex. *cons. 129. vol. 1.* Vnde qui prætendit seruitutem alicui rei inesse, habet contra se iuris præsumptionem; quia stat in contrarium præsumptio, nempe res omnes esse liberas: *l. altius, C. de seruit.* Nam allodium dicitur quod à Deo duntaxat recognoscitur; bona verò emphyteutica à domino directo recognoscuntur: Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst. 49.*

3. Nec obstat illud quod dicitur; Prædium cohærens castro feudali præsumitur feudale, cùm accessorium sequatur naturam principalis. Quia hoc non est vndique verum, quia multa etiã sita sub territorio feudali, non proinde putantur feudalia, sed libera; vt post alios tradit Iason *in l. si prius, a num. 41. ff. de noui oper. nunc.* Menoch. *cons. 345. vol. 4. an. 2.* Imò nec res contigua feudali præsumitur feudalis, vt ait Bald. *in d c. 1. §. è contrario, n. 2.* sequitur Hieron. Montan. *in tract. de finib. regund c. 96.* Quæ sentẽtia fortius procedit in prædiis rusticis, quæ de se sunt libera, vt in specie respondet Cranet. *cons. 662. n. 14. lib. 4.* Roland. *cons. 46. n. 44. lib 3.* quia vnusquisque magis præsumitur possidere iure proprio, quàm alieno; *l. si filius famil. §. diui, vers. ydem principes, de legat. 1.* vbi Angel. nõ ergo præsumitur quis possidere vt Vasallus, atque ita nomine directi domini; *l. male agitur,* vbi Bartol. *C. de præscription. triginta, vel 40. annorum,* sed nomine proprio: Alex. *cons. 136. lib. 1.* Quòd si contingat multa prædia his vicina particularium personarum esse quidem libera, non subdita; faciliùs bona, de quibus dubitatur, sequentur etiam naturam bonorum liberorum: sic Isernia *in d cap. 1. de inuestitura de re aliena facta,* & *ibi* Afflictus *num. 11.* Brun. *cons. 127. col. 7. vers. quod si aliam. & tertiam.* & Natta *cons. 514. num. 34.* & à fortiori id procedet si in finibus illius territorij emphyteusis maior pars bonorum est allodialis, igitur residuum erit allodiale; ergo & prædia, de quibus contenditur sunt allodialia: sic Afflictus & Natta *præallegati,* & Aluarot. *in d. cap. 1. §. è contrario, num. 5.*

4. Suffragatur non esse registrata in registro prædiorum emphyteuticorum, vbi cætera bona sunt scripta, igitur non sunt nisi allodialia: ita Roland. *cons. 82. num. 50. cum sequent. lib. 2.* Natta *cons. 460. num. 9.* & probat Crauet. *cons. 111. num. 14.* Quod quando bona aliqua non reperiuntur inter reliqua collectis obnoxia registrata, præsumuntur libera ab eo onere: nam subiecta oneri solent registrari. Quibus accedunt Barbat. *cons. 18. num. 38. vers. modò in proposito, lib. 2.* Brun. *d. cons. 127. col. 24. vers. quod si vndecimam,* & Afflict. *d. cap. 1. num. 67. ex quibus causis feud. amittatur,* vbi ait bona registrata inter feudalia, esse feudalia præsumptione: non registrata verò, non præsumi feudalia. Proinde Actor in specie probare debet possessiones illas pertinere ad bona emphyteusis, & non fuisse registrata ex ignorantia: vel ex malitia, vel ex errore: sic Alex. *cons. 51. n. 21. lib. 4.* Crauet. *cons. 292. col. 4.* & Natta *cons. 313. col. 1.* & scribit Iacobinus *in rubric. ff de rei vend. n. 23.* Addo, si emphyteuta habens prædium emphyteuticum commixtum fundo libero, alienat vtrumque, & dominus agat ad emphyteuticum tanquam alienatum absque suo consensu, teneri dominum ostendere quale sit prædium emphyteuticum, alias succumbet: sequitur Bossius *in tract. causar. crimin. tit. de princip. num. 147.* Roland. *d. cons. 82. n. 17. lib. 2.*

5. Item si quis neget bona esse emphyteutica, domino incumbet probare illa pertinere ad emphyteusim, *cap. vltim. de leg. Corradi,* hoc enim est fundamentum suæ intentionis, ideò affirmans probare debet: *l. ei qui, ff. de probation l. Actor quod asseuerat, C de probation.* & præsumptio stat pro negante bona esse emphyteutica, cùm emphyteusis sit species quædam seruitutis: *l si sibi homo, §. vltim. ff. de legat. 1.* quælibet autem res præsumitur libera, nisi probetur seruitus; *l. vltim. ff. de seruit.* Bartol *l. si prius, n. 14. ff de noui oper. nunc* Ripa *resp. 20. n. 4. & n. 5. de iur. emphyt. vol. 2.*

Sed quid si dominus directus sit dominus totius territorij. Dicendum est ex eo non sequi esse dominum directum omnium prædiorum, quæ sunt in eo circuitu, quia bene potest quis esse dominus territorij quoad iurisdictionem, non verò dominus directus singulorum prædiorum: *cap. nimis, de iureiur.* vbi Abbas post Ioan. Andr. ideò debet ostendere specialem titulum quoad dominium singulorum prædiorum: sicut Imperator est Dominus totius Orbis, *l. deprecatio. ff. ad leg. Rhod. de iact.* caret tamen dominio particularium fundorum.

6. Quòd si dominus agat possessorio aduersùs emphyteutam, sitque in possessione recipiendi canonem, tenebitur emphyteuta soluere & Iudex conseruabit illum in sua possessione: Specul. *de locat. §. nunc aliqua, vers. 63. num. 80.* Quòd si dominus agat petitorio aduersùs emphyteutam, contẽtque illum expellere ob non solutam pensionem, tenebitur digito demonstrare bona pro quibus agit: quòd si non demonstret bona pro quibus agit, nec causam quare agat; succumbet. Rip. *respons. 30. n. 8. vers. ego vero, de iur. emphyt. vol. 2.* Menoch. *cons. 301 n. 9.* Bald. *in cap. 1. n. 2. de vassal. qui cont. cons Loth. benef. alien.* & constat *ex l qui accusare, C. de edend. & ex c. 1. vt Eccles. benef.* Si verò emphyteuta neget se rem emphyteuticam possidere, dominus directus tenetur probare ius emphyteuticum; quòd si probet, priuabitur iure emphyteutico propter negationem suam Angel. per textum *in l. vltim. num. 3. de rei vend.* Ripa *d respons. 30. num. 8. & respons. 2. num. 7. de iur emphy.* Cald. Pereir. *de empt. cap. 33. num. 21. ad fin. vers. idem in emphyteuta negante rem emphyteuticam, & comisso de mendacio;* vbi ait amittere possessionem: vt resoluit etiam

Mantica *de tacit.& ambig.lib.22.tit.20.n.11.* & Surdus *de aliment.tit.9.q 26.n.71.*

7 Sed quæritur quid dicendum quando emphyteuta fatetur se esse emphyteutam. Respondeo esse præsumptionem pro domino quòd omnia bona ipsius emphyteutæ sunt emphyteutica: argum. *l. pluribus ff. de acceptil.* Alberic. *in l. plures Apochis, num.2. C. de fide instrum. & in l. qui ex falsis, num.6. C. de transact.* Specul. *de locat. §. nunc aliqua, vers.62. num.79.* Ideo si emphyteuta agit contra dominum vt ostendat sibi rem, pro qua pensio soluitur, potest dominus respondere pro omnibus possessis ab emphyteuta. Imo emphyteuta ratione communis vtilitatis debet domino edere instrumentum concessionis emphyteuticæ, vt notat Bald. *in l. Prætor ait fin. §.1. ff. de eden. in princip. & in l. instrumenta, num.7. de fideicommiss.* & apertiùs de emphyteusi, *cons.225. num.1. vers. si item tenetur, lib.1.* Excipe primò nisi iuret se non habere, nec habuisse instrumentum, teste Baldo *in dict. l. Prætor ait, §. 1. num.2. vers. tertio nota, ff. de edend.* & probatur *ex l. vltim. C. de fide instrument.* Secundò excusatur ab edendo instrumento, cùm negat se emphyteutam, quia negans non tenetur exhibere instrumentum ad fundandam intentionem Actoris; *l. qui accusare, C. de edend.* Nihilominus si
8. emphyteuta non potest demonstrare pro quibus bonis pensionem soluat, non proinde præsumendum est omnia bona esse emphyteutica: sic Raphael Fulgos. *cons.227. num.1.* Afflict. *in cap.1. num.26. vers. sed vt antiquitatis, de controuers. inter fœm. & mascul.* recurrendum est priùs ad coniecturas. Nam si prædia sunt magna, pensio verò modica, præsumitur non soluisse pro omnibus bonis emphyteuta: sic Bald. *cons.109. sub num.1. vers. si autem nec si potest, lib.4.* Item recurrendum est ad instrumenta, Decius *cons.118. num.1. vers.1 per instrumentum,* & fides instrumentorum dicitur incorrupta: *l. emancipatione, C. de fide instrument.* Quando verò nullum superest instrumentum, debent adhiberi testes antiquissimi, si qui reperiantur, qui deponant de fama, cuius in contrarium memoria non existat; *l. si arbiter, ff. de probat.* & hæc fama habetur pro veritate: quæ sententia placet Fulgoso *dict. cons.227. num.1. in fine,* post Bald. *in c.1. §. Vasallus, num.9. si de feud. fuer. controuers.* Sed neque meo iudicio argumentum de modica pensione soluenda pro rebus magnis concludit, quia à principio solent res magnæ tradi in emphyteusim pro exigua pensione præstita pro recognitione dominij directi, vt Bart. *in l.1. num.4. de iur. emphyt. & in l. si mihi, & Titio, num.4. & 5. de verbor. obligat.* Cùm igitur dominus directus aliquando pro exigua pensione soleat res magnas concedere in emphyteusim, non possumus certò ex quantitate, & qualitate pensionis colligere coniecturam probabilem ad consequendum quid, & quantum tradiderit dominus in emphyteusim: vnde quando constat voluisse dominum concedere in emphyteusim, vel de hoc est probabilis coniectura pro modica pensione, omnes illas possessiones, dicendum est totum patrimonium esse emphyteuticum: secùs si non sit probabilis coniectura, nec præsumptio de hoc: vt ex traditis à Ruyno *cons.50. num.18. lib.1.* & Natta *cons.3. num.6.* deducitur: & in dubio Iudex potest designare aliquam saltem possessionem certam, eámque Ecclesiæ obligare pro solutione pensionis, quæ nec sit deterior, nec melior, vt vult etiam Raphael Fulgos. *cons.227. num.1. & 2.*

9. Sed quid si emphyteuta habeat scripturam emphyteuticam, & præcipiatur sub censura latæ sententiæ eam exhibere? Dico primò, si præcipitur vt ille, qui furatus est instrumentum alienum, seu illud detinet sine timore Dei, non obligare eos, qui prudenter abscondunt proprias scripturas, quamuis illæ contineant etiam aliquo modo ius aduersarij collitigantis: Enriquez *de censur. lib.13. cap.18. in princip.* Nauarr. *de sentent excommunicat. cons.58. in 2. edit. num.3.* post Philipp. Probum *cap.2. de constitut. lib.6. num.9.* vbi ait non esse mentem monitorium mandatis includere partem aduersam, neque illos, qui petendi consilij gratia id sciunt, quia pars non tenetur ministrare arma aduersario contra se; ex traditis à Felin. *in cap. si duobus, col. fin. de appellat.* Ratio colligitur ex fine monitorij, qui est, vt qui detinet scripturam exeat à peccato, & reddat domino id, quod iniustè retinet: per text. *in c. nouit. de iudic.*

Dico secundò, si monitorium feratur absolutè, vt quicunque tales, vel tales scripturas, de tali, vel tali causa, seu negotio habuerit, eas quamprimum intra sex dies declaret, & ad hoc proceditur via inquisitionis absque infamia, seu semiplena probatione, non manifestantem non ligari excommunicatione, quamuis sint partim alienæ, hoc est, quamuis sint communes scripturæ vtrique parti, non tenetur Reus manifestare scripturam parti aduersæ vtilem, si ex eo quod manifestet, creat sibi graue periculum, aut amittit verum suum ius: probatur *ex cap.1. de probat.* vbi ait Gregorius IX. Reum non esse cogendum edere instrumenta Actori, quæ habet apud se, cùm id sit eosem tradere aduersario contra se: Decius *ibi* id firmat, *num.12.* Bald. *in l.1. ff. de eden.* & Anton. Gabriel *tom.1. lib.9. verbo, instrumentum,* Enriquez *citatus n.2.* 10.

Dico tertiò, quando Actor habet ius, & probationes post causam iam inceptam, & per monitorium maiores, & fortiores probationes consequi curat ad vincendum, teneri in hoc casu Reum edere scripturas, seu actus iudiciales apud se detentos, siue instrumenta sint aliena, siue communia; ita Decius *in d. cap.1. de probation. num.60. vers. fallit,* Anton. Gabriel *supra,* eò quia sicut Reus semiplena probatione conuictus tenetur fateri verum, si in hoc casu semiplenè etiã tenetur exhibere scripturas. Sed verius est non teneri Reum manifestare instrumentum si ex ea manifestatione, aut traditione illi suboriatur graue damnum in iure suo, vel in expensis, vel inde sequantur contra ipsum vexationes in lite: nec proinde incurret excommunicationem, quamuis non detegat instrumentum, seu processum iudicialem: sicut testis cum graui suo damno non tenetur respondere excommunicationi: Cordub. *casu 63. ad fin.* Nauarr. *in manuali cap.25. num.50.* Bald. *receptus in cap. cum nuntius, de testib.* Sotus *de tegend. secret. memb.2. quæst.6. dub.5.* & a fortiori excusabitur, si non habet nisi transumptum; quoniam transumptum non plenè probat in iudicio: *Auth. si quis, in alio, C. de edend.* Enriquez *d.c.18. num.2. & in comment. litera G. & litera L.* 11.

Nihilominus si Reus apud se retinet instrumentum autheoticum, quod furatus est à Tabellione, vel ab aduersario, cum quo contendit, incurrit censuram, non tradendo illud, vt possit resarciri damnum per industriam illatum: sicut etiam Notarius tenetur tradere partibus scripturas ex officio: Decius *in d. cap.1. de probat. num.54.* Syluest. *verbo, Tabellio, Litera, & Confessio delicti, §.1. & sequent.* Secùs verò si instrumentum bona fide possidere inchoauit, tanquam aliquo modo proprium, sicut statum instè quæsitum conseruare fas est; esto, differat, seu retineat solutionem debiti; quia non tenetur cum amissione iusti status statim reddere debitum: sic Diuus Antoninus *2. part. tit. 2. cap.8.* Nauarrus *cap.17. num.57. ad fin.* Similiter in nostro casu, quia non potest id commodè facere, per *l. nepos* 12.

proculo,

proculo, ff. de verbor. significat. cap. faciat, 22. quæst 2.

13. Ille autem dicitur commodè non posse, qui non potest sine graui damno suo, aut suorum: Nauarr. *supra num.* 56. Non tenebitur item manifestare scripturas, si fortè Monitorium non continet clausulam iustificatiuam, nimirum, si dicat, quòd retinens hæc, vel illa instrumenta, manifestet sub excommunicatione latæ sententiæ: quòd si quis habeat causam iustam non parendi mandato in monitorio contento, accedat causam allegaturus intra terminum contentum in Monitorio: vnde si hæc clausula non fuerit in illo inserta, non ligabit monitorium: ita Probus *in cap. 2. num. 27. de constitut. lib. 6. in additionibus ad Ioan. Monach.* Nauarr. *in prælect. cap. cùm contingat, de rescript.* vbi decidit censuras latas à Iudicibus per præcepta de aliquo dando, vel faciendo nullius esse momenti, nisi contineat clausulam iustificatiuam, per quam monitorium resoluitur in simplicem citationem, iuxta Gloss. *in cap ex parte, de verbor. significat. & in l. de pupillo, §. meminisse, ff. de noui oper. nunciat.* Idem Nauarr. *d. cons. 28. n. 2.*

14. Excusabitur etiam ab edendis scripturis, quando dominus non de damno vitando, sed de lucro captando, & non de quolibet lucro, sed de odioso; & pœnali; & sic nemo cogendus est iuuare ita petentem monitorium in foro conscientiæ, quia pœna commissi, ac caducitatis non debetur in foro conscientiæ, sed post latam sententiam: per Gloss. receptam *in cap. fraternitas, 12. quæst. 2.* Nauarr. *d. cons. 38. num. 5.* & huiuscemodi monitoria non includunt nisi iniustos detentores, & iniustè occultantes: Nauarr. *in cap inter verba, 11. quæst. 3. conclus. 6. corol. 65.* Qui verò tenet sua instrumenta, non tenetur illa edere, quia retinet quod est suum: Nauarr. *d. cons. 38. num. 4. & num. 6.* & virtute monitorij nullus tenetur manifestare, quæ licitè tenet, seu probabiliter credit esse sua, & iustè retinere: neque illa, quæ scit, vel probabiliter credit esse possidentis, & ab eo iniustè retineri, quia monitorium fertur contra solos iniquè detinentes.

Nec quicquam refert si dicas, dominus deficiens in probatione sui iuris potest iustè petere monitorium ab Ecclesiastico Iudice, vt præcipiat sub censura scientes ad deponendum, & testificandum de iis, quæ iuuant probationem sui iuris: secundùm *cap. ad nostram, el. 2. de iureiur.* & subditi tenentur Superiori iustè iubenti obsequi: *cap. 2. de maioris. & obed.* Quia hoc procedit, quando petens monitorium illud iustè petit, vel quando habet ius bonum in causa.

15. Iam verò si emphyteuta occultat instrumentum suis expensis scriptum, &, vt dicitur, de nota eductum, iustè illud retinet, & domino directo canonem soluit singulis annis, nec damnum illi infert, non tenetur manifestare permutationem fortè factam à suis prædecessoribus multis ab hinc annis inconsulto domino; quia instrumentum publicum continens alienationem, licèt in eo non fiat mentio solemnitatis requisitæ, non probat eam non interuenisse; quia talis alienatio ob temporis diuturnitatem præsumitur legitimè facta: sic Nauarr. *eod. cons. 38. num. 6.*

A fortiori non tenebitur manifestare scripturam completa præscriptione, nec obstat Regula, *Possessor malæ fidei nullo tempore præscribit, de regul. iur. lib. 6.* Quia præsumitur bona fides ob temporis longitudinem, & venditio, seu permutatio præsumitur ritè, & rectè facta; ideò nec iure Dei, neque iure Cæsaris tenetur manifestare impetranti monitorium sub censura, cùm iniustè petat.

16. Extra tamen casum iustæ præscriptionis, Auila *de censur. 2. p. cap. 5. disp. 4. dub. 1.* tradit tanquam certum, quando instrumentum est proprium illius, qui obtinuit monitorium, & non est possidentis, teneri possidentem sub censura illud manifestare; eo quòd tenebatur ex iustitia id facere ante Iudicis præceptum, tenetúque ex ea occultatione ad damnum vero domino illatũ, post Syluest. *verbo. falsarius, q. 3.* Limitat tamen Auila, nisi instrumentum sit possessum bona fide, & ex ea manifestatione possidens incurreret in graue damnum; quia in hoc casu non tenebitur edere instrumentum, licèt feratur excommunicatio: Vega *lib. 3. cap. 361.* Opinatur tamen Auila si tam dominus, quàm possidens scripturam magnum detrimentum patiantur, dominus scripturæ, si illa non appareat; & possidens illam, ex manifestatione illius; teneri possidentem illam manifestare, non obstante suo graui damno emergente ex manifestatione; quia melior debet esse conditio domini scripturæ: sicut cùm creditor ex dilatione debiti patitur notabile detrimentum in bonis suis, tenetur debitor dare operam etiam cum graui damno suorum bonorum, vt debitum soluat, quia in re pari creditor debet præferri debitori.

Ego verò in hoc casu opinor verius non incurrere in censuram, possidentem bona fide scripturam, si non manifestet ob graue damnum, quod patietur; quamuis dominus scripturæ æquale reuera damnum patiatur, ex ea occultatione; modò non manifestans sit paratus resarcire damnum illatum domino ex illa occultatione. Probatur, quia iste possidebat bona fide rem alienam, & fortè iam præscripserat, & quemadmodum, qui statum suum iustè acquisitum conseruat cum bonis partim iniustè quæsitis, non tenetur reddere bona iniustè comparata cum graui detrimento bonorum iustè quæsitorum: Auila *supra*: igitur in nostro casu non tenebitur bona fide possidens scripturam manifestare eam cum graui damno; quod tamen pro eo, qui per fraudem subripuit illam, non admitto. Placet tamen quod *ibi* Auila tradit, scilicet per fraudem surripientem instrumentum, & non manifestantem propter graue damnum vitandum in pecuniis, eo damno cessante, teneri domino scripturæ satisfacere, quantum valebat spes vincendi litem, ad arbitrium boni viri, si dominus ex illa occultatione causam perdidit; sicut ex eo, qui non soluit debitum creditori, vt damnum proprium euadat, tenetur creditori ad interesse ex retardata solutione: Caiet. 2. 2. *quæst. 62. art. 8.* quod est verum, quando debitum fuit saltem iniustè contractum: Auila *ad fin. 1. conclus. fol. 72.*

17. Ex dictis sequitur summatim, testem etiam iuridicè interrogatum non teneri respondere, si ex suo testimonio sibi imminet graue damnum. Item nec Iudicem Ecclesiasticum posse obligare ad manifestandum instrumentum sub excommunicatione, nisi in illo casu, in quo si possidens esset manifestus, posset cogere illum Iudex sæcularis; & in isto casu non tenetur iste in foro animæ, seu in conscientia cum graui damno vitæ, vel bonorum parere Iudici sæculari: quia leges non obligant cum tanto detrimento. Deinde si quis non accepit scripturam per vim, vel fraudem, sed bona fide possidet, & probabiliter credit, quòd si illam exhibeat, pars contraria per exhibitionem illius, & ius suum defendet, & ipsum grauiter vexabit iniustè circa alia bona legitimè possessa, petétque ab ipso & titulum eorum, quem non habet, vel quia amissus, vel combustus est; non tenetur talem scripturam manifestare: ita Cordub. *in summa, quæst. 63.* Soto *in 4. dist. 22. quæst. 1. art. 2. post conclus. 4. in 3. casu ibi posito, & de iustit. lib. 5. quæst. 3. art. 3. fol. 422.*

Syluest. *verb. Litera., Falsarius, Tabellio, Confessio delicti*, quos sequitur Cordub. *ibi*, & Auila *d. dub.* 1. *disp.* 4. *§. hinc sequitur*, & Nauarr. *d. cons.* 38. *per totum*. Quòd si vexatus fuerit iustè ob manifestationem, tenetur manifestare: Cordub. *citat* Ludouic. Lop. 2. *p. instructor. cap.* 9. *circa medium*, & alij Iuniores communiter. Quòd si instrumentum petatur ad puniendum Tabellionem, eò quia errauit in conficiendo instrumento; nemo tenetur illud exhibere, nisi in casu, in quo Reus, & testes legitimè interrogati in casu criminali, tenentur respondere: Auila *praecitatus, concl.* 4.

18. Quòd si monitorium feratur contra non manifestantes personas, quae possident ea instrumenta; qui sciuerit possidentes, & probare potuerit, tenetur manifestare; nisi ob secretum sibi commissum, vel ob aliam iustam causam liberetur: Auila *supra disp.* 5. *dub.* 1. *per tot.*

19. Rogabis, quaenam sint causae iustae ob quas praecipiantur huiusmodi scripturae exhiberi sub censura excommunicationis latae sententiae? Respondeo quando scripturae fuerint communes: sunt autem communes, quando omnes sunt cohaeredes, vel quando scriptura est omnibus pariter donata, vel communi pecunia conscripta: tunc enim non est dubium posse peti vt manifestetur sub censura. Item potest esse communis scriptura propter materiam in ea contentam, quamuis ipsa scriptura in se non sit communis; in quo euentu si scriptura, quae petitur est originalis, tenetur regulariter possidens manifestare, nisi ex aliquo ex supradictis capite excusetur: at verò si est transsumpta, vel exemplata pecunia partis, si Reus petit, Actor manifestare debet: si petit Actor, & Reus est vsurus illa, tenetur manifestare: si verò Reus non eget illa ad suam defensionem, & Actor petit ad intentionem suam iam fundatam coadiuuandam, & meliorandam, tenetur Reus manifestare. Nihilominus si Actor petit ad fundandam
20. suam intentionem, seu ad illam probandam, excusabitur Reus ab illa manifestanda, quia Actori imparato non tenetur Reus arma suppeditare; & sibi imputet, quod accedat imparatus: Panor. *in cap.* 1. *de probat.* Enriquez *de censur. lib.* 13. *cap.* 18. *num* 2. *per totum*, Auila *eodem tit. part.* 2. *cap.* 5. *disp.* 4. *dub.* 1. *§. praeter- fol.* 74.

---

§. XXII.

Vtrùm emphyteuta, siue pater sit, siue filius, possit nominare aliquem ad emphyteusim inconsulto domino?

EPITOME.

1 *Emphyteuta inconsulto domino potest nominare.*
Ad nominatum mittendum in possessionem requiritur consensus domini: eod. num.
2 *Domino irrequisito potest fieri nominatio in testamento.*
3 *Nominatio simplex secuta traditione est alienatio.*
4 *Nominare filias suas est nulliter nominare.*
Nominare filias suas, nempe Mariam, & Ioannam, valet nominatio quoad priorem. num. eodem.
Legatum relictum Titio, si duo sint, neuter legatum capiet. ibid.
5 *Nisi alter Titius maiorem habet amicitiam cum defuncto?*
6 *Nominatione ex simplici absque traditione acquirit nominatus spem succedendi, si superuiuat plusquam nominans*
7 *Nominans cum cessione totius iuris in nominatum, non potest amplius nominare.*
8 *Nominatio simplex absque cessione iuris potest reuocari; quamuis sequatur traditio rei.*
9 *Nominatio haec simplex si reuocetur, reddenda est res cum fructibus.*
10 *Nominatio simplex non sortitur suum effectum, nisi nominatus superuiuat nominanti.*
11 *Fundus venditus cum pacto addictionis, seu legis commissoriae, si contingat resolui venditionem redit res vendita cum fructibus ad vendentem.*

QVi ex dominicali consensu obtinuit emphyteusim, siue pater sit, siue non, potest domino inconsulto nominare: per legem Lusitanam *lib.* 4. *ordinat. tit.* 36. & latiùs *tit.* 37. siue nominatio fiat in testamento, siue in contractu; & simplex nominatio conceditur à Lege, & consequenter à domino directo, eo ipso quòd conceditur emphyteutae cum potestate nominandi, vt communiter fieri solet; nec ad nominandum requiritur noua licentia simpliciter; vt dicitur *in cap.* 1. *de feudo non habente propriam naturam feudi*, & ait *Lex cit. tit.* 36. ibi: *huma, qual elle nomear, ea quella que por elle for nomeada possa nomear à outra.* Idem constat ex clausula consueta poni in concessione emphyteutica, per haec verba: *que elle possa nomearà segunda, è à segunda possa nomear à terceira.* Quae resolutio est communis, tam de iure, quàm de consuetudine; quia nominatio simpliciter facta non est alienatio, nisi accedat traditio: vt habet Lex Lusitana *supra d. tit.* 37. *verbo, porem, n.* 1. Nam licèt ad nominationem simplicem non requiratur domini consensus, requiritur tamen ad inducendum nominatum in possessionem emphyteusis, cùm sit alienatio, quae sine consensu domini fieri nequit: Cabed. Lusit. 1. *p. decis.* 103. *num.* 2. Gamma Lusit. *decis.* 116. post Bertrand. *cons.* 229. & Bellame. *decis.* 946. Nominatio enim cum rei traditione est vera donatio: at cùm quis donat, debet adire dominum saltem ad hoc, vt dominus eum agnoscat, vt *infra*. 1.

Item potest fieri nominatio, etiam inconsulto domino, in testamento; quia facultas testandi est libera, neque pendet ab aliena voluntate: *l. illa institutio*, 32. *ff. de haered. instit.* & habetur *in l. captatorias, C. de testam. milit.* eo enim ipso quòd fit facultas tibi nominandi, *in tit. supra dicto* 37. *nostrae legis*, consequenter ea potestas independens est à voluntate alterius, nec dominicalis consensus requiritur: vt per Paris. *cons.* 3. *lib.* 1. *num.* 29. & Angel. *in l. cùm essent, ff. de seruit. rust. praedior.* vbi resoluit de emphyteusi posse fieri nominationem sine domini consensu: sequitur Roman. *singul.* 469. quod dicit receptum Decius *cons.* 164. *num.* 3. post plures *ibi* à se relatos. Similiter nominatio etiam fit extra testamentum, domino inconsulto; Cald. Pereir. *de extinction. emphyteusis cap.* 7. *num.* 37. post Ruyn. *cons.* 213. *num.* 6. *lib.* 1. & Alex. *lib.* 2. *cons.* 175. *num. etiam* 6. & ita est vsu receptum. 2.

Dictum est per simplicem nominationem nõ constitui alienationem, & consequenter non contrahi commissum: secùs si sequatur traditio, vt probat d. lex Lusit. *d. tit.* 37. *verbo, porem.* iuuat *l. alienatum, & l. alienationis, ff. de verbor. significat.* proinde ad validitatem nominationis simpliciter factae, non eget emphyteuta beneplacito domini, & satis est ab initio data licentia nominandi: Iason *in l. fin. C. de iur. emphyt. n.* 6. Vnde non bene Calcan. *cons.* 51. & Decius *cons.* 614. *num.* 2. dicentes hanc nominandi potestatem ab initio datam non liberare emphyteutam à petenda facultate à domino, dum voluerit nominare: non poterit autem emphyteuta nominare plures, quia concedens, & lex ipsa loquuntur de numero 3.

singulari:

singulari: Cald. Pereira *de nomination. quæst.*10. *ex num.*37. *ad num.*36. vbi ponit limitationes.

4. Sed quid si pater dicat in testamento: Nomino ad emphyteusim filias meas, quas modò habeo, aut neptes, & ponamus esse quinque? Respondeo nominationem vitiari ex incertitudine: *l.cum ex pluribus, ff.de manumiss.testam.* sicut cùm nomen fideicommissarij non scribitur in testamento, nulli personæ, neque certæ, neque incertæ, intelligimus fuisse relictum fideicommissum; quod tanquam indubitatum deciditur *in l.Paulus*, 2. *ff. de reb.dub.* Ideò si non apparet cui relictum sit legatum, neutri dicimus: *l.*3.*§. si quis duob. de adim. legat.* & à fortiori probatur *in l. si quis de plurib. in princip. ff. de reb. dub.* Idem dicendum est si dicat: Fratres meos instituo hæredes, seu ad emphyteusim nomino; obtinebunt hæreditatem, non verò emphyteusim: quia incertum est, de quo senserit nominans; & secundùm formam concessionis non potest ad plures transire: ita Cald. Pereira *de nominat.quæst.*10. *num.*38. secùs si dicat: Nomino fratres meos, nempe Ioannem, Petrum, & Franciscum; tunc obtinebit emphyteusim Ioannes primo loco vocatus: sic Pelaez *de maiorat. lib.*2. *q.*1. *num.*14. per *l.qui soluendo*, 60. *ff. de hered. instit.* vbi Celsus sic ait: *Qui soluendo non erat, seruum primo loco, & alterum seruum secundo loco, heredes scripsit, solus is, qui primo loco scriptus est, ita heres fit.* Hæc ibi. Quæ resolutio est communis, vt primo loco nominatus rem capiat, quæ ad omnes non potest transferri. Vnde qui reliquit legatum Titio, seu emphyteusim, & duo sint Titij æquè pares, vt dictum est, neuter obtinebit legatum, nec emphyteusim; quia incertitudo vtrique nocet, cùm nesciamus de quo magis testator senserit, & se adinuicem impediunt: *l. duo sunt Titij*, 30. *ff. de testam tutel. l.Triticum, ff. de verbor. obligat.* text. *in l.qui soluendo*, 42. *cum sequent. ff.de hered. instit.* vbi sic habetur, ibi: *Si vterque viuat, nullius momenti institutionem esse, inuicem enim eos sibi obstare.*

5. Dixi *æquè pares*, hoc est, si ambo sint æquè amici testatoris: quoniam si alter maiorem habuit amicitiam cum defuncto, is, vt supponit textus, præibit, *in l. si ita fuerit, post princip. de reb. dub.* Ex coniecturis tamen voluntas testatoris interpretanda est; *l.quem heredi*; ibi: *si quibusdam argumentis apparebit, ff. de reb. dub.* Quocirca si sunt duo Titij, in dubio intelligitur de consanguineo: Afflict. *in cap.*1.*§.Etsi clientulus.col* 5.*ad fin de alien. feud.* Item in dubio præfertur ille in quo maior affectio reperitur, quia de eo videtur sensisse testator: *l.coheredi, §.qui discretas*, & *ibi* Scribentes, *de vulgar. & pupill. substit.* Roman. *cons.*408 *num.*4. Anchar. *cons.*38 *num.*1. Item in dubio pari potest hæres eligere, cui tradat emphyteusim, vt ab eo defendatur; *l. si quis seruum, §. si inter duos, de legat.*2. Quod diximus, quando sua sponte soluit, quia ad hoc cogi non potest, ex mente Bartoli *in d. §. si inter duos*, quoniam vbi non apparet de mente testatoris, potest hæres exceptionis ope vti aduersùm petentem emphyteusim, vt probet petens de se ipso testatorem sensisse, quamuis alter renunciauerit, vt tradit Bartol. & alij *in d.§.si inter duos.* Alexand. *cons.*42. *num.* 8. *vol.* 6. & debet manifestè docere sibi relictum esse legatum, seu emphyteusim: *l.Lucius Titius, §.penult.de legat.*2.

6. Dubium est quid iuris acquirat nominatus simpliciter absque traditione? Dico primò nominatum ex simplici nominatione nihil acquisiuisse in emphyteusi, nisi quandam spem succedendi in locum personæ sequentis, si ipse nominatus superuiuat nominanti: quòd si præmoriatur nominatus, poterit iterum nominans nominare; & hæc simplex nominatio, tacitam habet conditionem, Si nominatus nominanti superuixerit: Lex Lusit. *lib.*4.*tit.*37.*n.*5. ibi: *Sem trespassar outro direito nella.* Imò præmoriens nominatus de re emphyteutica disponere non potest: Cald. Pereira, *de potest. eligendi, cap.* 9. *num.*8. *&* 13. & emphyteusis perseuerat apud nominantem, nec transit ad hæredes nominati præmorientis, cùm fuerit caduca; sicut & donatio causa mortis, si contingat donatarium priusquam donantem decedere: ita Bald. *cons.*194. *lib.*3. *ex l.*1. *C. de caduc. tollend. ad fin.* & Niuisan. *cons.*31. *à num.*4. *cum sequent.*

7. Dico secundò, quando nominans in nominatione facta transtulit omne ius, quod habet in emphyteusi in nominatum, non posse amplius variare; imò si nominatus præmoriatur, poterit disponere de emphyteusi, & nominare loco sui aliquam personam: vt colligitur *ex d.l.Regia, tit.*37. *num.*5. ibi: *Sem trespassar.* Nec negandum est posse nominantem omne ius emphyteuticum cedere nominato: Cald. Pereir. *de potest. eligendi, cap.*9. *num.*9. fitque nominatio ex ea translatione totius iuris, & cessione in nominatum irreuocabilis: per *d.l. Lusit. lib.*4. *tit.*37. *num.*1. *vers. Porem se aque.*

8. Quæstio tamen occurrit difficilis explicatu, verùm nominatio facta simpliciter, quæ præmoriente nominato in vita nominantis reuocatur, fiat irreuocabilis per traditionem factam nominato, absque vlla iuris emphyteutici translatione? Cald. Pereir. *in d. tit.*37. vbi *num.*5. *verbo, Sem trespassar outro direito,* negat post traditionem simplicem posse nominantem iterum nominare, quia per traditionem desinit nominatio simplex esse talis: sed videtur accedere ad nominationem re ipsa irreuocabilem; quamuis totum ius non transferatur. Quocirca opinatur Cald. *de potestate, cap.*9. *num.*11. *&* 12. per traditionem fuisse emphyteusim sortitam suum effectum, & nominatum præmorientem loco sui posse personam sequentem eligere. Nihilominus *eodem lib. de potestat. cap.*4. *num.*12. *&* 13. secundùm legem Lusitan. *lib.*4. *tit.*37. *in princip.* vbi quando conceditur emphyteutæ potestas nominandi ante mortem, vel tempore mortis, simul fit facultas iterum reuocandi nominationes toties quoties voluerit reuocare, credit ille traditionem emphyteusis non impedire reuocandi potestatem; siue ex interuallo fiat traditio, siue incontinenti, quoniam simpliciter nominans videtur se referre ad formam concessionis, & per ordinem, ac relationem ad tempus mortis.

9. Sed meo sanè iudicio tam in hoc vltimo casu, quàm in priori, *in d.num.*5. vbi conceditur nominato iterum nominare, si nominatus in vita nominantis moriatur, dicendum est traditionem factam nominato non auferre nominanti potestatem iterum nominandi; quia huiusmodi nominationes tacitam habent conditionem, si non reuocentur: ideò in vtroque casu si reuocentur, res ipsæ cum fructibus consumptis, restituendæ sunt: per text. expressum *in l. cùm quis*, 12. *ff. de condict. caus. dat. causa non sequuta*, vbi habetur, donationem causa mortis reuocari cum fructibus, & emolumentis perceptis à tempore donationis factæ, si à nominante reuocetur: idem firmat Segura *in repet. fol.*81. *col.*4. *in fin.* Palat. Rub. *in rubric. de donation. inter vir. & uxor.* §.72. Pinell. *in l.*2. *C.de rescind.vendit.cap.*4.*n.*11.*fol.*108. Exea *de pactis, num.*122. vnde parum memor *d.l.cum quis, ff. de condict. caus. dat. caus. non sequut.* Ripa loquutus est *in l.*2. *num.*10. *ff. de legat.*1. dicens, minorem non posse donare causa mortis, quia non posset repetere fructus à tempore donationis, si rem vendicaret; cùm oppositum sibi contrarius dixerit *in l. fin.C.de reuocand.donation. num.*221. Tiraquell. *in l.si vnquam, verbo, reuertatur, num.*120. & gloss. & Bartol. *in l. si mortis causa, ff. de donat. caus. mort.* quia huius-

modi nominationes, seu donationes semper dependent à reuocatione; nec perfectè acquisiuit nominatus ante mortem nominantis titulum perfectum, & absolutum. Idem tradit Barbos. Vimarens. *in remission. ad leg. Reg. lib. 4. ad titul. 37. ad §. quintum*, ibi, *Podera nomear outra vez, pois o nomeado morreo primeiro que ouuesse effeito à nomeaçam*. Dicens in hoc caso nominatum non fuisse dominum emphyteusis, nec fecisse fructus suos: ideò filios nominatim præmortui debere conferre fructus, si velint cum patruis facere portiones. Quod confirmatur ex ea ratione; quia quoties res alicui conceditur ex titulo de se reuocabili; & sequitur traditio, si postea res repetatur, restituenda est cum omnibus emolumentis: ita Tiraquell. *in d. l. si vnquam, verbo, Reuertatur, num.* 226.

10. Quocirca cùm nominatus fuerit sub illa tacita conditione, si superuixisset nominanti, nominatio non fuit sortita suum effectum ex defectu conditionis, quæ effectum nominationis ad tempus mortis nominantis relatum differebat: & quamuis *in prædicto num. 5. verbo, E se essa pessoa se finasse primeiro, que o nomeante, podera nomear outra vez, pois à pessoa nomeada se finou primeiro, que ouuesse effeito à dita nomeaçam*, Lex Lusit. ibi videatur loqui de nominatione irreuocabili; nihilominus, quia persona est simpliciter nominata, nominatio non est simpliciter irreuocabilis, nisi nominatus nominanti superuiuat; ideò si non superstes sit, reuertetur emphyteusis, si

11. tradita sit, ad nominantem, cum fructibus; sicut reuertitur cum fructibus fundus venditus cum pacto addictionis in diem, per *l. Imperator, ff. de in diem addict.* quando res venditur eo pacto, quòd intra mensem sit inempta, si maius pro ea offeratur pretium; adueniente conditione cum fructibus est reddenda: similiter quando res venditur cum pacto quod exacto vno mense soluatur, aliàs sit inempta, quod est pactum legis commissoriæ, non soluto pretio restituitur res cum fructibus, *l. 5. ff. de leg. commiss.* Coo. *lib. 3. variar. cap. 9. in princip.* Anton. Gomes. *de empt. & vendit. num. 30.* Mench. *lib. quæst. forens. cap. 49. in princip.* Igitur idem dicendum est de nominationibus reuocatis, restituendas esse videlicet cum fructibus possessiones emphyteuticas; cùm non sit maior ratio in vno, quàm in alio.

---

§. XXIII.

Quæ nominatio sit valida, quæ inualida, quæ reuocabilis, quæ irreuocabilis, & quot testes sint necessarij in iis nominationibus?

EPITOME.

1 *Nemo potest se ipsum nominare, nec procurator constitutus potest nominare patronum, nec præsentare.*
2 *Nemo potest nominare animam suam pro secunda, vel tertia vita.*
3 *Statutum de iure illud est, quod verosimile est fuisse statutum.*
4 *Expresso pro habetur, quod contrahentes disposuissent, si interrogarentur.*
5 *Donans debiti immemor, censetur potiùs noluisse soluere, sed donare.*
6 *Contrarium verius putat Auctor.*
7 *Nominatio secunda est nulla, quando nominans semel potuit nominare.*
8 *Nominatio facta in testamento nullo, est nulla.*
9 *Testes quot sint necessary ad nominationes, num. 9. cum sequent.*
10 *Nominatio in testamento nullo ex causa præteritionis, est valida.*
11 *Testamentum non valet rupto eo posthumo nato.*
12 *Testamento existente valido nominatio in eo facta reuocabilis est.*
13 *Nominatio semper est reuocabilis, esto, sequatur traditio.*
14 *Nominatio causa dotis facta etiam sequuta traditione est reuocabilis.*
15 *Nominatus cum totius dominij cessione potest alienare emphyteusim.*
16 *Nominans simpliciter, sed irreuocabiliter, præmoriente nominato potest iterum nominare.*

IN primis si quis se ipsum nominet, inualidè nominatio fiet: glossa *verbo potest, in l. plane, C. quod cuiusque Vniuers. nomin.* quia debet differre persona nominans à persona nominata, sicut eligens, & electus; *cap. qualiter, de electione*. Item dans, & recipiens, *cap. vltim.* vbi Abbas *de instit.* Instituens, & institutus, *cap. per vestras, de iur. patronatus, cap. cùm ad nostram*, vbi Abbas *num. 4. de concess. præbend.* & ob id patronus se ipsum præsentare non potest ad Ecclesiam vacantem, *c. per vestras*, vbi Abbas, *de iur. patron.* Ioann. Andr. & alij. Neque si quis constituat procuratorem, vt illum nominet, valebit nominatio; sicut procurator constitutus à patrono non potest ipsum patronum præsentare: teste Caputaq. *decis. 397. lib. 2.* Flamin. *de resignat. lib. 9. quæst. 17. num. 113.* 1.

Item non valebit nominatio in qua quis nominauit animam suam pro secunda, vel tertia vita, cùm anima sit spiritus immortalis perpetuò duraturus, & talis nominatio repugnat menti domini concedentis; quæ mens inspicienda est in hoc contractu emphyteutico, sicut in cæteris contractibus attenditur voluntas, & intentio contrahentium: *l. fin. C. quæ res pign. oblig.* & concedens, & acquirens emphyteusim pro tribus vocibus, seu personis, non loquuntur nisi de personis mortalibus, & corporalibus; non verò pro anima, quæ non moritur. Nec contra facit decisio Speculat. relata à Iasone *in l. fin. num. 91. C. de iur. emphyt.* dicentis, quando persona nominata est inhabilis ad retinendam emphyteusim, posse petere æstimationem. Quia id procedit, quando nominatio tenuit: at nominatio pro anima non valuit, ita Valasc. *tom. 2. cons. 193. per totum.* Quocirca verissimum quidem puto concessa emphyteusi tibi, in tertiam generationem, cum potestate nominandi secundam, & tertiam personam successiuè; sub huiusmodi forma nominandi, nullo modo contineri posse animam propriam: nec dominus concedens, si de hoc fuisset interrogatus, consentiret; imò respondisset nunquam hoc sibi in mentem venire, quòd fieri posset, cùm finita generatione spem concepisset emphyteusim reuersuram: quod neutiquam contingeret, si nominatio pro anima immortali perpetuò duratura sustineretur. 2.

Accedit illud esse habendum pro expresso de quo si concedens interrogaretur dixisset, se ita velle disponere si meminisset tempore concessionis emphyteuticæ: iuxta communem decisionem, per gloss. ibi. *in l. tale pactum, §. fin. ff. de pact.* Quæ resolutio non solùm habet locum in vltimis voluntatibus, sed etiam in contractibus, vt dicunt Socin. iun. *cons. 172. num. 19. lib. 2.* Tiraquell. *in l. si vnquam, Cod. de reuocand. donation. in princip. num. 55. & 56.* Fusiùs *in præfatione* post plures à se *ibi* relatos, inter quos Bald. Angel. & Paul. Castrens. & Recentiores *in ipsa l. tale pactum, §. vltim.* dicunt Glossam illam esse *ibi* valde notabilem, & menti tenendam, quæ tradit id esse de iure seruandum, quamuis non sit statutum, quod verisimile 3.

verisimile est statutum fuisse, si id quæsitum fuisset: obtineretque non solùm in dispositionibus Legum, sed etiam Statutorum, Rescriptorum, ac contractuum: quam resolutionem sequitur Barbatius *cons.1. Magnus scripsit Psalmista, col.32 lib.3.* eandem Glossam sequitur Bald. *in l.1. C. quæ res pignor. oblig. poss.* vbi illam generaliter accommodat ad omnem materiam, *& in l.Barbar. ff. de officio Prætor.* vbi, & ad hoc est textus optimus in illis verbis: *sed, & si ipse sciuisset*, Angel. *cons.345. Primo matris, col.vltim.* Auchar. *cons.89.* incipit: *Prima facie*, vbi & hoc trahit ad omnem dispositionem, *& cons.339.* cuius caput est, *Pro maiori diligentia, col.7. vers. Item verisimile est*, Cald, Pereira *de nomination. quæst. 20. num.27.* dicens dictam Glossam *d.l.tale pactum, §.vltim. ff. de pactis*, procedere non solùm in vltimis voluntatibus, sed etiam in contractibus: & quod magis est, illam Doctores generaliter ad quamcunque materiam trahere, tam ex vltimis voluntatibus ad contractus, quàm à contractibus ad vltimas voluntates: per
4. text. *in l.pactum inter heredem*, & *ibi* Bartol. *ff. de pact.* Quamobrem in dispositionibus stricti iuris, sicut sunt contractus, *l.quidquid adstringendæ, ff. de verbor. obligat.* id habetur pro expresso, quod contrahentes ita disposuissent, si interrogarentur; per text. *in §.in hac, Instit. de verbor. obligat.* qui sic habet, ibi. *Solemnitate verborum sublata solum sensum, & intellectum* præualere: sequitur Alexand. *cons.34. ad fin. lib. 2.* quam tamen gloss. *in d.l.tale pactum, §. vltim. de pact.* limitant Anton. & Innocent. non habere locum in mate[riæ] exorbitante à iure communi; quia in hoc casu debet fieri restrictio ad verba, & mentem, ex ve[r]bis specifice sumptam, vt *ibi* per eos, quos sequitur Alex. *cons 32. Clarissime Domine, lib.6.* & Tiraq. *vbi suprà, num.56. ad fin.*

5. Sed quid, si quis debeat Titio centum, & debiti prorsus immemor tantumdem donet illi? Respondet Ludouic. Lop. *lib.2. de contractib. cap. vlt. col. antepen. vers. superest nunc*, in foro externo in dubio præsumi potiùs dedisse in solutionem debiti, quàm donasse: at in foro conscientiæ standum esse intentioni actuali, quam habuit, quando donauit; & secundùm hanc intentionem actu habitam decisio debet procedere, non verò secundùm intentionem, seu voluntatem conditionalem, quam habuisset, si meminisset se debere creditori tantum, quantum donat: quia huiusmodi dispositiones conditionales non habent locum in foro conscientiæ; sed in eo attenditur ad id, in quod voluntas actu fertur; & consequenter potiùs veritati, quàm verisimilitudini standum est: quod tanquam verum sequitur Sanch. *lib.1. in præcept. Decalog. cap.13. num.11.* Nec dispositio conditionalis tollit quin hîc, & nunc, sit vera donatio, quam debitor immemor debiti de præsenti facere intendit; nec debitum iustitiæ soluitur donatione facta animo liberali, sed requiritur vt donatio & fiat, & acceptetur tanquam debiti solutio; & donatarius, cui debentur centum, adhuc habet ius exigendi suum debitum: quod ius, cùm sit de iustitia, non extinguitur donatione gratuita: Less. *lib.2. de iustit. cap.37. dub.10. num.59. & num.60.*

6. Mihi tamen placet oppositum tanquam verius, nimirùm per illam donationem satisfactum esse debito; quia nemo donare dicitur, qui alicuius necessitati succurrit: ita Sà, *verbo, donatio, num.7.* nam is donator, si memor esset debiti, non animo liberali, ac gratuito; sed animo satisfaciendi dedisset: quod probat Bald. *cons.180. mortuo filio, lib.3.* ibi: *verisimilitudo naturæ est cognata: & in l.1. col.3. C. de seru. fugit.* vbi ait quòd remotum est à verisimili, quandam falsitatis imaginem esse. Neque id habet locum tantùm in foro exteriori, sed etiam in foro conscientiæ; quia teste Sanchez *lib.1. de matrim. disput.5. num.20.* idem seruandum in foro conscientiæ, & in foro externo, vbi non est falsa præsumptio, nec lex pœnalis; sed in nostra quæstione vehemens est præsumptio, ac verisimilitudo veritati valde affinis, quòd si donans conscius esset, aut memor debiti, non dedisset ex liberalitate, sed ex iustitia: igitur quod procedit in hoc casu in foro externo, debet etiam procedere in foro interno: nec negandum est, sic donatorem liberandum esse à solutione debiti in foro externo, ergo etiam in foro interno ab illo debito liberabitur. Et confirmatur ex traditis ab Oldrado *cons.13. cum quæstio, ad fin.* quòd verisimilitudo habetur pro lege: & à Calderin. *cons. vltim. sub tit. de donat. col.1.* docente, duos gradus esse per quos ducimur ad interpretationem actus, mentem scilicet, & verisimilitudinem: mentem esse primum gradum, verisimilitudinem secundum: ideò adeamus mentem debentis centum, quando donauit tantundem, & dicamus illi, Domine tu vis donare huic centum gratis, an soluere illi centum, quæ illi debes? Verosimile, imò verum est responsurum, volo reddere quod homini debeo. Confirmatur ex Bald *in l. cum quidam, vers. Ex hoc, ff. de acquir. hæred.* dicente, verisimile lucrum facere concedere restitutionem in integrum, vt lucrum certum: & *cons.390. Tam profunde, col.2. lib.2.* vbi ait frequentiora, verisimiliora esse, per *l. cum de lanionis, §. asinam, ff. de fundo instruct.* subiungens magis opinabile, esse magis verisimile: & *cons.61. lib.3.* Id verisimile est, quod simile est, & proximum vero, & quasi immediatum. Accedit Romanus *cons.344. Ex proposito themate, col.2. vers. secundo ad idem*, vbi tradit quòd quando vnus, idemque actus fieri potest ex duplici capite, censetur in dubio fieri ex verisimiliore; licèt alterum caput sit expressum. Quare concludendum est satisfacere donatorem creditori per donationé loco solutionis, quamuis donet immemor debiti, quia interrogatus quando donauit an vellet potiùs donare, quàm debitum soluere, verosimile est dixisse se voluisse soluere debitum, non verò donare. Et pro hac parte sunt tacito nomine aliqui, quos Sanchez *d.lib.1. Decalog. cap.13. num.11.* refert, & patet ex traditis per Cald. Pereira *de potest. eligend. cap.3. num.16.* Vbi resoluit voluisse potiùs donantem soluere debitum, quàm donare; sicque decidit quæstionem *in l. Lucius inter duos, ff. de legat. 2.* ibi. *Existimo pretium militiæ præstari non oportere.*

Vtrùm sit valida nominatio secundo loco facta filiæ, viuente adhuc filio, qui priùs fuerat à matre nominatus? Respondetur esse nullam, si matri tantùm semel integrum erat nominare, per Legem Lusitanam *lib.4. Ordinat. tit.37. num.2.* ibi. *Depois que hua vez nomear, nam poderá mais reuogar essa nomeaçam, nem fazer outra, e ainda que a faça, nam valera.* Quòd si mortuus filius priore loco nominatus decedat ab intestato neminem nominans, in hoc euentu emphyteusis cum hæreditate veniet ad matrem; non tamen poterit ipsa nominare filium, si fortè illum habeat in præiudicium filiæ nominatæ; quia quamuis nominatio filiæ facta à principio nulla fuerit, decedente fratre nominato priùs, conualuit nominatio filiæ irreuocabiliter facta: per text. *in l. si quis alienam, ff. de action. empt.* vbi habemus emptionem rei alienæ conualescere, si venditor illius in posterum fiat illius dominus, his verbis, ibi: *Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore hæres domino rei extiterit, cogetur implere venditionem.* Ita in nostro casu, cùm mater succedat filio decedente ab intestato, & sit illius verus hæres, compelletur habere ratam, & firmam nominationem, quam secundo loco filiæ fecit: ita Gam. *decis. 67.* & Cald. Pereira *de potest. eligend.*

eligend. à num. 12. multis *ibi* pro hac parte exemplis citatis.

8. Quòd si nominatio fiat in testamento nullo, regulariter nominatio nulla erit: per *l. Reg. lib. 4. tit. 37. num. 4. à medio vsque ad fin.* ibi. *He isso mesmo auida por nenhuma como se nunça fosse feita.* Quod est verum etiam quando emphyteuta nominando variare non potest, nec reuocare nominationem, adhuc in hoc casu iterum nominare potest reuocato testamento; aut iudicato pro nullo, censebitur nulla nominatio; sicut donatio in testamento facta induit naturam illius, & consequenter reuocabilis est: secundùm Riminald. *in princip. Instit. de donation. num.* 394. & Ripa *in l. nemo potest, ff. de legat. 1. num.* 34. Quòd si testamentum non reuocetur, nec iudicetur, seu declaretur nullum à Iudice, nominatio non est reuocanda; quia Lex Regia *lib. 4. tit. 37. num. 4.* solùm loquitur in euentu, quo testamentum reuocatur; aut aliquo modo annullatur; proinde si nec reuocetur, nec infirmetur, valebit nominatio; quia nostra Lex *hoc loco* est correctoria iuris communis, & non debet comprehendere nisi casum expressum, manétque casus omissus sub dispositione iuris antiqui: *l. commodissimè, ff. de liber. & posthum. & l. præcipimus, in fin. C. de appellation.* Sic Ægid. *part. 2. l. 1. C. de sacros. Eccles. num. 28. fol.* 70. Vnde etiam ad alios contractus in testamento celebratos non debet extendi Ordinatio Regia; & ideò reuocato testamento, aut irrito, sustinebuntur; ita Gam. Lusit. *decis. 173. à n. 8. & decis. 339. num.* 4. vbi concludenter resoluit contractus in testamento reuocato, seu nullo, quocunque modo, nullatenus posse rescindi. Quæ resolutio est communis, teste Ripa *in l. nemo potest, ff. de legat.* 1. & Spin. *in suo specul. 2. part. gloss. rubric. num.* 14. siue contractus pertineant ad actum vltimæ voluntatis, siue non, & ita communiter practicatur, vt tradit Corneus *in l. cum antiquitas, num. 5. C. de testament.* cum communi. Idem tradit Valasc. *tom. 1. consult. 61. num.* 7. de donatione causa mortis facta in testamento nuncupatiuo parti præsenti, & acceptanti; tunc reuocato testamento, aut aliquo modo nullo, non reuocatur donatio causa mortis; vt *in l. inter mortis, 38. ff. de donation. caus. mort.* Iul. Clar. *§. donatio, quæst. 5. vers. sed pone.* Quod intellige modò adsint testes requisiti ad validitatem contractuum, seu donationis causa mortis; vt notat Cald. *de potest. eligend. cap. 8. num. 2.* Ægid. Lusit. *2. part. l. 1. C. de sacros. Eccles. num. 24. cum sequentib. fol.* 69.

9. Quæres quot sufficiant testes ad has nominationes? Respondeo, si de scriptura aliqua publica constiterit fuisse alicui factas, non admitti in Regno Portugalliæ probationem per testes ad probandum aliam priorem nominationem præcessisse, nisi facta fuerit in testamento condito voce tenùs tempore mortis coram sex testibus siue masculis, siue fœminis, secundùm Legem Regiam *lib. 4. tit. 80. num. vlt.* Quòd si non constet de nominatione facta publico instrumento, sustinebitur nominatio, quæ tribus testibus fuerit probata. Quod procedit in foro externo: in foro tamen conscientiæ, puto verius esse præferendam posteriorem nominationem, etiam quando fit coram paucioribus testibus, priori factæ per scripturam publicam. Molin. *tom. 2. disput.* 483. Ægid. Lusit. *2. part l. 1. C. de sacros. Eccles. num. 26. vers. ex hac*, quia extra testamentum facta, iure communi attento, nominatio, est actus inter viuos; vt bene tradit Valasc. *tom. 1. consult. 61. num.* 5. Cald. *de potest. eligend. cap.* 7. dicens in nominatione inter viuos requiri tres testes *à num. 1. cum sequentib. vsque ad n.* 11. vbi concludit valere dictam nominationem adhibitis tribus testibus: sequitur Ægid. *præallegatus d. n.* 26 vt expresse præcipitur *in l. Regia in antiquis, lib. 4. tit. 63. §. 2.* cuius verba omnia expressè translata sunt *in noua recopilatione, eodem lib. 4. tit. 37. §. 3.* excepto verbo, *tres*, quod erat in antiquis; quod verbum in nouis non reperitur: quod putat Ægid. omissum fuisse per iniuriam, seu errorem Typographi, & constat ex contextu Lusitano *in d. §. 3. Podera a nomeado por testemunhas ao menos a nomeaçam que disser lhe ser feita*, vbi apertè videtur deesse verbum, *tres, ao menos*, totidémque videtur esse necessarios, vt nominatio facta expressè reuocetur; sicut testamentum ritè factum non reuocatur, nisi alio eodem numero testium: contrariorum enim eadem est doctrina, & per eadem res conficitur, ac dissoluitur: per gloss. communiter receptam *in l. ab emptione, ff. de pact.* Palaez *de maiorat. quæst. 43. in princip.* & in terminis habetur *in §. posteriore, Instit. quib. modis testamenta infirmentur.* Quòd si fiat duobus testibus nominatio emphyteutica non valebit, vt expressè dissoluatur, sicut corruit testamentum defectu vnius testis: *l. si vnus, 12. ff. de testament.* Cald. Pereir. *de potest. eligend num. 11. cap. 7.* Firmius *lib. de Gabell. vers. videndum, num. 36. vol. 3. Tractatuum, fol.* 22. Afflict. *lib. 1. constit. rubric. 17. num.* 15. vbi volunt, quòd quando ex Statuto, aut Lege, opus est tres testes adhibere in aliquo actu; si duo tantùm adhibeantur, actum vitiari: de nominatione tamen causa mortis, quot testes requirantur? *infrà, num.* 17.

10. Difficultas est grauis vtrùm nominatio emphyteutica facta in testamento nullo ex causa exhæredationis, seu præteritionis sustineatur? P. Molin. *tom. 1. de instit. disput. 175. col. 5. vers. non obstante authoritate, & tom. 2. disput. 483. vers. secunda conclusio*, tradit esse validam nominationem, quia hoc testamentum non est absolutè nullum in totum; sed duntaxat ratione præteritionis, aut exhæredationis: quoad reliqua verò in eo contenta, esse validum: patet *ex Authent. vt cum de appellat. cognosc. §. sine igitur omnes*, cuius verba sunt hæc: *Si autem hoc obseruata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præiudicium generari, sed quantum ad hæredum institutionem pertinet testamento euacuato, ad parentum hæreditatem liberos, tanquam ab intestato ex æqua parte peruenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si verò contigerit in quibusdam talibus testamentis, quædam legata, vel fideicommissa; aut libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel qualibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia iubemus adimpleri, & dari illis, quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.* Hæc ibi: quæ omnia constant ex *Authent. non licet, & ex Authent. ex causa, C. de lib. præterit.* Concordat Lex Lusitana *lib. 4. tit. 82. §. 1. & 2.* ibi. *Que o testamento nullo ex causa præteritionis, vel exhæredationis filij, quem sciebat esse suum, nullum esse quoad institutionem: at vero validum quoad cætera in eo relicta.* Eiusdem sententiæ sunt Anton. Gomes. *l. 24. Tauri, num.* 5. propter *legem vltimam, tit. 8. part. 6.* per textum *in d. Authent. ex causa C. de liber. præterit.* ibi. *Ex causa exhæredationis, vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones, cætera namque firma permanent*, & *ibi* l offa ordinaria, & Scribentes: nec non Caldas Pereira *de potest. eligend. cap. 8. num. 7. & in quæst. forens. lib. 2. quæst. 26. num. 3 in fine*, Gama Lusit. *de sacrament. vltim. supplicio damnatis præstand. quæst. 6. num. 21. pag.* [illegible] *& decis.* 173. Vnde videtur Valasc. *tom. 1. consult. 61. num. 6. cum sequentib.* non bene consuluisse, nec Iudices bene pronunciasse nominationem factam esse nullam in testamento nullo ex causa præteritionis matris: per text. *in l. Regia in d. tit. 37. num. 4. verbo, por qualquer modo auido por nullo*, Quia *ibi* loquitur de testamento nullo in totum; non verò quoad institutionem solùm nullo:

quia

quia de hoc loquitur L. Regia, *lib. 4. tit. 82. num. 1. vers. E desponde o pay*, vbi decidit testamentum quoad institutionem, seu exhæredationem esse duntaxat nullum, cætera verò io eo contenta esse valida.

11. Procedet tamen resolutio Valascl quando posthumo nato rumperetur testamentum, in quo ipse fuit præteritus: tunc nec nominationes in eo factæ, nec legata sustinerentur; sed omnia corruerent: sicut etiam hæc omnia corruunt, quando pater præterinit filium, quia ignorabat se filium habere, vel quando natus est post testamentum conditum, vel quando filium præteriit credens illum esse defunctum, cùm non esset, & postea comparuit; quia in his casibus neque legata, neque fideicommissa, nec similia in eo relicta vim habent vllam, vt deciditur *in d. titul. 82. num. 3. vers. Em tal caso o testamento fera nenbam, nam so quanto à instituiçam, mas tambem quanto aos legados nelle contehudos* Pro opinione P. Molinæ stat Gama *de sacram. vltim. supplic. damnat. prastand. quæst. 6. num. 21.* vbi ait euacuato testameoto agnationi posthumi nominationem non sustineri: quòd si posthumus præteritus viuo testatore natus decessit, quamuis testamentum adhuc ruptum videatur considerata nimia iuris subtilitate, sustinebitur tamen, & sic scriptus hæres obtinebit hæreditatem: *l. posthumus, in princip. ff. de iniust. testament.* quia causa ambigua temperari debet moderamine iuris naturalis, *l. non sine, vers. quamuis ergo, de bon. quæ liber.* Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 1. tit. 17. num. 6.* & consequenter omnia in eo contenta firma erunt. Ad hæc si filius in potestate patris sit præteritus in testamento, & ipse bonis patris se abstinear, licèt rigor iuris videatur resistere; sustinebitur voluntas testatoris ex bono, & æquo, *l. filio præterito, de iniust. testament.* Mantic. *vbi suprà, num. 5.*

12. Sed quid si testamentum sit validum, poteritne reuocari nominatio in eo facta? Affirmat Costa *in l. si excusatione, C. de non numerat. pecun. num. 125.* Gama *decis. 85.* ex eo quòd legata etiam relicta in testamento possunt adimi in codicillis, per *l. si quis ita legauerit, §. cum Titio, ff. de adimend. legat.* sed, & nuda ipsa voluntate absque vlla solemnitate. Vnde Gama *num. 3.* ait posse reuocari nominationem per voluntatem declaratam coram quinque testibus. Quòd si nominatio fiat in testamento ouncupatiuo ad emphyteusim io fauorem Berthæ præsentis, & acceptantis; erit valida, atque irrenocabilis, quasi facta inter viuos. Menchac *lib. quæst. forens. cap. 51.* Guttier. *in l. nemo potest, ff. de legat. 1. num. 254.* post Bartol. *in l. cum quis decedens, §. codicillis, ff. de legat. 3. num. 5.* Imò reuocato testamento firma manebit, ex traditis ab Oldrado *cons. 514.* vbi resoluit nominationem huiusmodi in testamento factam præferendam alteri postea factæ, præsertim si addatur clausula *Constituti*, prout ait Decius *cons. 179.* Ripa *in d. l. nemo potest, num. 31.* Menchac. multis citat. *d. cap. 51. col. 2. & 3.* extra verò casum præsentiæ, & acceptationis, nominatio in testamento facta reuocabilis de se est, & eo reuocato, reuocabitur per *d. l. Reg. d. tit. 37. §. 4. E bem assi no caso onde a nomeaçam feita hua vez*: Illo verò firmo manente, poterit testator eam dum vixerit reuocare ad instar legati: *l. 4. ff. de adimend. legat.* Neque opus est ad hanc reoocationem renocare totum testamentum; ita Peralta *in l. qui testamentum, num. 26. conclus. 3. & 5. fol. 487.* Imò si testator emphyteusim alienet, nominatio facta in testamento euanuit. Costa teste *in l. si cautio, Cod. de non numer. pecun. num. 3. & 4. fol. 125.* Cald. Pereir. *de potest. eligend. cap. 8. num. 5.* quem lege pro nominatione hac

13. Sed nunquid si post nominationem sequatur traditio, fietne nominatio irreuocabilis? Omissis hinc inde rationibus, constanter dico, quoties emphyteuta ex dominica concessione; aut ex lege Regia *lib. 4. tit. 37. in princip.* potest variare, & reuocabiliter nominare, nominationem esse reuocabilem; esto, sequatur traditio: ideò poterit non obstante traditione iterum, atque iterum variare: ita deducitur ex traditis à Caldas Pereira *suprà cap. 4. num. 16.* per *l. non omnis, ff. si certum petat.* iuncta gloss. *ibi*: quidquid subdubius videatur contradicere, *cap. 9. num. 11.* Imò sic nominatus tenetor rem eum fructibus restituere, si emphyteuta variet; quia cùm nominatio est reuocabilis, etiam traditio regulata à titulo reuocabilis est, Cald. *vbi suprà, & num. 22. cum sequentib.* siue traditio fiat in continenti, siue ex interuallo; modò tradatur sub commemoratione nominationis factæ, nisi omne ius emphyteuticum cedat emphyteuta suo nominato: & ratio est, quia simpliciter nominans refert se ad formam concessionis, & secundùm illam nominat per relationem ad tempus mortis, atque ita reuocabiliter. Consequenter dico non habere vim faciendi nominationem irrenocabilem clausulas *Constituti*, nec reseruationem fructuum, quia sunt traditiones fictæ, nec enim sunt maioris roboris, quàm sit traditio realis. Quocirca si hæc traditio non impedit variare quando emphyteuta ex emphyteutica, seu dominica concessione habet facultatem, & ius nominandi pluries vsque ad mortem, potéstque nominato Titio adhuc nominare Caium: à fortiore poterit, iterum, atque iterum non obstantibus clausulis *Constituti*, ac reseruandi fructus emphyteuticos: Quòd si dicas reseruationem vsusfructus transferre dominium per *l. quisquis, C. de donat.* & tradunt Parisius *lib. 3. cons. 90. num. 24. & cons. 88. col. fin. num. 95. eod. lib. 3.* & Thobias *cons. 1. num. 6.* Respondeo transferre dominium reoocabiliter, nisi emphyteuta in casu *d. l. nostra, titul. 37. in princip. & num. 1.* transferat totum ius, quod habet, in nominatum; quo casu abstinuit à se potestatem ampliùs variandi: quòd si non cedat illud ius omne, *posto que peras si reserue ousofructo*, adhuc potest variare. Cald. Pereira *d. cap. 4. de potest. num. 31.*

14. In terminis his in quibus emphyteuta habet potestatem variandi per relationem ad tempus mortis, quærimus an nominatio facta ob titulum dotis sit irreuocabilis? Affirmat Gama *decis. 382.* incipit. *Dubium hoc deciditur*: Segnra *in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* sequitur Flores de Mena *variar. lib. 2. quæst. 22. num. 20.* Negat tamen Valasc. *tom. 1. cons. 102. num. 36.* vbi tradit non sufficere dotis titulum ad faciendam nominationem in tempus mortis collatam irreuocabilem, nisi etiam addatur clausula, *que lhe tres passa todo o direito que na cousa à forada tem.* Et sine hac adiectione solùm titulus dotis non satis est ad nominationem irreuocabilem, quando facultas nominandi conceditur cum clausula, & mentione mortis. In eadem opinione est Cald. Pereira *de potest. eligendi cap. 2. num. 31. & cap. 4. n. 35.* Nam verbum *trespassando todo o direito*, est gerundij & importat conditionem, vt docent Cald. Pereira *d. cap. 4. num. 30.* & Valasc. *consult. 149.* Vtraque pars est probabilis, & pro vtraque parte iudicatum est; pro priori, bis in Senatu Portogalensi; & pro posteriori, quam tanquam receptiorem probat Barbos. Patens, *in suis remissionibus ad legem Regiam, lib. 4. tit. 37. ad §. 1. num. 2.* in eodem Senato semel, *anno Domini* 1588. Ratio illa videri potest, quia quemadmodum nominatio facta ab habente potestatem nominandi per relationem ad tempus mortis, est reoocabilis, sic etiam datio dotis, quæ habet eandem relationem ad idem tempus tanquam nominationis subrogatum quod induit naturam illius, in cuius

locum

locum subrogatur: *l. si eum, §. qui iniuriarum*, & *ibi* Scribentes, *ff. si quis cautionib.* nisi dotem constituens cæterum ius cedat, ac transferat, vel à se abdicet potestatem variandi. Vnde si cum titulo dotis per dictionem taxatiuam, qualis est *dumtaxat*, & similis alia pariter reseruet vsumfructum, opinatur Cald. *supra*, *num.* 36. fieri dationem dotis, & nominationem irreuocabilem: quod etiam defendit Gabriel Pereira eius filius *decis.* 9. *num.* 3. sed oppositum est verius.

15. Quæret aliquis, vtrùm nominatus siue sit filius, siue non, cum translatione totius iuris emphyteutici possit ad libitum disponere de emphyteusi per alienationem? Et videtur posse per Leg. Regiam *lib.* 4. *ordinat. tit.* 37. *num.* 1. *ad fin.* ibi. *Antes à pessoa emque assi for tres passada, podera dispor dadita cousa segundo diremos no titolo seguinte*: sed in titulo sequenti *eiusdem lib.* 4. *tit.* 38. *in princip.* decernit emphyteusim ab emphyteuta posse alienari de consensu domini; ergo sic nominatus irreuocabiliter poterit alienare emphyteusim. Cald. Pereir. *de potest. eligendi, cap.* 9. *num.* 9. dicens nominatum cum translatione totius iuris posse de emphyteusi disponere; & loco sui aliam secundam personam nominare, & hæredibus suis relinquere, etiam si præmortuus sit viuo adhuc nominante: Cald. *ibi, num.* 4. Quinimò *num.* 10. addit nominatum prædefunctum nominanti de emphyteusi etiam disponere posse, si constiterit nominantem, quando nominauit voluisse à se abdicare facultatem amplius nominandi: de quo maximè dubito.

16. Ex ea præsertim ratione, quia id solùm concedit Lex Lusitana *lib* 4. in casu *tituli* 37. *num.* 1. §. *Porem*, quando transfertur omne ius emphyteuticum in nominatum: at verò in casu *eiusdem tit. num.* 2. *vers. E seno contracto de foro*, vbi loquitur de nominante, qui habet potestatem nominandi semel simpliciter, sed irreuocabiliter, præmoriente nominato reuertitur ad nominantem emphyteusis; nec dicitur suum effectum plenè sortiri, ideóque posse nominantem iterum nominare. Vnde non esse eandem rationem, neque vim, in nominatione facta irreuocabiliter absque translatione totius iuris, benè sequitur; nec posse nominatum disponere de illa in vita, quando nominatio non consequitur plenarium effectum, nisi post mortem nominantis: iuxta quæ ipse Caldas Pereira *citatus* tradit post Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 38. ex eo quia nominatio non sortitur suum effectum adhuc, nisi nominatus consentiat, & viuat: quòd si non consentiat, vel renuntiet iuri suo, vel moriatur; caduca est ea nominatio: per text. *in cap. si electio, de elect. in* 6. & probatur ex traditis à Tiraquell. *in l. boues, §. hoc sermone, ff. de verbor. significat. limit.* 1. quando doctrinam extendunt ad similes casus, teste Molin. *ibi*, per text. *in l. hac conditio filia mea, in principio, ff. de condition. & demonstrat. & in l. qui per salutem.* Vnde præmoriente nominato in vita nominantis, non dicitur emphyteuta suo functus officio, potéstque adhuc nominare iterum: quod non potest contingere in eo, qui omne ius transtulit in nominatum, cum iam functus fuerit plenè officio suo. Constat denique *ex d. leg. nostra, lib.* 4. *tit.* 37. *num.* 5. §. *outro si*, vbi dicitur quòd quando habens potestatem nominandi, nominauerit simpliciter sine translatione iuris in nominatum, & nominatus præmoriatur nominanti; posse iterum nominare vt paulò antè dictum est; si quem nominatus præmortuus est antequam nominatio habuisset effectum: ita Lex. Vnde colligo nominationem factam cum cessione totius iuris esse omninò irreuocabilem, siue nominatus præmoriatur, siue superuiuat: cæteras autem nominationes aliter factas posse variari, si contingat præmoti nominatum; quia tunc potest iterum nominare nominans si nominato superuiuat: iuxta quod dicta Lex nostra *supra, num.* 5. dispoit §. *outro si quando o que tem poder para nomear.*

EPITOME.

17 *Nominatio causa mortis, & donatio, quibus egeant, vt firma sint?*

18 *Donatio causa mortis secundùm aliquos eget quinque testibus, vt sit valida.*

19 *Nominatio emphyteusis per relationem ad tempus mortis, quot testibus egeat, si fiat præsenti, aut absenti?*

Vtrùm nominatio causa mortis æquiparetur donationi causa mortis? Responsio est affirmatiua; ideò vtraque ad sui firmitatem eget quinque testibus ex *regul. l. fin. Cod. de donat. caus. mort.* 17.
Quod etiam dicendum est secundùm Leg. Regiam, *lib.* 4. *titul.* 80. *in princip.* & secundùm *l. fin. supra*, Burgens. cum aliis *in l.* 3. *Tauri, num.* 114. & licèt possit aptari regula codicillorum seruari solita in hoc Regno, sufficere scilicet ad donationem causa mortis quatuor testes, cuius rei fit mentio *lib.* 4. *Ordin. titul.* 86. §. 1. cùm videantur æqualia; & quod statuitur in vno ex æquiparatis, dicitur etiam decretum in reliquis: Gloss. *in cap. si postquam, de election. in* 6. Bartol. *in l. si constante, ff. solut. matrim. quæst.* 7. *post alios.* Verius tamen puto requiri testes quinque per Legem Lusitanam, & *l. fin. Cod. de donation. caus. mort.* quando fit nominatio emphyteusis causa mortis, si fiat extra testamentum, vel codicillum. Quod si fiat in aliqua vltima voluntate, exigit eius solemnitatem.

Non desunt apud doctissimum Petrum Barbosam, *in l. qua dote, num.* 104. & 105. *ff. solut. matrim.* qui putent requiri quinque testes omninò in donatione causa mortis: quòd si non adsint, quamuis fiat mentio mortis in donatione, non proinde censendam esse donationem causa mortis, sed inter viuos, vt actus valeat. Meliùs tamen respondet sapientissimus Barbosa, requiri scilicet quinque testes in ea donatione causa mortis, non vt sit valida, quia absque eo numero potest firma censeri; 18.
sed vt excuset insinuationem, quæ non excusatur si fiat donatio coram minori numero, quia tunc eget insinuatione: ita doctissimus Petrus Barbos. *ibi* post Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 16. secundùm *l. vltim. Cod. de donat. causa mortis*, vt etiam tradit Salycet. *in d. l. fin.* Alexand. *conf.* 83. *num.* 17. *lib.* 1. & Arias *l.* 1. *Tauri, num.* 24. Imò etiam tenet *ibidem, num.* 106. *in d. l. qua dotis*, si fiat præsenti cum duobus testibus, sustineri; cùm æquiparetur contractibus: Castrens. *in l. auunculo, ff. de donat. caus. mort.* Secùs si fiat donatio absenti, cùm in eo euentu induat naturam legati, eget tunc quinque testibus, vt firma censeatur: si verò reuocetur, eget duobus testibus, quando facta fuit præsenti; per *l. non omnis, in princip. num.* 10. *ff. si certum pet.* Decius *in d. l. non omnis, num.* 9. & *conf.* 306. *num.* 7. contra Vasalscum *consult.* 102. *num.* 7.

Ex dictis per doctissimum Barbosam colliges nominationem emphyteusis per relationem ad tempus mortis, vt dictum est, posse fieri præsenti cum duobus, absenti cum quinque testibus, sicut donatio causa mortis: Argumentum enim ab æquiparatis etiam valet; ac decretum in vno ex æquiparatis dicitur decretum in aliis: Gloss. *in d. cap. si postquam, de election. in* 6. Cassadorus *de constit decis.* 5. *num* 4. & *in tit. de iur. patron. quæst.* 6 *num.* 8. Fellus Fernand. 19.
in

in l. 4. Tauri, num. 25. & alij; quod argumentum ab æquiparatis etiam in correctoriis vim habet: per Glossam fin. *in l. si quis serue, C. de furt. & in l. quod vero, ff. de leg.* Alex. *cons. 171. num. 3. lib. 7.* & ideò dispositum in vno ab æquiparatis in altero esse dispositum censetur: quod procedit quando illa sunt in omnibus æqualia, & eandem habent rationem; nam similia eodem modo sunt iudicanda, quando conueniunt per omnia, vel saltem conueniunt in eo, de quo agitur: ita Thomas de Thomasset. *in Floribus leg. regul. 43.* Brunor. à Sole *in locis commmunib. verbo, Argumentum* 4. Surd. *cons. 200. num. 15. & cons. 259. num. 27.* Probata enim similitudine in eo de quo agitur, valet argumentum, quamuis daretur parua dissimilitudo: Barbos. *in cap. Inter cæteras, de rescript. n. 6.* Cùm ergo donatio causa mortis, & nominatio causa mortis sint æquales, & ex eadem stirpe, & radice deriuentur, si firma manet facta præsenti cum duobus testibus, cur non manebit rata nominatio causa mortis facta præsenti coram eisdem duobus testibus? cùm vtraque considerato principio æquiparetur contractibus, qui duobus tantùm testibus interuenientibus celebrari solent: sic Doctor Barbos. *d. num. 105.* dicens donationem causæ mortis pensato principio æquiparari contractui, *l. inter mortis, ff de donation. caus. mort.* Gloss. recepta *in l. 2. ff de dote prælegat.* Guiliel. *in cap. Raynum. de testam. verbo, testamentum, 4. à num. 34.* & sicut contractus duobus duntaxat testibus constant, *l. vbi numerus, ff de testib* idem ergo dicendum est in nominatione causa mortis, quod in donatione tali; cùm attento principio tam hæc, quàm illa contractibus æquipolleant: & in specie tradit Molin. *de primog. lib. 1. cap. 12. num. 16. de donation causa mortis*, quod substineatur duobus testibus celebrata, neque egeat quinque, nisi vt non egeat insinuatione: & ita intelligenda est *l. fin. C. de donation. caus. mortis*, & fortiùs id dicendum est in nominatione inter viuos facta de re emphyteutica, quòd sufficiant duo tantùm testes, vt nominatio subsistat, cùm sit contractus nominatus per *d. l. vbi numerus, ff. de testib.* Neque obstat quòd in lege Regia antiqua Ordin. Lusitan. *lib. 4. tit. 63.* exigebantur tres testes ad nominationem inter viuos, & *suprà in hoc §. vers. quares denique*, disputaui; quia *in recopilatione noua, eodem lib 4. tit. 37. §. 3.* illud verbum, *tres*, omissum, & expunctum; vbi modò ait, *prouara per testemunhas ao menes*, quasi satis sit inuenire veritatem in ore duorum, vel trium testium.

---

§. XXIV.

Vtrùm Titius possit nominare in emphyteusi suam secundam vxorem, relicto filio primogenito primæ vxoris, cum qua obtinuit emphyteusim in dotem?

EPITOME.

1 *Quæstionis species.*
2 *Prima vxor non potuit nominari à Paulo consanguineo in illa emphyteusi, & cur?*
3 *Spurij etiam possunt nominari ab Ecclesia ad emphyteusim.*
4 *Non potest concedi filiæ spuriæ etiam loco alimentorum emphyteusis.*
5 *Secunda nominatio facta à Paulo in Titium est valida.*
6 *Paulus nominans spuriam primò nominauit nulliter,*

non tamen amisit ius iterum nominandi.
7 *Paulo eligenti indignum nemo potest se opponere, nisi dominus directus.*
8 *Spurius ratione societatis potest obtinere dimidietatem fructuum emphyteusis.*
9 *Titius potuit nominare secundam vxorem, filio primi matrimonij repugnante.*
10 *Secunda vxor tenetur filiis prioris matrimonij reddere dimidium valoris emphyteusis.*
11 *Secunda vxor potest obiicere priori vxori spurietatem.*

Bertha spuria prior vxor Titij fuit nominata, 1
quando nupsit, in emphyteusi Ecclesiastica à consanguineo suo; & Pater Berthæ erat directus dominus, post nuptias celebratas; Titius veritus, ne nominatio facta esset vitiosa, petiit à Paulo consanguineo vxoris nominatæ, vt illum potiùs nominaret, annuit Paulus, & nominauit Titium cum potestate nominandi secundam vitam, & secundam, tertium. Defuncta Bertha reliquit filium, Titius secundas nuptias contraxit cum Adelasia, quam Titius nominauit in emphyteusi in secunda vita, relicto filio prioris matrimonij. Is nouercam vult conuenire dicens se nouercæ præferendum, cum illa emphyteusis fuerit Titio in dotem data contemplatione Berthæ matris suæ. Quæritur quid iuris?

Respondeo primò, Bertham spuriam priorem vxo- 2
rem Titij non posse nominari à Paulo consanguineo Berthæ in illa emphyteusi Ecclesiastica in qua Pater Berthæ erat dominus directus cùm ad eius Ecclesiam pertineret, nisi ad hunc effectum facta fuisset habilis à Summo Pontifice: ita Bald. *in l. qualiter, §. cùm autem, C. de instit. & substit.* Decius *ibi*, & alij communiter, vt per Alexand. *cons. 128. num. 9. lib. 1.* Ripa *in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 60. ff. ad Trebell.* Bernard. *in regul. 231.* & probatur ex textu *in cap. 1. §. naturales, si de feud. fuer. controuers.* per argumentum de feudo ad emphyteusim. Item quia huiusmodi spurij sunt infames infamia facti: vt per Molin. *lib. 1. de primog. cap. 13. num. 16.* per quæ omnia, & alia, spurij excluduntur à successione, seu nominatione emphyteutica, quos Ecclesia maximè odit: argument. text. *in l Lucius, §. Lucius, ff. de legat. 2.* Cùm ergo Bertha fuerit filia Sacerdotis, & emphyteusis esset Ecclesiastica, non potuit in ea nominari.

Nec facit contrà, si dicas etiam spurios posse no- 3
minari ad emphyteusim Ecclesiasticam à principio, si fiat potestas nominandi quemcunque voluerit, quasi tunc ex huiusmodi data potestate spurij etiam incapaces includantur, ex regula *l cùm quidam, ff. de legat. 2.* cum aliis, de quib. Molin. *lib. 2. de primog. c. 5. à princip. & à num. 46.* quia hoc procedit quando à principio Ecclesia fecit facultatem nominandi per verba adeò ampla, quæ importent omnimodam facultatem nominandi: nempe si dicatur, *poterit nominare quemcunque voluerit*, vel similia verba: censetur enim in hoc casu Ecclesiam voluisse vt spurij etiam nominentur; argumento *l. vltim. in fine, C. de dotis promiss.* Valasc. Lusit. *tom. 2. consult. 134. num. 10.* dicens quod quando Ecclesia concedit emphyteusim Ecclesiasticam Bastardis, aut spuriis, hoc facere à principio, quia norunt personas illorum, & hoc iure non prohiberi testatur Gama *decis. 2. n. 8.* & Cald. *de nomin. q. 21. n. 21.* post Bart. *in l. 2. n. 5.* & *ibi* Iason *n. 122. C. de iur. emphyteut.* vbi volũt posse à principio spurio emphyteusim concedi: secùs verò quando potestas nominandi conceditur per verba, quę denotant arbitriũ boni viri: tunc non potest nominari indignus, nec spurius: ita Paul. *in d. l. cùm quidã, ff. de legat. 2. n. 2.* Peralt. *n. 5.* & in nostro casu emphyteusis fuit concessa à Sacerdote patre ipsius Berthæ Paulo consanguineo

cum potestate nominandi secundam personam: quæ verba, quamuis faciant potestatem nominandi etiam extraneos, non tamen fit potestas nominandi indignum, seu spurium, cùm non sint verba omnimodam libertatem nominandi significantia; atque ita necessariò referenda sunt ad arbitrium boni viri: vt Palatius *in cap. per vestras, notab. 3. §. 26. num. 3.* post Petrum de Bella petr. & alios *ibi* à se relatos.

Accedit quia Bertha nominata erat filia presbyteri à quo Paulus consanguineus obtinuit emphyteusim: ac proinde licèt Paulus Bertham nominauerit in secundam vitam dum illi emphyteusim in dotem tradidit, Paulus fuit executor, seu gestor negotiorum ipsius presbyteri; & reuera non Paulus, sed presbyter ipse pater ipsius Berthæ emphyteusim per circuitionem tradidit in dotem personæ, quam Paulus nominauit: secundùm *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de legat. 2.* docet Bart. receptus *in l. mortis causa, ff. de donat. caus. mort.* & probatur, quia sicut presbyter pater spuriæ non poterat concedere emphyteusim Ecclesiasticam filiæ spuriæ; sic etiam id non poterat mediatore Paulo consanguineo: ex recepta resolutione *in d. l. vnum*, vbi habetur; illum, qui eligitur, seu nominatur ad eligendum aliquem, ad quem verba disponentis deueniant, non posse nominare, seu eligere vnum quem ipse disponens non potuit: ita Paulus *in d. §. 1. num. 2.* vbi Padill. & alij post Bartol. *in l. vltim. num. 7. C. de his quib. vt indign.* Molin. *vbi suprà, num. 2. cap. 4. num. 8. & 9.* Idcircò in isto casu non procedit quod aliqui notant; nempe quod Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 36. num. 4.* præcipit, quatenus ait spurium non succedere in emphyteusi, esse intelligendum duntaxat, quando agitur de successione ab intestato nulla præhabita nominatione, vt Ordinatio loquitur *in præcedenti numero.* At verò si spurius nominetur, posse succedere, tanquam qui accipit non à nominante, sed à primo concedente; iuxta *d. §. 1.* resoluit Paul. per text. *in l. si is qui ex bonis, num. 5. ff. de vulgar.* vbi Alexand. & Iason *num. 7. in fin.* Peralta *l. vnum, in princip. ex num. 27.* Idem *in §. Rogo, ibidem, num. 6.* Molin. *d. lib. 2. cap. 4. num. 9.* quia hoc procedit in emphyteusi seculari, in qua verosimiliter creditur concessio facta esse etiam spuriis, & secularis emphyteusis per nominationem potest deuenire ad spurios, de quibus ipse concedens sensit, & quos non abhorret. Cæterùm in emphyteusi Ecclesiastica longè aliter censendum est; maximè quando concedens est pater spuriæ ipsius, vt in præsenti casu: quia spurius ex intentione Ecclesiæ concedentis emphyteusim non includitur.

4. Nec excusatur, si dicas emphyteusim prædictam fuisse concessam filiæ spuriæ loco alimentorum: Quia quamuis clerici teneantur alere filias spurias, & consequenter dotare pro ratione alimentorum tantùm, etiam ex reditibus beneficij, iuxta *cap. cùm haberet, de eo qui duxit in matrimonium*, & resoluit Gloss. *in cap. omnino, quæst. 31.* Abbas *in cap. peruenit, de arbitr.* Iason *in l. 1. num. 30. ff. solut. matrim.* Boër. *decis. 129. num. 8.* Id intelligitur de bonis acquisitis Ecclesiarum intuitu, de quibus possunt in vita disponere, quocunque modo licito: Nihilominus non possunt concedere filiis emphyteusim Ecclesiasticam, de qua non possunt disponere, nisi secundùm regulam iuris. Adde secundùm communem, non posse vltra debitam quantitatem alimentorum spurios quicquam consequi: ex Abbate *in d. cap. cùm haberet*, quod tradunt multi relati per Couarr. *de sponsal. p. 2. cap. 8. §. 6. num. 11.* Duenn. *regul. 367. allegation. 3.* & in nostro casu, vt constat ex dotali scriptura, minor dos sufficiebat ad alimenta; imò ipsamet Bertha per transmissionem emphyteusis in maritum Titium, obtinuit dimidios fructus emphyteusis constante matrimonio.

Respondeo secundò transmissionem, seu nominationem secundam à Paulo consanguineo in Titium Berthæ maritum esse validum. Probatur primò, quia fuit approbata ab Ordinario, & authoritate Apostolica confirmata; secundò, quia Titius erat capax, & dignus. Nec obstat dicere Paulum consanguineum non potuisse secundam nominationem instituere, cùm iam primam concessionem fecisset, & abs se omne ius nominandi abdicasset, & consequenter nihil iam erat, de quo circa illam emphyteusim per nominationem alteram disponere posset in fauorem Mariti Berthæ, iuxta Ordinationem Lusitan. *lib. 4. titul. 37. num. 1. & 2.* Quia hoc est verum, quod *ibi* statuit Lex nostra Regia, quando prima nominatio fuit valida: nam tunc expirauit potestas nominandi, & totum ius emphyteuticum penes nominatam personam residet, in quam translatum est: secùs verò quando prima translatio nihil valuit, nec suum effectum obtinuit. Vnde qui semel nulliter nominauit, potest iterum nominare, quia nulliter nominare, & non nominare, idem sunt: per regul. *l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicat.* Confirmat Lex nostra *d. titul. 37. num. 5. ad fin.* quatenus ait: *Ouuisse effeito à nomeaçam*, quibus verbis Ordinatio vtitur, ne secunda nominatio sit irrita, & secundùm hunc intellectum explicandus est alter §. eiusdem Ordinationis *eod. titul. num. 2.* vbi dicitur: *Quequem hua vez nomear, nam poderà nomear à segunda vez.* Quod procedit quando prior nominatio fuit valida, & sortita est suum robur; vbi redditur bona ratio, non posse scilicet fieri secundam nominationem, eo quòd prior valuit, & omne ius per eam nominationem fuit quæsitum personæ nominatæ: quod non potest stare, nisi quando prior nominatio sustinetur: Igitur si prior non valet, secunda valebit: ita Bartol. de cuius doctrina fuit desumpta nostra Ordinatio *vbi proximè, in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verbor. obligat.* & ex doctrina Bald. *in l. 1. Cod. per quas personas nobis acquiritur*, vbi ius quæsitum non potest auferri voluntariè, & pro libito à concedente, seu donante. Idem dicendum est in stipulatione facta per Tabellionem nomine absentis, cui non potest auferri ius illud voluntariè per alteram partem secundùm magis communem; & in omnibus iis terminis loquuntur Doctores in iure quæsito, per actua validos; secùs in nostro præsenti casu, quia prior nominatio nihil valuit ex defectu spurietatis. Ideò potuit Titius iterum à Paulo consanguineo nominari, non obstante priore nominatione facta ab eodem Paulo Berthæ spuriæ, cùm non amiserit ius eligendi, neque nominandi, nisi effectu secuto: *cap. si electio, de electiõ. lib. 6.* vbi Gloss. & communis, *l. hac conditio filia mea, in princip. ff. de condit. & demonstr.* Titaquell. *in l. boues, §. hoc sermone, prima limitation.* Molin. *d. lib. 2. cap. 4. num. 38.*

Nec videtur Paulus amisisse ius iterum nominandi, ex eo quòd elegerit indignam indignitate iuris: quia Doctores, quando id asserunt, loquuntur de indignitate totali ex reprobatione, & prohibitione iuris absoluta: text. *in cap. gratum, de postulat. Prælat. Authent. de sanctiss. Episcop. §. si quis autem oratory, col. 1.* Molin. *allegatus, num. 39.* quia hæc indignitas est sufficiens ad irritandam priorem nominationem, non vero tollit ius iterum nominandi, cùm non sit indignitas totalis ex reprobatione iuris absoluta, de qua Doctores, & textus loquuntur. Quod probatur, quia Ecclesia à principio & Parochus nomine illius seruatis seruandis poterat concedere hanc emphyteusim spuriis; ex doctrina Bald. *in c. qua in Ecclesiarum, n. 4. §. & nunc reuertor, de constit.* Iason 6.

Iaſon *in l. generaliter. § cum autem,num.*11. *C.de inſtit. & ſubſtit. & l. ſed ſi hac, §. liberos, num.*2. *ff. de in ius vocand.* Bernard. *in d. regul.* 131. ex quibus conſtat, ſpurios non eſſe omninò indignos indignitate iuris, & conſequenter nominantem illos non amiſiſſe ius iterum nominandi, vt quotidie praxis obſeruat: paria enim ſunt nulliter eligere, & non eligere: vt probat Peralta *in d.l. vnum ex familia, §.*1. *ad fin. ff. de legat.*2. *& in §. ſequenti,num. fin.* & in Patrono nulliter præſentante, eo quòd non expirauit ſuum officium, poteſt iterum præſentare: ita Probus *in cap. ſi abſenti, de præbend. lib.*6.*num.*32. Mandoſ. *in regul. Cancell.*31. *quæſt.*12. *in fine*, vbi probat legem abſolutè loquentem loqui de actu valido, non de inualido. Quocirca ſecundus actus validus appellatur primus, quando primus fuit nullus: *cap factus eſt, in fin.* 7. *quæſt.*1. Geminin. *conſ.*138. *poſt princip. verſ. item nullum*, vbi etiam ſenit de reſcripto, ſeu commiſſione nulla mentionem non eſſe neceſſariò faciendam. Confirmatur ex traditis à Tellio *in l.*35. *Tauri, num.*2. *&* 3. vbi docet per actum nullum non extingui poteſtatem faciendi, *l. hac conditio filia mea, ff. de condition & demonſtr.* quam ſententiam probat Cald. *de poteſtat. eligend. cap.*3. *num.*14. *verſ. quibus tamen non obſtantibus.* Igitur in præſenti caſu, potuit Paulus iterum nominare, quoties nulliter nominauit. Sed ſi dicas illum nominaſſe ſcienter indignum, hoc eſt ſciebat filiam Clerici eſſe ſpuriam, & ſciebat ſpuriam nullomodo poſſe admitti ad emphyteuſim Eccleſiaſticam. Tunc ſunt qui dicant ampliùs nominare non poſſe: ſic loquitur Molin. *d. cap.* 4. *num.*38. & Tiraquell. *In l. ſi vnquam, verbo, reuertatur, num.*301. *in fin. Cod. de reuocand. donation.* & probat *cap. cum in cunctis. de electiõ. §. vltim.* text. *citat. in cap. grauum, de poſtul. Prælat.* Vbi ex electione indigni indignitate iuris ſcienter facta, eligentes ius eligendi pro illa vice amittunt. Quibus tamen reſpondeo filiam ſpuriam non eſſe omninò indignam indignitate iuris totaliter reprobata, cùm videamus ſpurios beneficio Summi Pontificis habiles ad Eccleſiaſticam emphyteuſim; & Paulus nominans erat vir illiteratus, & neſciebat Bertham eſſe indignam; in quo caſu non eſt præſumendum nominationem indignæ fuiſſe factam ſcienter, ſed ignoranter: ita Peralta *in d. l. cùm quidam, num.* 3. quem ſequitur Molin. *cit d.num* 39. *ad fin.*

7. Accedit, quia dato, & non conceſſo quòd nominans eligens Bertham indignam, perdidiſſet ius iterum nominandi Titium illius maritum: nemo ſe illi poterat opponere, niſi idem Clericus Pater Berthæ, cuius Eccleſiæ erat emphyteuſis, ad quem Eccleſiaſtica emphyteuſis deuoluebatur, & vtile cum directo dominio apud Clericum conſolidabatur: ita gloſſ.4. *ad fin. l his conſequenter, ff famil erciſc.* recepta, vt per Doctores *ibi*. Boët. *deciſ.*29. *num.*19. & Coſta *in cap ſi pater*, 1. *part. verbo, vxore, num* 12. & in caſu de quo agitur, pater ſpuriæ nedum reſtitit ſecundæ nominationi à Paulo conſanguineo, ſeu famulo eiuſdem Clerici, ſed etiam approbauit, & conſenſum præſtitit, vt conſtat ex inſtrumento tranſmiſſionis in Titium maritum ipſius Berthæ.

8. Nec obſtat ſi dicas ſecundam nominationem eſſe inualidam, cùm fiat ab eodem Paulo Titio marito contemplatione Berthæ vxoris illius; & tunc ſecundùm noſtras leges *lib.*4. *tit.*46. matrimonia celebrantur per chartam medietatis, & Bertha dimidium emphyteuſis per interpoſitam perſonam mariti obtinebit: quod videtur fieri non poſſe: *l. nec per ſe, C. de hæred inſtit.* cum aliis; quia per tranſlationem factam in fauorem mariti, eſto, Bertha habeat dimidium reddituum, eiſque fruatur, emphyteuſis acquiritur marito in ſolidum, ita vt ipſe ſolus poſſit nominare quem voluerit inconſulta vxore, eiúſque conſenſu non quæſito: vtilitáſque proueniens ex redditibus conceditur vxori ex beneficio legis Luſitanæ, & ex contractu mutuo Societatis vniuerſalis communicantis bona inter coniuges, non verò id procedit ex immediata nominantis diſpoſitione; neque hoc modo prohibita eſt acquiſitiò ſpuriæ: *l. qui Titij, ff. de his quib. vt indig.* Bart. *num.* 3. *l. ſi is qui ex bonis*, vbi Iaſon *num.*10. *ff. de vulgar.* tradit in caſu ſimili Bartol. *num.* 6. poſt Dyn. *l. qui duos*, per text. *ibi*, *ff v leg.* & alij per Couarr. 2.*p. de ſponſal. cap.*8. *§.*5. *num.*11. Quod etiam videmus in maioratibus de bonis Coronæ, qui ad fœminas venire non poſſunt. Cæterùm fœminæ contemplatione maritorum participant ex bonis maioratuum conſtante matrimonio, maximè quia dictum eſt; Nemo, excepto Clerico, qui nomine Eccleſiæ opponi poteſt, de iure poteſt contradicere ſecundæ nominationi à Paulo factæ in fauorem Titij, nec obiicere indignitatem ſpurietatis. Ex quibus conſtat priorem nominationem Berthæ factam eſſe nullam, & nominationem poſteriorem in fauorem Titij valere, & filium Berthæ nullum ius in ea emphyteuſi habere per contemplationem ipſius matris, cùm mater ob ſpurietatem nominari non potuerit, & conſequenter nec potuerit filium nominare.

9. Nec facit pro dicto filio Berthæ, fuiſſe acquiſitam emphyteuſim conſtante matrimonio inter Titium, & Bertham, & acquiſitionem illius factam eſſe ob contemplationem Berthæ matris: Quia neque ob id dicta emphyteuſis potuit pertinere ad filium; imò dictus Titius potuit reluctante filio nominare ad illam emphyteoſim ſuam vxorem ſecundam, cùm emphyteuſis ſit de libera nominatione abſque obligatione nominandi filios, ſeu filias: non poterat tamen nominare ſuam priorem vxorem Bertham, etiamſi tam amplam nominandi poteſtatem faceret, quantam important verba pro eo, qui nominabitur à domino vtili, quia nec tunc ſit facultas nominandi ſpurios. Igitur hæc facultas extenditur ad perſonas habiles, vt tradunt communiter Scribentes *in d.l cùm quidam, ff. de legat.*2. Peralta *ibi, num.*5. Palatius *in cap. per veſtras, §.*26. *num.*3. *de donation.* Quod etiam procedit, quamuis conceſſio, ſeu facultas nominandi facta ſit pro quibus dederis, ſeu nominaueris: quia hoc eſt intelligendum pro capacibus, ſeu habilibus: ita Alex. *conſ.*106. *num.* 3. *vol.*4. Roland. *lib.*1.*conſ.*3.*num.*14. *&* 16. Imò Alex. *ibi* addit, etiamſi fiat poteſtas nominandi quemcunque, adhuc illa ampla facultas nominandi conſideranda, & accipienda eſt ſecundùm naturam rei de qua agimus: Ideo hæc ſpuria nominari non poterat, licèt conceſſio facta Paulo conſanguineo eſſet per verba denotantia omnem libertatem: ita Roland. *d. vol.*1. *conſ.*3. *num.*15. Semper enim facultas refertur ad perſonas non prohibitas: & ſicut à parte ipſa ſpuria nominari non poterat in ea emphyteuſi, ſic nec per Paolum interpoſitum. Confirmat Bald. *conſ.*207. *vol.*2. dum ait non poſſe ſpurium ſeu indignum nominari, quamuis poteſtas conceſſa ſit nominandi quem voluerit: hoc enim eſt ex capacibus; atque ita debent nominari capaces: ita Rubeus *conſ.*110. *num.*5. *&* 6. Roland. *vbi ſuprà, num.*16. Iterum, atque iterum confirmat in ſpecie propoſita. Nec differt Gomeſius *quæſt.* 2. *in regul. de triennal.* vbi ait ſpurium, beneficium poſſidentem, regula illa non iuuari, ſi non ſit diſpenſatus: & quamuis verbum, *quicunque*, denotet poſſeſſorem beneficij iouari ea regula, ſi per triennium fuit in poſſeſſione illius; non poſſe tamen ſpurium ſe tueri, quia verbum *quicunque* reſtringitur ad perſonam beneficij

Eccleſiaſtici capacem, ſecundùm *l. vt gradatim, ff. de muner. & honor.* Decius *conſ.* 171. *col. fin.* & Gomeſ. poſt plures *vbi proximè*.

Nec obſtat reſponſum Iuriſconſulti *in l. cùm quidam, ff. de legat.* 2. vbi Vlpianus reſpondit illum, cui commiſſa eſt poteſtas libera eligendi, ſeu nominandi, etiam indignum nominare ſeu eligere poſſe: ſequitur Padilla *ibi, num* 4. Gama *deciſ.* 2. *num.* 3. & *deciſ.* 149. *num.* 3. & *deciſ.* 377. *num.* 6. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. & *ſequent.* & *num.* 46. Cald. *de nominat. quæſt.* 19. *num.* 62. & 64. quia quamuis concedamus id ita fieri, & poſſe per illam clauſulam, *quem voluerit*, eligi ſcilicet indignum indignitate facti. Negat tamen Peralta *in d. l. cùm quidam num.* 40. poſſe eligi indignum indignitate iuris: ſequitur Molin. *lib.* 2. *de Primog. cap.* 5. *in princip.* Anton. Gomeſ. *tom.* 1. *cap.* 12. *num.* 48. Iaſon *in l. ſi ſic, ff. de legat.* 1. Pelaez *lib.* 1. *de maiorat. quæſt.* 48. *num.* 1. Loazes *in l. filiusfamilias, §. Diui, num.* 82. *ff. de legat.* 1. & Seguta *in repet. fol.* 49. qui omnes dicunt cum Peralta *in d. l. cùm quidam*, habentem liberam poteſtatem eligendi poſſe eligere indignum indignitate facti, hoc eſt non bene merentem ipſi teſtatori, eam liberam facultatem concedenti; imò teſtatorem offendentem: non verò poſſe eligere indignum indignitate iuris. Item quia in præſenti quæſtione aliter etiam pronuntiari poteſt, nempe ſupradicta non procedere; quia conſanguineus emphyteuta accepit emphyteuſim à clerico patre Berthæ, qui erat dominus directus emphyteuſis, & ſicut pater non poterat vocare ad emphyteuſim filiam ſpuriam, ſic nec conſanguineus nomine eiuſdem patris; aliter fraus fit legi interdicenti; ne pater bona ſua transferat in filios ſpurios, *§. fin.* & *ibi* Angel. *Inſtit. quib. mod. natur. efficiant. ſui*, quoniam à patre magis quàm à Paulo conſanguineo accipere videtur: ex regul. *l. vnum ex familia, §.* 1. *ff. de legat.* 2. ob quam rationem Bartol. *in l. fin. num.* 7. *Cod. de his, quib. vt* [illegible] & Molin. *lib.* 2. *de Primog. cap.* 4. *num.* 8. & 9. Meneſius *in d. l. vnum*, poſt alios docens, non poſſe emphyteutam nominari in ſecundam, vel tertiam perſonam, filium ſpurium domini directi; ſiquidem à patre ſpurium nominari non poſſe teſtatur Cald. *de nominat. quæſt.* 19. ſatis plenè. Quinimò idem Molin. *ſupra* addit illum, qui ab inſtitutore Maioratus habet facultatem eligendi deſcendentes, ſeu conſanguineos inſtitutoris, etiam ſpurios, non poſſe eligere filium ſpurium inſtitutoris. Ratio quia ea ſucceſſio non fit ab eligente, ſed à committente poteſtatem eligendi, à quo electus cenſetur capere; ideò non poteſt eligi ſpurius filius inſtitutoris: Bald. *in l. id quod pauper. num.* 34. *Cod. de Epiſcop. & Cleric.* quem ſequitur Peralta *in d. l. cùm quidam, num.* 4. *ff. de legat.* 2. & Anton. de Padill. *d. l. vnum ex famil. §. ſi de falcid. ff. de legat.* 2. *num.* 2.

10. Ex dictis ſequitur bene potuiſſe Titium ſuam ſecundam vxorem nominare in ſecundam perſonam, cùm emphyteuſis fuerit de libera nominatione pro eo, quem nominauerit, excluſo filio prioris matrimonij: fauet Ordinatio noſtra *lib.* 4. *titul.* 97. *num.* 25. incipit: *O filho, ou filhos*, vbi agitur de emphyteuſi liberæ nominationis, quam pater emit poſt contractum matrimonium; vbi etiam dicitur filium à patre nominatum teneri ſoluere vxori nominantis, eſto, mater filij non ſit, ſuam partem tam emphyteuſis, quàm meliorationum: & ſi contingat vxorem à viro ſuo nominari ad emphyteuſim, eodem modo tenebitur ſatisfacere hæredibus mariti. Ex quibus verbis planum fit poſſe vxorem etiam ſecundam nominari à marito ad emphyteuſim, quamuis ſuperſint filij mariti defuncti ex alia vxore: ac proindè non eſt præferendus filius prioris matrimonij nouercæ nominatæ, dummodò illa ſatisfaciat filio mariti defuncti, ratione emphyteuſis, & meliorationum, quæ in eadem emphyteuſi repertæ fuerint; & in propoſito caſu ſecunda vxor defuncti nominantis tenetur reddere dimidium pretij emphyteuſis, quando fuerit empta à principio vltra dimidium magnarum meliorationum: prout diſponitur in d. Ordination. Luſitana *lib.* 4. *titul.* 97. *§.* 25.

11. Vltimo. Secunda vxor Titij defuncti poteſt opponere ius ſpurietatis: quia quamuis nemo neque agendo, neque excipiendo poteſt indignitatem obiicere, per gloſſ. receptam *in l. iùs conſequenter, §.* 1. *ff. famil. erciſcund.* hoc procedit quando aliquis agit de iure comparando, & actione ex tali obiectione: vt notat Alberic. *in eodem §.* 1. & *in l. loci corpus, §. competit, ff. ſi ſeruit. vend.* Cæterùm ſi partes noluerint actionem obtinere, ſed ſolùm voluerint ius ſuum roborare, quod iam habent; hoc non denegandum eſt partibus, eo quòd multa proſunt ad fortificandum, quæ non proſunt ad præſtandam actionem, aut exceptionem: quapropter quandoquidem ſecunda vxor habet nominationem, & vxor prior etiam habuit alteram, & quæſtio orta eſt, quænam ſit nominatio præferenda; optimè poteſt ſecunda vxor opponere defectum ſpurietatis priori: eò magis, quia is defectus eſt iuris; quæ obiectio, ſeu allegatio cùm iuris ſit, nemini denegari poteſt; eo quòd hoc pertinet ad ius publicum, ſcilicet vſus iuris in ſe, argumento *cap. indultum, de regul. iur. in* 6. Atque ita ad prælationem nominationis bene poteſt defectus ſpurietatis allegari. Ex quibus concluditur non poſſe perturbari ſecundam vxorem nominatam in emphyteuſi à filio prioris coniugij; cùm ſecunda nominatio illi facta valeat, & prior nequeat ſuſtineri.

---

§. XXV.

Vtrùm pater nominans ad emphyteuſim poſſit grauare nominatum ſiue in teſtamento, ſiue extra?

EPITOME.

1 *Non poteſt grauari nominatus propter nominationem.*
2 *Non poſſe ſucceſſores in maioratu grauari ab anteceſſoribus oſtenditur.*
3 *Poſſe grauari in emphyteuſi à nominante, quando eſt probabilius.*
4 *Grauamen non imponitur ſuper emphyteuſi, ſed ſuper emphyteuta.*
5 *Nominans non tenetur nominare ſi velit.*
6 *Vtrùm poſſit teſtator grauare hæredes, quos non tenetur inſtituere.*
7 *Pater poteſt grauare filium à ſe melioratum.*
8 *Pater an poſſit grauare filium nominatum ad emphyteuſim de familia.*
9 *Nominatio neceſſariò facienda pro certis perſonis non poteſt grauari.*
10 *Grauamen dandi decem in emphyteuſi de familia, quando imponi poſſit?*

1. VTrùm in omni emphyteuſi tam liberæ nominationis, quàm de pacto, & prouidentia, poſſit imponi grauamen à patre nominante, ſiue in teſtamento, ſiue extra? Pro parte negante facit, quia nominati non capiunt emphyteuſim à nominante: *l.* 6. *§.* 1. *ff. quod cuiuſque vniuerſ. nom. cap. literis, de reſtit. ſpoliat.* & Decius *conſ.* 251. *col.* 2. & probant Scribentes

in

in l. vnum ex familia, 69. §. 1. ff. de legat. 2. proinde nequeunt nominantes grauare nominatos, quia illis de suo nihil omnino conferunt: ita Gratus *conf.* 32. *n.* 8. *vol.* 1. Aretin *conf.* 53. Anchar. *in d. cap. literis, de restit. spoliat. num.* 3. Cùm ergo nominans nihil de suo donet nominato, nullum onus debet illi imponere. Idem constat *ex §. 1. citat ff. de legat.* 2. ibi: *Quid enim est, quod de suo videtur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit?* quasi dicat, nihil reddidit; igitur ex ea nominatione quicquam non potest adiungere grauaminis, eo quòd erga nominatum nullam exercet liberalitatem; sed eam capit ab eo, qui potestatem nominandi contulit.

2. Secundò probatur ex successore in maioratu, qui non potest grauari ab illo, cui immediatè succeditur, quia eligens non censetur aliquid dare electo, sed id quod datur non ab eligente, sed ab institutore Maioriæ censetur datum: Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 10. dicens eligentem, dum eligit, factum agere necessarium; ideoò non posse grauare electum: per regulam, neminem posse grauare illum, quem non potest honorare: *l. ab eo*, cum similib. *C. de fideicommiss.*

Tertiò beneficium Ecclesiasticum absque vlla conditione, & onere conferri debet, quia collator cum de suo nihil conferat, nihil oneris addere debet: nam conferendo, aut eligendo ad beneficium, nudo ministerio tantùm vtitur: ergo collatio debet fieri absque vllo onere, conditione, & modo: *cap. Sanctorum*, 1. *quæst.* 1. *cap. quam pio*, 1. *quæst.* 2. *cap. Saluator*, 1. *quæst.* 3. & *cap. Consuluit*, vbi Scribentes, *de Simonia*, & *cap. penult. de elect.* Flamin. *de confidem. quæst.* 28. *à num* 4. & nihil potest dari, iuxta illud: *Gratis accepistis, gratis date: cap. Presbyter*, 1. *quæst.* 1. *cap. penult.* vbi Doctores, *de electione.* Quòd si electio fiat sub conditione tacita, vel expressa soluendi pensionem eligenti, aut alteri; corruit electio, & committitur, simonia confidentialis: Flamin. *d. quæst.* 18 *à num.* 174. *cum sequentib.* Similiter in nostro casu, nihil oneris imponi potest nominato à nominante.

3. Distinctionis tamen gratia, cùm emphyteusis altera sit liberæ nominationis, & altera de pacto, & prouidentia, seu de familia, seu hæreditaria; dicendum est siue pater nominet filium, siue non, ad emphyteusim liberæ nominationis; posse imponere nominato aliquod grauamen, seu conditionem: quia quamuis verum sit, quòd qui necessariò eligit, nullam exercet liberalitatem, cùm teneatur vnum eligere: nihilominus eligendo potiùs hunc, quàm illum, non est dubium, quòd exerceat liberalitatem; imò eligens videtur donare. Molin *de Primog. d. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 31. *cum sequentib.* quia vbi quis potuit tibi adimere, & non ademit, censetur dare: *l.* 1. § *sciendum*, vbi Gloss. *ff. de legat.* 3. *l. cùm hic status*, *ff. de donation. inter vir. & vxor.* Atque in primis certi iuris est, posse poni grauamen nominato, si ipse consentiat: argumento filij, cui non potest poni in legitima onus; *l. quoniam in prioribus, Cod. de inofficios. testament.* consentienti tamen filio potest pater adiungere onus in illa: ita Socin. *conf.* 230. *in princip. lib.* 2. Anton. Gomes. *de testam. cap.* 11. *post num.* 25. etiamsi ipso iure habeatur pro non posito, vbi non accedit filialis consensus: vt tradunt Imol. *in l. si quis posthumos, ff. de liber. & posthum.* Alexand. *conf. vltim. lib.* 5. *num.* 10. Guiliel. *in cap. Raynunt. de testament. verbo, In eodem testamento relinquens, in* 2. *num.* 18. quòd si interueniat consensus, tenetur filius ad implendum onus: vt ait P. Molin. *tom.* 1. *de iust. disput.* 177. *pag.* 1061. modò consensus sit expressus, non verò tacitus; ergo quando nominans potiùs hunc, quàm illum

eligit, censetur erga illam liberalitatem exercere; & ex consequenti potest adiicere onus nominato ad emphyteusim.

Ducor ad hoc primò, quia nominatus honoratur à nominante: sed quando nominatus honoratur, & accipit à nominante aliquid commodi, potest grauari, per *l. ab eo, C. de fideicommiss.* & *l. vnum ex famil.* §. *sed si fundum*, *ff. de legat.* 2. Ratio, quia in toto titulo *C. de iur. emphyteutico* id non reperitur prohibitum, sed sola alienationis prohibitio cernitur, & translatio iuris domino inconsulto est interdicta; vt constat ex *l.* 1. 2. & 3. *Cod. de iur. emphyt.*

Secundò moueor, quia hoc grauamen non fertur super rem emphyteuticam, sed super nominatum, illúmque respicit personaliter: proinde personæ imponitur, non autem emphyteusi; neque illa est obligata oneri, sed nominatus. Pro quo facit, quoniam si ipse consentiat, nemo dubitat grauamen esse validum, & consensus semel præstitus non potest reuocari; *l. per fundum, ff. de seruit. rustic. prædior.* & tradit Crauet. *conf.* 24. *num.* 10. & *conf.* 200. *num.* 2. Beccius *conf.* 6. *num.* 19. Imò si nominatus sit præsens, & taceat, tenebitur adimplere conditionem impositam; censetur enim tunc expressè consentire: vt patet exemplo vxoris præsentis, & tacentis, dum maritus dotauit filiam prioris matrimonij de bonis communibus, quæ censetur præstitisse consensum, ac si expressè ipsa filiam mariti dotasset, cùm contraire posset: argument. *l. si seruus communis, ff. de donation. inter vir. & vxor.* Cald. Pereira *de renouat. quæst.* 16. *num.* 56. & 57. Sed quando ipse consensit, ipsi grauamen adimplere incumbit: igitur illi, & non rei adiecta est conditio, ac grauamen. 4.

Tertiò moueor, quia emphyteuta sicut potest nominare Titium, vel Sempronium ad emphyteusim, sic potest neutrum nominare; quia potest decedere nemine nominato: quocirca si nominet Titium, & relinquat Sempronium, poterit pro hac præferentia, & pro hoc honore Titio exhibito, illum grauare, cùm id egerit nullo iure coactus; sicut donatarius à donante granari potest: argumento *l. quoties*, & *l. perfecta*, *C. de donation. quæ sub modo.* Et probatur, quia etsi regulariter nominatus dicitur capere à domino, non autem à nominante; cùm tamen hic nominans habeat potestatem nominandi liberè, quem maluerit, ex vi conuentionis suæ; non iam nomine directi domini, sed iure proprio sibi ex stipulatione, ac conuentione acquisito, nominare, & eligere censendus est; cui tanquam domino iure proprio competit facultas eligendi, non autem alieno; suámque exercet in nominatum gratiam, ac liberalitatem. Quare poterit illi onus, seu conditionem iniungere: argumento *l. ab eo, Cod. de fideicommiss* vbi decernitur, illos posse onerari, qui honorantur: quod iuri naturali consonat, *l. secundum naturam, ff. de regul. iur.* Mench. *in l. quoniam in prioribus, limit. vlt. Cod. de inoffic. test.* Gratus *conf.* 17. & 34. & Pelaez *de maiorat. quæst.* 71. *num.* 4. posse patrem in exemplari substitutione grauare substitutum: & fauet text. *in l. si fundum per fideicommissum*, 91. §. *fin. de legat.* 2. per quem tradunt Interpretes posse patrem grauare venientes ab intestato filio impuberi, cui noluit pupillariter substituere: ex ea ratione, quia cùm potuisset, si voluisset, eos priuare successione, adhibita pupillari substitutione condito testamento pro filio impubere, & noluit facere; succedentes ab intestato videtur vocasse: ac proinde quasi honoratos potest onere aliquo adiecto obligare: ita Iason *in l. si arrogator, n.* 28. *ff. de adopt.* Alex. *in l. cohæredi*, §. *cum filia*, *ff. de vulgar.*

Bald. *in l. cum virum, num.*18. *Cod. de fideicommiss.* Pelaez *suprà, lib.*1. *d. quæst.*71. *num.* 3. & deciditur *in l si fundum, §. fin. ff. de legat.*1. Cum eandem vim habeat dare, & non adimere, si possumus priuare: & tradit Molin. *suprà, d.num.*11. & 12. Cùm nulla nominandi necessitas à lege indicta sit nominanti, neque à domino concedente: Vnde nulla vrgente causa nominans ad emphyteusim, dicitur in nominatum exercere liberalitatem; & consequenter concedendum est nominanti posse grauare nominatum: attenta regula *l. ab eo*, prædicta: Secùs si quis ad aliquid agendum obligetur per legem in fauorem alicuius: quia tunc nec beneficium facit, nec gratiam exercet, & necessitas omnem liberalitatem exterminat; vt patet *ex d.l. vnum ex familia, §.*1. ibi. *Non enim facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium est.* Ita Lex. Quia necessitas eligendi omnem liberalitatem excludit: secundùm *l. rem legatam, ff. de adimend. legat.* & tradit Lozzes *in l. filiusfamilias, §. diui, num.*79. *in fin. ff. de legat.*1.

6. Secùs dicendum quando nemine cogente, nec iubente, traditur tibi id, quod alteri, vel nulli potest relinqui; in quo euentu potest iniungi grauamen. Vnde si hæres vniuersalis Titius instituatur, quem instituere nõ tenebaris, poteris illum grauare; quinimo Titij emphyteusim alteri relinquere, cùm testator de re sui hæredis tanquam de propria possit disponere: per text. *in l. vnum ex familia, §. si rem, ff. de legat.*2. Nec non legare rem hæredis, *§. non solum, Instit. de legat. l. hæredum, Cod. de fideicommiss.* Paris. *cons.* 2. *num.* 32. *vol.* 3. & Iason *in l. serui electione, num* 20. *ff. de legat.*1. Conarr. *in cap. Filius noster, de testam. num.*1. & 3. Neque hæres potest impugnare voluntatem defuncti; *l cùm à matre, Cod. de rei vendicat. l. ex qua persona, ff. de regul. iur.* & *l. solutum, §. solutam, ff. de pignor. action.* sicut etiam filius non potest in seruitutem reducere seruum suum, quem pater libertate donauit; per textum *in l. si seruo alieno, ff. qui, & à quib.* Nec bonorum aduentitiorum alienationem à patre factam, si patri tanquam hæres succedat rescindere potest: per text. *in l. filium, ff. de liberal. causa,* & Bartol. *in l. fin.* & *ibi* Gloss. *§. in computatione, num.*6. *C. de iur. de liber.* Bald. etiam *in eadem, l.* & Iason *num.*9. Fauet Suar. *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. ampliat.*7. dicens si primogenitus creetur hæres à patre vltra legitimam, & ei imperetur vt secundogenito rem propriam restituat post mortem patris, debere rem fratri reddere; quod probat ex text. *in d. l. vnum ex familia, §. sed si vno, ff. de legat.*2. Sicut neque vxor, quam maritus hæredem instituit, potest contraire legato facto de fundo emphyteutico, quamuis ad illam peculiari ratione fundus spectet ex nominatione, quoniam hæres succedens non potest alienationem factam à defuncto vendicare: Pinell. *in l.*1. 3. *part. num.* 81. etiamsi res alienata à defuncto sit hæredis ipsius, *Cod. de bon. mater.* & *in l.* 3. *Cod. de reb. alien.* Beto. *cons.*44. *num.*4. *vol.*2. & Paul. Paris. *cons.* 100. *num.* 8. *vol.* 4. Imò tenetur habere ratum factum mariti: Ita Riminal. iunior, *cons.* 239. *num.*102. *vol.*3. Roland. *cons.* 71. *num.* 35. *vol.*2. per regul. *in l. cùm à matre, Cod. de rei vendicat. l. fin. §. in computatione, Cod. de iur. deliber.* & Gloss. *ibi,* & Scribentes.

7. Hinc oritur dubium, an si pater donet filio dum viuit per viam meliorationis in Tertio bona aliqua, sub hoc onere, vt post mortem illa bona accedant ad filium seniorem, nec illa possit alienare; vtrùm tale onus obliget ad restitutionem eorum bonorum? Respondetur valere tale onus, quia legatum Tertij, non est legitima, cùm possit pater relinquere Tertium suum vni ex filiis, quem elegerit; & consequenter potest excludere omnes filios: per *l. Quoniam, Cod. de inoffic. testament.* Quæ à legitima duntaxat explodit onus, & grauamen tam purè, quàm conditionaliter impositum: sic Gregor. Lopes *in l.* 9. *titul.*7. *part.* 6. *litera* F. Mench. *de success. creat. §.*10. *num.* 179. 196. 214. & 225. Duenn. *regul.* 368. Roderic. Suar. *in d. l. Quoniam, ampliat.*1. & 2. & *cons.* 4. *col.* 3. *num.* 5. Molin. *de primog. lib.*2. *cap.*1. *num.*29. & 30. Si verò vltra legitimam relictum fuerit aliquid, valebit grauamen respectu illius: *l. scimus, §. cùm autem, Cod. de inoffic. testament.* & notant Bartol. Bald. Paul. & Salycet. *ibi,* & Suar. *vbi proximè, ampliat.* 6. Idem Molin. *lib.*4. *cap.*6. *num.*13. & deducitur ex *l.*27. *Tauri,* quæ hodie est *l.*11. *titul.*6. *lib.*5. *in nona collectione legum Castella.* Ex quo infertur parentem, qui in Tertio bonorum suorum prælegatum, seu meliorationem fecerit, posse imponere filio meliorato prædictam conditionem: secùs si tantùm dederit legitimam, quæ non potest auferri filio: *d. l. Quoniam in prioribus,* & pro qua competit filio querela inofficiosi testamenti, ibi: *Ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur.* Non tamen oritur querela, si pater melioret vnum ex filiis in Tertio, nec propter hoc testamentum vitiatur, quia patri est integrum eligere vnum ad Tertium, & cæteros priuare: Suares *d. cons.*4. *per totum.*

Non tamen ex dictis inferas, posse patrem in emphyteusi de pacto & prouidentia, quæ acquiritur *pro se, & filiis,* vel *pro se, & descendentibus,* de qua diximus *suprà, §.*7. apponere grauamen filio nominato, quando hunc potiùs eligit, quàm illum; nam quamuis possit excludere reliquos, præter hunc electum, non est in potestate illius omnes excludere; sicut pater potest excludere omnes filios à suo Tertio, illúdque conferre extraneo: at ad emphyteusim, quæ non est liberæ nominationis, de qua dictum est *suprà, §.*7. sed ad certum corpus personarum duntaxat extenditur, pater tenetur nominare ex præcepto, & concessione domini directi, & ex lege ita statuente: vt habetur in Ordinatione Lusitana *lib.*4. *tit.*36. *per totum,* & *tit.*37. *§.*6. Ratio, quia pater in eo casu de suo nihil præstat, & est nudus minister dum nominat; ex traditis per *d.l. vnum ex famil ff. de legat.*2. *§.*1. Quocirca non potest grauare nominatum tam in pura, quàm in conditionali nominatione, per *l. Seius, & Augerius,* 27. *ff ad l. falcid.* vbi sub conditione fieri non possunt, quæ purè fieri prohibentur: Roman. *cons.*293. Decius *l. fin. num.*8. *C. de pact.* cùm igitur pater nihil de suo dum nominat præstet filiis, non potest eos grauare, quia eos nominat ex legis dispositione, seu ex præcepto domini; ideò excludendum est grauamen, sicut in legitima filij: ita Decius *cons.* 543. *num.*8. *cum sequent.* Vnde non consequenter locutus est doctissimus Caldas Pereira *de potest. eligend. cap.*17. *num.*15. dum consulit sic posse benè fieri nominationem de re emphyteutica, his verbis: Dixit Titius se nominare Semptonium ad emphyteusim suam, si ipse nominatus se obliget ad dandum centum aureos sorori suæ Mæuiæ ad subsidium suæ dotis, nisi loquatur de emphyteusi liberæ nominationis. Quia in reliquis nominationibus de emphyteusi *pro se, & filiis,* vel *pro se, & descendentibus,* cùm sint iam ad certum corpus personarum applicatæ ex legis præcepto, vel ex domini mandato, nihil Titius de suo præstat; sed tanquam nudus minister nominat, aut eligit: vt ex traditis à Socin. iun. *cons.* 103. *num.*21. & *sequent. lib.*1. elucet: nisi nominatus consentiat; tunc volenti nullum grauamen fit. Caldas Pereira *de potest. eligend. cap.*16. *n.*23. & *cap.*17. *num.*8. multis *in vtroque loco* relatis. 8.

Poterit

Poterit tamen pater onus imponere nominato ratione interusurij, quo se priuat, dum vsufructu minimè reseruato filium nominauit, cùm posset vsque ad mortem differre nominationem: ita Peralta *in l. cùm pater, § à filia, ff. de legat. 2. num. 94.* censetur enim donatio illa nominatio absque fructus reseruatione, quos cum statim tradat filio, de suo præstare constat: idcircò onus potest adijcere: vt bene notat Molin. *de primog. lib. 2. cap. 4. num. 32. & cap. 11. num. 3.* Est enim hæc præuenta nominatio liberalitas, quam pater exercet in nominatum filium: teste Bartol. *in l. post mortem, num. 3.* vbi Padill. *num. 6.* plura pro hac parte, *C. de fideicommiss.* modò commoditas, & emolumentum correspondeat grauamini; quod potest fieri, siue emphyteusis sit de potestate nominandi quem voluerit, siue de pacto & prouidentia; quia confert de suo, quatenus confert ius suum, quod possidet, illúmque transfert, dum viuit, in filium, seu filiam; & abdicat à se suum vtile dominium vel emphyteuticæ absque vniuersali reseruatione fructuum, vel cum dimidia, relicto cætero vsufructu, vel dimidio nominatis; & in his casibus nominatio, seu ius nominandi, non consistit in solo facto; nominant enim iure suo.

9. Quòd si quis habeat emphyteusim de libera nominandi potestate, & illi renunciet in manu domini directi, ea lege, vt dominus directus eam sibi concedat, & vxori suæ in prima, & secunda voce, vt si non susceperit filius ex vxore, ac ipse fuerit prædefunctus vxori, vxor teneatur nominare aliquem consanguineum mariti sui, quem maluerit, poteritne vxor nominatum prægrauare, si ea lege, ac conditione concedatur? Respondeo negatiuè; nisi nominatio fiat ante mortem sine reseruatione fructuum. Ratio ea est, quia dum nominat vxor, similis est iis; quorum ius nominandi consistit in facto, quatenus de consanguineis sui mariti certis eligit incertum, & non potest illis nocere, ac priuare eos re emphyteutica alium non consanguineum eligendo; cùm ex contractu ac domini mandato sit emphyteusis applicata certæ, ac determinatæ generationi: quòd si fiat electio in vita cum traditione reali fructuum, potest fieri grauamen quantitati fructuum correspondens; vt dictum est.

10. Ex dictis planum fit, reddi inutile grauamen dandi decem sutori in subsidium, quando pater nominat ad emphyteusim de familia filium sub hac conditione: Caldas *de potestat. cap. 17. n. 12.* contra Doctissimum Præceptorem Costam asserentem, *num. 9.* valere onus iniunctum per viam conditionis, vt ipse Caldas refert *ibidem*: sed resolutio ipsius Caldas *d. num. 12.* sustinetur, quia pater in nominando filio, nihil illi omninò de suo præstat, sed tanquam nudus minister fungitur officio nominandi: quod procedit tam in pura, quàm in conditionali nominatione: ex prædicta regula *in d. l. Seius, & Augerius, 27. ff. ad l. falcid.* vbi non potest fieri sub conditione, quod purè fieri prohibetur: vt bene notat Decius *in l. fin. C. de pact.* Quamobrem cùm pater eligendo filium ex præscripto legis, seu de mandato domini nihil conferat præter nudum ministerium, teste Socino *dict. cons. 105. à num. 21. lib. 1.* non est admittenda talis conditio renuente filio: sequitur Decius *cons. 543. num. 8.* & constat *ex l. item eorum, §. si decuriones, ff. quod cuiusque vniuersitat. nom.* vbi probatur, electum ex potestate alicui à Decurionibus concessa ad eligendum, non fuisse talem ab executore, cui commissa fuit facultas, sed ab ipso Decurionum Ordine fuisse electum, quo executore ad electionis actum tanquam nudus minister processit: & confirmatur ex Anchar. *in cap. literas Apost. de rescriptis, notab. 3.* dicente mandantem, aliquid fieri, facere censeri, non illũ, qui fecit. Quocirca cùm pater de suo nihil præstet, & tanquam minister nudus fungatur officio nominandi filium ex præcepto legis, & ex vi contractus, proinde reijcitur ab eo actu omnis conditio, ac grauamen, nisi nominatus consentiat oneri, vel conditioni appositæ: volenti enim nulla fit iniuria: *l. cùm donatio, C. de transaction.* & consentiens iura sua perdit, & commodo censetur renunciare: *l. cùm quidam, ff. de admin. tutor.* & multa prohibita de consensu partium tolerantur: *l. pactum, ff. de pact.*

DISPVTATIO X.

De pœna Commissi.

§. I.

Ex quibus causis emphyteuta cadat à iure suo, & caducitas incurratur.

EPITOME.

1. *Irrequisito domino non potest fieri donatio.*
2. *Nemo potest mitti in possessionem absque domini consensu.*
3. *Traditio rei emphyteuticæ non potest fieri nisi adsit consensus domini.*
4. *Sine consensu domini potest legari emphyteusis?*
5. *Emphyteusis potest dari in dotem domino inconsulto. Sicut & nominare.*
6. *Si detur in dotem ab extraneo requiritur consensus.*
7. *Ius vtendi fruendi potest concedi sine consensu domini.*
8. *An incurratur caducitas per traditionem fictam?*
9. *Per clausulam Constituti non incurritur caducitas.*
10. *Per clausulam, saluo iure domini, non incurritur caducitas.*
11. *Cadit à iure suo non soluens emphyteusis canonem.*
12. *Cadit etiam a iure partis, qui partem vendidit absque domini consensu.*
13. *Ex locatione diuturna incurritur caducitas.*
14. *Tempus longum quid censeatur in locatione.*
15. *Colonus etiam incidit in commissum vendens ius suum.*
16. *Oppositum fuisse iudicatum tradit Valasc.*
17. *Conductor ad longum tempus differt ab emphyteuta.*

INCONSVLTO domino non potest fieri donatio, quia per eam res fit illius, cui conceditur: *l. 1. ff. de donation.* requiritur ergo consensus saltem vt dominus cognoscat donatarium, an sit ex personis prohibitis, velitque illum admittere, an recusare: vt decernit Lex Regia *lib. 4. ordination. tit. 38. n. 1. §. Escudo,* vbi resoluitur, si non exigatur consensus, cadere emphyteutam à iure suo, *ibi dict. num. 1.* post Gloss. & Bartol. *in l. fin. C. de iur. emphyteut.* Imol. *in cap. potuit, de locat.* nec est audiendus aliàs doctissimus Cabed. *1. p. decis. 103. num. 4.* dicens ad donationem non exigi consensum dominicalem, sed solùm vt donatarius capiat possessionem: quod licèt aliqui hoc putent verum; verius est, & receptius exigi consensum ad donandum; & constat ex *d. l. nostra, tit. 38. lib. 4.* ibi: *Eno caso, in princip. que acquiser doar, nam lhe pagara aquarentena, e toda via lhe fara a saber pera ver se tem algum legitimo embargo.* Hæc ibi. Vnde constat consensum requiri, seu saltem domini scientiam, vt donatarium cognoscat, vel excipiat, si noluerit eum 1

recipere tanqoam emphyteutam. Concordat Iason *in l fin.C.de iur.emphyt.num.*64.Idem Cabed.*supra decis.*104.*per totam*,vbi ea de re.

2. Hoc autem procedit attento iure Lusitano : in praxi tamen id non obseruatur, cùm nemo possit mitti in possessionem rei emphyteuticæ,nisi præuia domini directi notificatione;vt præcipitur *in dict. l. Regia, tit.*38.*lib.*4. Guido idem probat *decis.*46. Valasc.*de iur emphyteut.quæst.*14.*num.*10.*&* *q.*18.*num.*28. vbi *ad fin.* asserit de praxi communiter recepta ; neminem mitti in possessionem irrequisito domino: quod sequitur Cabed.*p.*2.*decis.*104.*num.*4. Nihilominus etiam illi,qui tradunt donationem de re emphyteutica fieri posse sine dominicali licentia,consulunt bene,vt euitetur caducitas, opus esse domini consensu,vt donatarius adeat possessionem:quòd si illam aliter occupet , cadet à iure suo : vt tenet post alios Iason *in d.l. fin.C.de iur.emphyt.num.*63.& à fortiori Valasc.*consult.* 103. *num.*25. dicens secundùm legem Regiam *lib.*4. *d.tit.*38. *in princip.* notificationem esse faciendam domino in omnibus casibus,in quibus non exigit lex dominicalem consensum ; vt sciat dominus à quo est exacturus pensionem : & hæc notificatio debet fieri ante traditionem:per Iason.*in d.l.fin.num.*69.& hoc sub pœna Commissi:additque *ibi* Valasc. hanc pœnam etiam sedem habere in dote, si eadem notificatio, de qua *in Lege* omittatur:quod aliis doctissimis placuisse etiam refert.

3. Ex cuius defectu, cùm lis, & contentio esset inter duos,quorum prior obtinuit emphyteusim à patre in dotem cum clausula Constituti, reseruatis fructibus ipsi patri, inconsulto domino ; posterior autem accepit emphyteusim ex venditione ab eodem patre,de consensu ipsius domini, & missus fuit in possessionem ; pro posteriore iudicatum fuit : vt Valasc. *d.quæst.*14. *n.*10. eo quòd clausula Constituti non operari potuit absque domini consensu translationem possessionis in re emphyteutica data in dotem,aut donationem : & in posteriori venditione facta de consensu domini, reperta fuit realis possessio : proinde licèt ad dotandum, seu donandum non requiratur domini consensus,non potest tamen gener ; seu donatarius apprehendere realem possessionem, nisi accedat domini consensus, seu notificatio , vt decernit Lex nostra Regia *præallegata*, & tradit Guido *d.decis.*46.Concludo igitur : si quis donet non seruata forma tradita à lege nostra, verbo, *Doar*, absque domini consensu, seu notificatione præuia,cadit à iure suo:nam lex ibi,*tit.*38. *lib.*4. adimit facultatem donandi emphyteutæ : ergo exigenda est facultas vt euitetur Commissum, modò post donationem simplicem sequatur traditio, ac possessio domino irrequisito : ita Iason *in d. l. fin. C. de iur.emphyt.*Alex. *in l si à me, ff.ad l.falcid.n.*4. Antòn. Gomes. *in l.*45. *Tauri, num.*94. & alij, quos sequitur Cald.*de extinction.cap.*10. *n.*6. & Lex nostra *d.tit.*38. ibi : *E no caso que aquiser doar*, tenetur facere certiorem dominum, vt videat an habeat legitimam exceptionem. Idem Cald.*num.*3. ex doctrina Bartol.*in d.l.fin.C.de iur.emphyt.num.*1. vbi ait domino inconsulto non posse emphyteutam rem donare ; vbi pro hac parte interpretatur Bartol. verba *d l.fin.*ibi : *minimè licere emphyteutæ meliorationes suas vendere , aut ius emphyteuticum transferre*:vbi lex non solùm interdicit venditionem , sed quamcunque iuris emphyteutici translationem ; siue titulo oneroso venditionis,siue gratioso donationis;quod etiam confirmat Bartol. *in l.*2. *C.ne rei dominicæ,vel templorum*, quam sententiam considerata lege Regia *d. tit.* 38. tradit Cald. *vbi supra,n.*4. esse indubitatam;sed vt diximus non cadit à iure suo emphyteuta per simplicem venditionem, seu donationem, nisi res deueniat ad traditionem absque domini consensu : vt bene notant Iason , Alex. & Gomes. *supra*. Et hæc maximè procedunt in hac regione Interamnensi,vbi de praxi & consuetudine in quocunque contractu emphyteutico videmus hanc clausulam insertam,nempe emphyteutam non posse inconsulto domino donare,permutare, vel quocunque alio titulo alienare emphyteusim : quæ clausula omnem tollit dubitationem.Gama *decis.*116. *num.*5. post plures *ibi* relatos : quæ resolutio extenditur ad vtramque emphyteusim tam sæcularem, quàm Ecclesiasticam : ita Bald. *in dict.l fin.C.de iur. emphyteut.* Socin.iun.*lib.*1. *cons.*120. *num.*70. & plures alij teste Claro §. *emphyteusis,quæst.*15.vbi hanc dicit communem:quibus accedit Iason *in d l.fin.num* 71.Ideóque ob donationem simplicem , sicut ob venditionem non contrahitur Commissum,nisi traditio accedat:ita Doctores communiter.

Excusabitur item à Commisso emphyteuta legando emphyteusim : ita Petrus Iacob. *in sua praxi, fol.* 12. quia quamuis legati dominium ipso iure transferatur in legatarium à morte testatoris , non transmittitur dominium ab homine , sed à lege ; vt notat Petrus Iacob. *ibi*. Cadet tamen à iure suo emphyteuta , si tradat rem legatam , & possessionem; sicut caderet si donando tradidisset , vt dictum est: per Iason.*in d.l.fin.num.*75.dicentem ad incurrendam caducitatem tam in donatione concessa , quàm in emphyteusi legata,necessariam esse traditionem.Similiter incurret Commissum hæres,si post mortem testatoris inconsulto domino tradat legatario emphyteusim legatam,ipsúmque legatarium in realem possessionem mittat:ita expresse *in l. non est dubium, C.de legat.*& *ibi* Gloss.& Scribentes,& hoc est quod communiter dici solet *legatum ab hærede esse præstandum.*

4. Constat ergo emphyteusim legati posse:ex Bald. *in d l.fin.C.de iur. emphyt.* & *ibi* Alberic. & Speculat. *in tit.de locato,§.nunc aliqua,vers.*112.& Petrus Iacob. *in d.sua praxi , fol.* 12. sine domini consensu : contra Bartol. *in d.l.fin.* oppositum existimantem : eo quòd legatum est donatio à defuncto relicta,& ab hærede præstanda, *l.legatum, ff. de legat.*2. idcircò cùm legatum sit donatio,& donatio sit prohibita;similiter legatum erit prohibitum. Fatemur tamen cum Baldo legatum esse donationem ab hærede præstandam, legatarium tamen irrequisito domino non posse occupare possessionem emphyteusis legatæ ; & quod de donatione lex Lusitana disponit , idem censendum est de legata emphyteusi , secundùm regulam Glossæ *in cap.si postquam , de electione in* 6. Cassador. *de constit.quæst.*5 .*num.*4.*&* *de iur.patron q.*6 *num.*8. ergo quamuis emphyteusis legari possit irrequisito domino , occupari tamen non potest eo inconsulto.

5. Quid ergo,poteritne dari in dotem filiæ emphyteusis , irrequisito domino , sine metu Commissi, à parentibus?Affirmatiua pars est communis : Speculat. *supra num.*33. & Scribentes *in cap.potuit.de locat.* Bertrand. *cons.*380. *duo sunt,lib.*2. Tiraquel.*lib.*1. *retract.gloss.*14.*à num.*91.§.1.& causa priuilegiata semper excipitur , *l.vni, §. si qua vero , C. de instit.* quod confirmat *l.*3.;*C. de silentiar.lib.*12. & *ibi* Gloss. Probatur quia causa dotis ex priuilegio non comprehenditur in generali dispositione : Iason *in l.*1. *ff.solut.matrim.&* *in l.si constante , ff.eodem,num.*208. quoniam dotis datio , licèt sit alienatio , in parentibus tamen est necessaria : ex notat.*in l.fin. C. de dot.promiss.&* *l.fin.C.de iur.emphyt.*prohibens autem alienationem solùm loquitur de voluntaria , non verò de alienatione necessaria ; & solùm prohibet voluntariam,*l.*1.*ff.de fund.dotal l.alienationes ff.famil.erciscund.*

quæ

quæ resolutio est communis, ex Alexand. *cons.*173. *n.*1.*lib.*2.Ruyn.*cons.*148.*n.*13.*lib.*1.& aliis.

Vtrùm autem possit filia, seu gener apprehendere possessionem emphyteusis in dotem datæ inconsulto domino? negat Valasc. *de iur. emphyt. quæst.*14. *num.*10.*vers.at certè non potest*,& à fortiori Cald. Pereira *de extinctione cap.*10. *num.*31. vbi adhærens tenaciter verbis nostræ legis *d.tit.*38. *verf. Eno caso, que acquiser doar, ou dotar, o faça toda via fazer à saber ao senhorio*, hoc est, quod in casu quòd emphyteusim in dotem voluerit constituere, nihilominus id domino denunciabit: concludens necessarium semper esse consensum in quauis dotis constitutione, vt Commissum non contrahatur; & cum Valasco transiens, etiam non posse vult filiam ita dotatam adire possessionem sine permissu domini; quia sicut emphyteusis donari, & tradi domino inconsulto nequit, ita neque dotari, & tradi potest; quia par ratio in vtroque casu reperitur.

Contrarium nihilominus est verius, posse scilicet filiam, & generum capere possessionem emphyteusis dotatæ omisso dominicali consensu: ita Valasc. *de iur.emphyt.quæst.*18. *num.*28. *ad fin.* dicens de praxi non requiri consensum domini, vt possessio capiatur. idem repetit *tom.*2.*cons.*113.*num.*11.*cum sequentib.* docens ex speciali dotis prærogatiua posse patrem filiam dotatam mittere in possessionem emphyteusis sine metu Commissi, eo quòd nihil peculiare reperitur in dote quoad pœnam Commissi; quia omnes contractus possunt contrahentes celebrare de re emphyteutica absque metu caducitatis, quamuis celebrentur sine licentia domini, modò non procedatur ad traditionem seu possessionem; quia pœna Commissi non contrahitur ex contractu, sed ex traditione: at doti à patre constitutæ specialis est qualitas posse tradi emphyteusis possessionem absque domini facultate sine periculo Commissi. Sic ille. Pro qua etiam parte pugnat Cabed. 1. *p.decis.* 104. posse scilicet dari filiæ in dotem emphyteusim absque domini consenso, cùm sit alienatio necessaria, neque requiri in apprehendenda possessione; quæ praxis est vsu recepta. Quod etiam procedit in matre dotante filiam, & in fratre sororem, vt ait Bald. *in l.voluntas, col.*2. *C. de fideicommiss.* & in dote data personæ, aliàs successuræ; & hoc est tenendum, quidquid contradicat Valasc. *de iur.emphyteut.q.*14. *n.*10. sequitur doctissimus Petr. Barbos. *in l.vsusfructus*,58. *ff. solut matrim. num.*28. *vers. vbi in praxi receptum est*, dicens, comprehensos in inuestitura posse apprehendere possessionem emphyteusis proprietario irrequisito; quia is consensus à principio videtur præstitus, idem subdens, & addens, quando emphyteusis est hæreditaria; tunc enim sine domini consensu potest tradi filiæ in dotem, quasi hæredi, & comprehensæ in Inuestitura: sic Roland. *de lucro dot. q.* 54. *num.*19. Menoch. *cons.*8. *num.*19. *lib.*1. addit Barbos. *num.*25. *vers. pro concordia*, si filia est de contentis in concessione posse patrem ei in dotem dare emphyteusim sine domini consensu, cùm iam videatur dominus à principio dedisse, vt ad comprehensas in concessione personas posset transire; atque ita non requiritur vlterior consensus: pro qua doctrina allegans sequitur Bruoom, *cons.*44.*ad fin.*& Curtium iun. *cons.*109.*n.*12.& iuxta hanc decisionem ait esse intelligendum Speculat.*tit. de locat §.nunc aliqua, num.*133. vbi ait posse patrem sine domini consensu dare emphyteusim pro dote filiæ: cui subscribit Alex. *cons.*173. *num.*1. *lib.*2. & Loazes *in l.filiusfamil.§.diui, num.*141. *ff. de legat.* 1. Defendi etiam potest opinio Speculat. quando pater non habet alia bona nisi emphyteusim, quam possit dare pro dote filiæ, in eo casu poterit illam constituere filiæ pro dote, in subsidium, inconsulto proprietario: vt in terminis tenent Aymon. *cons.*215 *num.*6. & Roland. *de lucro dotis, quæst.*54. *num.*7. D. Barbos. *num.*26. *supra*, ex eo fundamento, quia pater iudicis officio potest compelli ad dotandas filias: *l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar.* Siquidem alienatio ex mandato Iudicis facta non videtur cadere sub prohibitione generali de non alienando, *l.*3.*§.*1.*ff. de reb.eor.* Quod tamen fundamentum non placet D. Barbosæ; quia etiam quando alienatio est necessaria, esto, non requiratur consensus dominicalis, vt fiat executio, non potest tamen fieri translatio iuris emphyteutici absque domini consensu, etiam in alienatione necessaria, si tractatur de præiudicio illius; neque Iudex poterit domino præiudicare in iure prælationis: vt patet ex lege Lusitan. *lib.*4.*tit.*38.*vers. E requerelo se aquer*, & tradit Capicius *decis.*99. *num.*6. Quare verius putat idem Doctor saluari posse Speculatoris dictum, *num.*28. *citat.* quando emphyteusis fuit accepta, pro patre, & pro vno ex filiis; filia tunc nomine filij etiam venit; & censetur comprehensa in concessione emphyteutica, & in eam titulo dotis potest pater transferre emphyteusim irrequisito proprietario sine metu Commissi, iuxta Brunum *d.cons.*44. *ad fin.* Et probatur quoniam alienatio facta in filium, seu filiam aliàs successuram in emphyteosim, potest fieri irrequisito domino: ita Bald. *in cap.* 1. *num.* 6. per text. *ibi, in fin. de alienat.* & potest pater filiæ sic dotatæ tradere possessionem realem rei emphyteuticæ; nec in hoc casu fit facultas domino obtinendi rem pro pretio eodem: Doctor Paris. *tom.*1.*consuet.* §. 36. *n.* 3. quem referens sequitur Valasc. *consult.*113. *num.* 12. *&* 13.

6. Non obstat lex nostra Lusitana *lib.*4. *tit.* 38. *vers. Eno caso que à quiser doar, ou dotar, o fara à saber ao senhorio*, quia hoc procedit quando emphyteusis datur in dotem ab alio, quàm à patre; tunc enim requiritur consensus: vt ait Gama *decis.*127. *n.*3. & secundùm hoc dicunt quidam legem hanc nostram, quæ requirit certiorem fieri dominum, esse intelligendam de dote data extraneæ personæ, non verò filiæ: & ita fuisse sæpe iudicatum tradit Valasc. *d. consult.* 113. *num.*19. Concinit P. Rebell. *de obligation.iustit. lib.*13. *quæst.*5. *num.*4. dicens non improbabiliter legem nostram Regiam excipere dotationem factam filiæ à parente; sed tutius esse si donetur filiæ à patre emphyteutica commoditas, saluo iure domini, & seclusa fraude: quod fieri posse tradit absque pœna Commissi, cum D. Barbos. posse tamen simpliciter dari filiæ in dotem emphyteusim à patre, docet Card. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.*22. *tom.*2. *tit.*28. *num.*39. sine consensu domini, siue filia sit legitima, siue naturalis, multis *ibi* citat. Ratio quia fauore dotis possunt alienari res, quæ sunt subiectæ restitutioni; *Authent. res quæ, C. commun. de legat.* item quia dominus in hoc casu non potest interpellari an velit præferri pro pretio eodem, cùm pretium non intercedat: vt requiritur *in l. vltim. C. de iur. emphyt.* Nihilominus Gama *d. decis.*127. solùm ait exigi consensum in dote constituta extraneæ fœminæ, quæ non constituitur à patre: vt repetit *decis.* 283. esse intelligendam legem Regiam *vers. Eno caso que aquiser doar, ou dotar*, de dotante non filiam, sed extraneam; prout de iure communi cautum est ex doctrina multorum, quos refert Iason *in l.fin. C. de iur. emphyt.* & ita fuisse iudicatum testatur *ibi, d. decis.* 127. *&* 283. *num.*2. non fuisse scilicet necessarium consensum dominicalem in alienatione causa dotis, tradit doctissimus Lusitanus Hector Roderic. Primarius in Salmanticensi Academia iuris Cæsarei Professor, nostram legem Regiam interpretatus, *d.§.*38. nec requiri consensum domini ad dotandam

filiam:

filiam: secùs verò quando fœmina possidens emphyteusim se ipsam dotat; quia maritus fiebat particeps dimidiæ dotis: *l.doce ancillam, C.de rei vendicat.* prææsertim apud Lusitanos *lib 4 tit.46.*

Nihilominus in hoc non placet, non enim requiritur etiam in hoc consensus domini, cùm nullum appareat discrimen in dote à patre constituta, atque in hac constituta sibi à fœmina nubente, cùm penes fœminam se dotantem dominij translatio perpetuò perseueret: secundùm *l in rebus, C. de iur. dot.* & in maritum transit bonorum administratio, ac fructuum commoditas; Cabal. *in consuet. Paris.1. p.§. 25. in princip.* Alex. *in l.vsufructu, ff.solut. matrim.* & *ibi* Paulus, *num.6.* Quocirca cùm in eo casu in quo mulier se ipsam dotat, non cernatur aliqua iuris translatio, nec aliquo modo alienatio; non eget ipsa domini consensu, vt se dotet: vt placet Bald *in cap.1. de inuestitura quam Titius.* & Iason. *in l.fin.C.de iur emphyt.n.107. & in Authent.res quæ, C. commun.de legat. n.32.* & Valasc. *consult.113.n.1.& 2.*

Secùs dicendum videtur si extraneus, vt dictum est, velit concedere emphyteusim extraneæ in dotem; tunc requiritur consensus domini: prout docet idem Barbos. *in d.l.vsufructu, 18. ff.solut.matrim.n.18. vers.illud certum,* quia censetur donatio: Valasc. *dict. consult. 113. num. 18.* De iure tamen nostro *in dict. tit. 38.* deuiante à iure communi, idem censet *ibi* attento simplici nostræ legis intellectu, non requiri consensum, sed notificationem ante traditionem, sub pœna Commissi; ne lex Regia superuacanea existat, & hoc etiam in casu dotis: quæ notificatio, vt ipse ait *num.23. vsque ad fin.* est facienda in omnibus casibus in quibus lex non petit consensum domini ante traditionem.

Pater tamen Molina *tom. 2. de iustit. disp.461. fol. 1331. vers.vtrum autem emphyteuta,* docet emphyteutam inconsulto domino posse donare emphyteusim; non debere tamen donatarium mitti in possessionem per emphyteutam, sed per proprietarium: ideò monendus est ante traditionem dominus directus, vt mittat in possessionem nouum emphyteutam: & de hac admonitione intelligit ordinationem Lusitan. *lib.4. dict.tit.38. vers. E no caso que aquiser doar.* Quòd si aliquid ex prædictis ab emphyteuta non fiat, incurritur Commissum; quamuis Valasc. *d.q.18. num.18.* dicat id non esse in vsu, nec requiri ex consuetudine quod proprietarius mittat in possessionem nouum emphyteutam. Attento verò iure Lusitano semper admonendus est dominus, quando emphyteusis dotatur sub pœna Commissi: additque ex Gamma *decis.147.num.2.* non opus esse admonere proprietarium Ecclesiasticum, quando emphyteusis Ecclesiastica datur in dotem; quia ordinatio *ibi* Lusitana loquitur de emphyteusi sæculari data in dotem filiæ: secùs si detur extraneæ. Cæterum Gamma *decis.283.* inclinat secundùm ordinat. Lusitan. etiam quando emphyteusis datur in dotem filiæ, esse admonendum proprietarium: quod sequitur Cald. *de extinctione cap. 10. num.31.* vt Commissum non incurratur; quia verba legis generaliter prolata ad omnem dotis dationem sunt extendenda: quod locum habet quando res dotatur, & insuper traditur: hoc enim *ibi* censetur prohibitum, si emphyteusis post simplicem dationem tradatur pleno iure; & tunc Commissum, siue caducitas contrahitur, vt fuisse iudicatum tenet Gama *decis.116. num.4.& decis.242. num.5.* eo quòd verba legis nullam patiuntur limitationem, additque Senatum Lusitanum sibi parum constantem contrarium pronunciasse *decis.127. n.2. & 283. num.* etiam 2. quod sequitur Caldas *ibi ad fin. num.31. & 32. supra,* eséque admittendum dicens in datione dotis rei emphyteuticæ etiam Ecclesiasticæ, nec posse illam transferri inconsulto proprietario in nouum emphyteutam, cùm ex ordinatione nostra nullibi cautum reperiatur posse emphyteusim tradi sine consensu domini directi.

Ego tamen inter hanc varietatem sapientissimorum Doctorum, verius puto, irrequisito domino directo posse à patre in dotem filiæ dari emphyteusim, ac tradi absque metu Commissi, quando emphyteusis inæstimata conceditur; secùs si fuerit æstimata, quia æstimatio emptionem facit: Gloss. *in l.1. & in l.quoties, & l.si inter virum, C.de iur.dot.* sequitur Bertrand. *cons.180.num.2.lib.2.* Cardin. Mantic. *tom.2. de tacit.& ambig.lib.22. tit.28. num.40.* Valasc *de iur. emphyt.quæst.18.num.28.ad fin.* Barbos. *in d.l.vsufructu, ff.solut.matrim.num.24. & 25. & 28.* & Cabed. *part.2. decis.104.*

Excusabitur etiam à pœna Commissi pater, si dum dotem filiæ constituit, illam constituat per viam nominationis, dicens in hunc modum, quòd si matrimonium celebretur in facie Ecclesiæ seruata forma solita a Concilio Tridentino, ait se nominare filiam suam, vt de facto nominauit in secundam personam in prædictam emphyteusim, cuius directus dominus est Collegium Diui Augustini, & per eam nominationem cedebat, & transferebat omne ius, quod habet in ea emphyteusi, saluo iure ipsius Collegij, & si eidem placuerit, & secundùm hanc formam potest pater emphyteusim filiæ, ac genero tradere absque pœna Commissi: Gamma *decis.147.n.4.* post Bald. & alios *in cap.1.§.hoc quoque, de success.feud.* & Cald. *de extinction.d.cap.10.n.45.*

Porrò ius etiam vtendifruendi potest concedi ab emphyteuta absque metu Commissi cui voluerit: 7.
Bald. *in l.1.ff.quib.mod.vsumfructum amitt.* Bartol. etiam id supponit *in l.3.§.ex contrario, ff.de acquir possess.n.14.* & *ibi* Alexand. *num.36. & lib.1. cons.120.* Tiraquell. *lib.1 retract.§.1.gloss.7.num.47.* Molin. *de primog lib.2. cap.20.n.6.* nec repugnat Gloss. *cap.1. verbo alienationis, de capitul. Conrad.* resoluens feudatarium in feudalibus non posse constituere vsumfructum inconsulto domino: ergo à simili dicetur in emphyteuta: Quoniam id intelligitur de vsufructu duraturo vltra vitam constituentis, vel concedentis vsumfructum: quandiu ergo durat ius emphyteutæ, aut vita illius, benè potest ipse constituere vsumfructum sine consensu domini: per *l.lex vectigali, ff.de pignorib.* potest enim constituere seruitutem realem ad vitam duraturam; *cap.1. §. quid ergo, de inuestitur. de re alien.fact.* Gloss. 1. *l.3. C.de seruit.* Pinell. *l.1. C.de bon mater. 3.p. n.71.* Gomes. *l.40. Tauri, num.85.* Molin. *d.cap.20.n.4. & n.13.* Igitur idem hîc dicendum est; siquidem in vtroque militat eadem ratio. Probatur etiam quia huiusmodi vsusfructus constitutio propterea potest constitui, & assignari ab emphyteuta, quia magis accedit ad translationem commoditatis fructuum percipiendorum, quàm ad ipsum vsumfructum, cùm vsusfructus non extinguatur morte concedentis; *l.3. C.de vsufruct.* & vt supponimus constituitur ad vitam concedentis: atque ita magis accedit ad commoditatem fructuum percipiendorum, quæ morte concedentis perit: *l.necessario, §.fin. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* & iuxta hanc distinctionem accipiendi sunt dicentes emphyteutam inconsulto domino non posse concedere verum vsumfructum; posse tamen sine consensu domini commoditatem fructuum percipiendorum condonare: Bald. *in d. l. vsufructu,* Alex. *cons.18.num.1. & 4. lib.5.* Et quamuis constituatur concessio sub nomine vsusfructus percipiendi, valida erit concessio; quia idem est atque facultas percipiendi commoditatem vsusfructus, seu constitutio vsusfructus veri, duratura tantùm ad vitam concedentis; quæ magis accedit ad commoditatem

tatem percipiendi fructus: ideò nun comprehenditur sub prohibitione alienandi dict. l. fin. C. de iur. emphyteut. Sicut non continetur constitutio seruitutis realis, quæ non debet durare, nisi quandiu durauerit constituentis vita: d. cap. 1. §. quid ergo, de inuestitur de re alien. fact. Barbos. in dict. l. vsufruct. ff. de vsufruct. num. 16.

8. Incurritur item Commissum, seu caducitas, per traditionem fictam; sicut incurritur per traditionem realem emphyteusis si fiat sine consensu dominicali: Oldrad. cons. 139. nono dub. Iason in l. fin. num. 152. C. de iur. emphyteut. & est communis; Tiraquell de constit. 3. p. limit. 26. num. 5. & 6. Quod est frequentius, vt ait Valasc. de iur. emphyt. quæst. 14. num. 10. §. illud non omitto, & quæst. 18. num. 20. Ex eo quòd clausula constituti operatur translationem possessionis absque aliquo actu reali eius, cui acquiritur: l. quod meo, vbi omnes, ff de acquir possess. l. quædam mulier, & ibi Gloss. & Bartol. ff. de rei vendicat. & in l. interdum, in princip. & ibi omnes ff de acquir possess. Gama decis. 116 num. 1. vbi alienationem emphyteusis per clausulam Constituti irrequisito domino fieri tradit, & ex consequenti alienantem cadere à iure suo: quam doctrinam tanquam magis communem Tiraquell. num. 5. supra refert, & secundùm banc fuisse pronunciatum in supremo Lusitaniæ Senatu docet Cald. de extinction. emphyt. cap. 6. num. 23. Quod procedit quando emphyteuta simpliciter rem vendit adhibita clausula Constituti; & hoc modo contrahi Commissum, dicunt Scribentes supra relati, & per dictam clausulam transire veram traditionem in possessorem, ex l. certe, §. 1. ibi: propriè videor possidere. ff. de precario, & ibi Bartol. Palat. Rub. ff. de donation. inter vir. & vxor. §. 76. num. 7.

9. Ex æquiori tamen sententia ob clausulam Constituti non incurri Commissum, tradit Guido Papæ quæst. 101. Ripa in cap. cum M. de constit. num. 80. ad fin lib. 1. respons. cap. 2. num. 20. Gomes. l. 45. Tauri, n. 94. Rubeus in l. non solum, §. morte ff. de nou. oper. nunciat. n. 321. & secundùm banc resolutionem fuisse iudicatam tradunt. Imo & Senatus Bracharensis eam sequutus est, teste Cald. vbi supra num 24. & à fortiori in praxi securè potest seruari, si apponatur clausula apponi solita saluo iure domini, quæ liberat à Commisso: ita Curtius lib. 4. feudor. num. 104. & post Baldum Tiraquell. de constitut. limit. 26. num. 6. Maximè quia per clausulam Constituti non traditur vera possessio, nec realis traditio, quæ requiritur ad incurrendam caducitatem; vt docent Guid. & alij pro hac opinione relati: nec sufficit ficta traditio vt probatur ex l. fin. C. de iur. emphyt. ibi: ius emphyteuticum in alium transferre, hoc est verè, & realiter, non verò per modum fictum: Iason. l. cùm quidam, notab. 7. ff de liber. & posthum. & in l. fin. ff. de in ius vocand. vbi tanquam in iure certum statuit in pœnalibus non fieri extensionem de vno ad alium casum: maximè cùm nullibi in iure reperiatur expressum, emphyteutam in Commissum incurrere, si per clausulam Constituti dumtaxat, & consequenter per fictam, & impropriam emphyteusis traditionem emphyteusim alienet; nisi ad realem traditionem procedat: non etiam babet locum pœna priuationis, nisi in casibus in iure expressis: vt habetur in §. nunc igitur, in Authent. de non eligend. Gloss. in cap. fin. & ibi Panor de iur. patronat. text. in l. & si quis, §. diuus autem Marcus, ff. de religios. Decius in cap. ex parte, num. 1. in fin de constitut. & omnes fatentur clausulam Constituti esse modum fictum, & consequenter possessionem fictam, ac impropriam censendam; siquidem per modum fictum possessio transmittitur: at verò possessio vera, & realis non acquiritur nisi per naturalem apprehensionem: l. 2. ff. de acquir. poss. deficiente verò naturali apprehensione, deficit vera possessio, quæ requiritur ad incurrendam caducitatem secundùm æquiorem sententiam, quæ mihi semper placuit.

Non excusat à Commisso clausula Constituti, nec etiam clausula saluo iure domini, si illis non obstantibus emphyteuta ad realem, & veram traditionem procedat; censentur enim clausulæ illæ fraudulenter appositæ. Liberabitur verò emphyteuta si per clausulam Constituti rem duntaxat tradidit emptori, si pariter cum illa clausula Constituti, illam aliam, saluo iure domini, adiecit: Tiraquell. d. limitat. 26. num. 6. de constit. nam clausula illa saluo iure suo, seu iure domini, illæsum putatur omne ius, quod ad dominum directum pertinet; hoc est, si domino placuerit, vendo; vel si dominus voluerit, & alienationi consentiat. Suspenditur enim effectus venditionis donec domini consensus accedat: Oldrad. cons. 139. dub. 3. & Socin. in l. 1. §. si vir vxori ff. de acquir. possess. n. 15. Tiraquell. vbi supra, ampliat. 15. & 17.

Similiter excusatur à committenda caducitate clausula saluo iure domini, & nec aliter, nec alio modo, sic hæc verba apponantur; ita Bald. in cap. 1. §. denique num. 5. vers sed pone, quæ fuit prima causa. Iul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 13. num 5. Gama decis 147. post n. 4. quia verborum illa geminatio importat conditionem: Boër. quæst. 243. num. 11. Paris. lib. 4. cons. 19. n 12. Bald. in Authent. ingressi, C. de sacros. Eccles. Quocirca dum non accedit consensus dominicalis, excusatur à Commisso, quasi non alienauerit, cùm alienatio fuerit resoluta in contractum conditionalem: Alber in l. fin. C de iur emphyt. Ripa in d. cap cùm M. de constitut. num. 80. Menoch. cons. 67. Paul. Roman in sua praxi communiter recepta, vbi excusat contrahentes à Simonia per clausulam apponi solitam, saluo beneplacito summi Pontificis: Decius cons. 142. num. 2. Rebuff. in praxi tit. de noua prouisione, num. 5. & de permutation. num. 52. Accedit, quia ideò excusatur à Commissi pœna, quia non est alienatio perfecta talis alienatio conditionalis, sed imperfecta; cap. si pater, de rescript. in 6. & ibi Scribentes vbi resoluunt gratiam conditionalem haberi pro gratia imperfecta. 10.

Quid si emphyteuta vendidit sub conditione, & sub eadem progressus est ad veram, & realem traditionem, scilicet, si domino placuerit? Responde excusari à Commisso: Iason in l. fin. C. de iur. emphyt. num. 143. Felin. in d. cap. cùm M. de constit. num. 8. vers. intellige, Roland. cons. 7. num. 7. lib. 3. Gama decis. 147. sub num. 4. Gregor. Lop. gloss. 3. in l. fin. tit. 8. part. 5. nam quandiu non accedit dominicalis consensus, alienatio nullum sortitur effectum, cùm sit suspensa in aëre, l si quis sub conditione, ff. si quis omissa caus. testament. & perinde est ac si contractus non fuerit celebratus: l. necessaria, § 1. ff de pericul. & commod. rei vendit. l. pecuniam, & ibi Alex. num. 4. ff. si cert. pet.

Non soluens autem canonem rei emphyteuticæ, 11.
incidit in commissum, si emphyteusis sit sæcularis, per triennium: si verò sit Ecclesiastica, per biennium, si dominus voluerit, priuatur ipso iure transacto tempore respectiuè: Ita Ordinatio Lusitana lib. 4. tit. 39. per totum. Idem de iure communi, vt tradit l. 2. C. de iur. emphyt. vbi emphyteuta sæcularis ipso iure priuatur, si per triennium non soluat; & emphyteuta Ecclesiasticus ipso etiam iure excluditur, si transacto biennio non soluerit pensionem: cap. potuit, de locat. §. scire, in Authent. de non alienan. Authent. qui rem, C. de sacros. Eccles. etiamsi tale pactum non sit expressum: Alber. in dict. l. 2. Salycet. ibi num. 1. Iason num. 4. Quamuis emphyteusis sit perpetua, intelligitur esse perpetua donec pensio reddatur, l. 1. §. 1. si ager vectig. vel emphyt. pet. Proinde si emphyteuta-

phyteuta-

phyteuta debito tempore non soluit, emphyteosis extinguitur: Beruus *conf.118.num.4.lib.1.*

Cæterùm quid erit, quando soluta maiori parte pensionis, aliquid etiam minimum pensionis non fuerit solutum ab emphyteuta? Dico primò, si tota pensio soluenda consistat in nummo soluendo quotannis, si illum non soluat intra biennium, vel triennium ipso iure priuari: ita Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.8. vers. sed pone.* & ab hac praxi addit non esse recedendum: sequitur Cardin. Mantic. *tom.2. de tacit. & ambig. lib.22. tit.17.* post Bartol. *in Authent. qui rem, n.5.* & Decium *n.3. C. de sacros. Eccles.*

Dico secundò, si emphyteuta ad maiorem quantitatem soluendam teneatur, & ipse non soluat totam, sed deficiat in soluendo minimo, totam amittere emphyteusim, eò quòd hæc est pœna contemptus, non rei: ita Alex. *in l. in executione, §. item si ita, n.5. de verbor. obligat.* Et est communis, Iason *in l.2. n.54. C. de iur. emphyt.* sequitur Tiraquell. *de retract. convent. §.4. gloss.6. num.16.* post multos *ibi* relatos. Sed meliùs respondet Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.8. num 4.* si pensio sit notabilis, & emphyteuta cessat in parte notabili, nempe in tertia, vel quarta parte, nec habet iustam causam ad excusationem, perdere totam emphyteusim, quando tota pensio supra tota re emphyteutica est imposita. Quòd si non soluat ob paupertatem, vel ob aliam causam iustam, excusabitur à caducitate, secundùm Speculat. *de emphyt. §. nunc aliqua, quæst.29.* quæ est communis: sequitur Cardinal. Mantic. *d. tit.27. num.14.* vbi refert Rotam excusare à caducitate illum, qui in solutione modicæ quantitatis defecit: & idem reperit *num.56.* addens excusari etiam, qui errore ductus totum canonem non soluit, ex Alexand. *in d. l. in executione, §. item si ita, num.5. de verbor. obligation.* Similiter si propter paupertatem non potuit totam pensionem soluere; ex Baldo etiam *in cap. querelam, num.5. de iureiur.* & Clar. idem ait, *vbi supra*: noster etiam Molin. adhæret Claro *tom.2. de instit. disp.453. §. maius dubium est,* subiungens fortè de rigore iuris commisisse caducitatem totius rei emphyteuticæ, si partem exiguam, putà sextam, aut aliam minorem non soluerit: quod mihi videtur durum nimis.

Quocirca resolutiuè dico tertiò: si pars pensionis non solutæ non accedat ad partem quartam, vel ad quintam, excusandum esse emphyteutam omninò à pœna Commissi, quia censetur omissa modica quantitas: ita Iul. Clar. *vbi supra ad fin. num.4.* & Cardinal. Mantic. *d. num.14. & 56.* dicens sic fuisse iudicatum. Quòd si pars omissa pensionis non censeatur modica respectu totius pensionis, non incurret emphyteuta totam pœnam Commissi, sed excusabitur pro rata. Vnde non admitto opinionem illorum, qui dicunt; quando pensio soluenda est, sex, aut decem adæquat, & emphyteuta non soluit vnum, incurrere pœnam Commissi pro rata; nam vnum respectu sex, aut decem, est quid minimum, & pro nihilo reputatur; & regulariter de minimis non curatur: *l. scio ff. de in integr. restit.* & modica non sunt in consideratione: *cap. licet causam, §. quanquam, de probat.* Cardinal. Paris. *conf.165. num.14. vol.4.* Craoet. *conf.46. num.12.* & rem modicam non facere Simoniam probat *cap. etsi quæstiones, de simonia,* Nauarr. *in commentar. de dat. & promiss. pro inst. & grat. num.20.* sicut læsio minima non sufficit ad restitutionem in integrum; Roman. *conf.90. num.4.* Natta *conf.631. num.12. & conf.481. num.13.* Guzadin. *conf.44. num.8.* sic etiam in nostro casu dominus læsus in vno duntaxat non soluto, si sex, aut nouem soluantur, excusabit emphyteutam à pœna Commissi.

De emphyteuta alienante irrequisito proprieta-
12. rio partem emphyteusis, communior & æquior sententia est, illum amittere partem duntaxat alienatam. Probatur in feudo *cap.1.* ibi: *si totum, perdet totum; si partem, partem amittet. tit. de vasallis qui contra constit.* & *ibi* Glossa. Ratio, quia nemo est puniendus vltra mensuram delicti, & *ibi* Bald. & plures, quibus adhæret Tiraquell. *tit. de retract. lignag. §.23. gloss.1. num.25.* nec pœna debet esse grauior delicto; *l. rescriptum, ff. de his quib. vt indign.* neque dicitur contumax in totum, qui fuit contumax in parte; Iason *in l. si pius, num.31. ff. de noui oper. nunciat.* & peccans in parte, parte priuandus est: Aretin. *conf 14. num 5.* sicut vsusfructus super re impositus, si pereat res quoad partem, perditur non totus, sed respectu partis, quæ periit; *l. repetit, §. rei mutatione, ff. quib. mod. vsusfructus amittat.* Quæ opinio, quia benignior, placet Afflicto *in cap. de Vass. qui contra prohib. Lothar. num.34.* si plures res emphyteusis contineat, siue ex vna tantùm re confletur. Ideò non placet Cald. Pereira *de extinction. cap 9. num.13.* dicens totam amitti emphyteusim ex vnica re constantem, si pars alienetur: cùm nulla detur maior ratio in emphyteusi vnica re constante, vel ex pluribus rebus conflata, teste Tiraquell. *d. num.25.* secùs dicendum si tota alienetur, quia in eo euentu fit offensa domino in totum, & peccatur in personam domini, non verò in rem, & quando alienatur pars, delictum non est in personam, sed in partem: ideò sola pars perditur, quia delictum in rem vltra metam non ponitur: Aretin. *d. conf.14. num.5.* & habetur *in l. Paulus, & in l. beneficio, ff. ad l. falcid.* Probatur, quia offensa est realis, non verò personalis, proinde diuidenda est: fauet *l. vulgaris, ff. de furt.* ibi: *sed verum est in tantum eum furti actione teneri, quantum abstulerit.* Simili modo pater Molin. non placet *tom.2. de instit. disp.459. § quando emphyteuta,* dum *ibi* ait pro vera opinione Cald. Pereir. nimirum pro parte alienata amitti totam emphyteusim in Lositania, vbi illa ex iure Regio *lib.4. tit.96. num.15.* est indiuidua: secùs in aliis locis vbi est diuidua. Sed vbique siue sit diuidua, siue non, pœna Commissi seu caducitatis habet locum in ea tantùm parte, quæ domino inconsulto fuit alienata; quod est rationi consentaneum: ita Iul. Clarus *q.13. in §. feudum, vers. sed pone,* quem sequitur Cardin. Mantic. *lib.22. tit.28. num.13.* vbi de hoc plenè: neque enim pœna debet transcendere rei mensuram; & in ea parte, in qua nulla est facta traditio, non debet pœna habere locum: *l. alienatum, de verbor. significat.* & quis eatenus debet puniri, quatenus errauit: Igneus *in l.3. §. si quis in tabul. num. 8. ff. ad Syllanianum.*

Limita tamen hoc non procedere, quando emphyteuta vendit partem emphyteosis, non vt emphyteuticam, sed tanquam liberam, & allodialem, in hoc euentu totam emphyteusim amittet: quia delictum committitur in personam domini, qui spoliatur dominio directo: ita Iason *in l. fin. C. de iur. emphyt. num.124. vers. nam in aliis.* Gozadin. *conf.86. n.6.* Gonçallus Valasc. Pinto Primarius Iuris Cæsarei Professor in Academia Conimbricensi *in l. Imperator, ff. ad Trebell.* quibus concinit Cald. Pereira *4. p. de extinction. cap.9. num.18.* quia venditor alienans fraudulenter, dominum spreuit, illique denegauit suum dominium, & culpam suscepit contra ipsum dominum.

Pari modo dicendum est cadere à iure suo em-
phyteutam locantem rem emphyteuticam per de- 13
cem annos, & amplius, irrequisito proprietario; quia per locationem ad longum tempus transfertur vtile dominium, & naturalis possessio in conductorem: vt habetur *in l.1. § qui in perpetuum, ff. si ager vectig.* Iason *in l. ex hoc iure. ff. de inst. & iur. & in l. in prouincial. §. si ego, ff. de nou. oper. nunciat.* Garcia *de expens. cap.14.*

cap.14. in princip & n.2. Locatio item ad decennium vtile etiam dominium transfert, vt dicitur *in Clement.1.* & *ibi* Gloss. & Scribentes *de reb. Eccles.* & transmittit eandem possessionem naturalem: Tiraquell. *de retract. lignag. §.1. gloss.14. à num.77.* Gutier. *in l. nemo potest, ff. de legat.1. num.50.* Menoch. *lib.2. casu 4 num.2. & casu 5. num.8. & sequent.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.29. à num.2.* decidentes non posse ad decennium locare, qui non potest alienare: vt patet ex nostra lege Regia *lib.3. tit.47. in princip.* ibi: *On à tempo certo sendo o arrendamento de des annos, ou dahi pera sima, porque taés arrendamentos de des annos o senhorio da cousa arrendada passa aquelle, aque o arrendamento he feito.* Item, quia locatio ad longum tempus dicitur alienatio; *cap. nulli, cap. ad audientiam, de reb. Eccles. non alien.* Gloss. *in l. vltim. C. de pignor. action.* Angel. *in l. filio, §. vltim. ff. solut. matrim.* & alij.

Neque obstat si dicas *l. fin. C. de iur. emphyt.* decernete alienantem emphyteutam sine consensu domini contraxisse caducitatem, & hanc constitutionem esse pœnalem: atque ita non esse extendendam ad locationem; nam in pœnalibus extensio interdicitur etiam ex identitate rationis: Iason *in l. cùm quidam, notab.7. de liber. & posthum.* Item quia priuatio cessat in casibus non expressis, Aymon. *de antiquis tempor. 4. part. num. 148. fol. 126.* in primis enim potest quis bene adhærere in pœnalibus ob identitatem rationis, proinde *dict. l. fin. C. de iur. emphyt.* esse extendendam ad locantem, sicut ad emphyteutam alienantem extenditur, & priuationis pœna vtrumque plectendum, si id faciant irrequisito proprietario; si eadem ratio reperiatur in locante, quæ exigitur in emphyteuta alienante: Cald. Pereira *de extinction. cap. 1. num. 20.* dicens ex Bartol. *in l. his solis, C. de reuocand. donation.* argumentum à ratione identitatis procedere in pœnalibus ad casus similes: sequitur Imol. *in l. si verò, §. de viro, ff. solut. matrimon.* & est communis resolutio, & quamuis noster casus non reperiatur expressus *in dict. l. fin. C. de iur. emphyt.* vbi solum loquitur de emphyteuta alienante; non verò de locante, cùm in locante eadem ratio inueniatur; & satis expressum dicitur quod ex eadem ratione elicitur: text. *in dict. l. his solis*, ibi: *satis tacitè cautum putamus.*

Item denique; quia vbi est eadem ratio, nec alia reddi potest, illa pro expressa habetur, licèt non sit scripta, neque expressa in lege; & censetur inesse in quo eadem via reperitur: Bald *in l. data, C. qui accusare poss.* Tiraquell. *in l. si vnquam, C. de reuocand. verbo, libertis, num.37. ad fin.* Imò nullo modo potest dici extensio, sed comprehensio eiusdem casus, aut similis casus in eadem lege; & sic lex debet intelligi tanquam proprius legis intellectus, secundùm *l. nominis & rei, §. verbum, ex legibus, ff. de verbor. significat.* Valasc. idem putat *de iur. emphyt. quæst.29. num.23.* & expressum vbi aliquid requiritur simpliciter, sufficit quòd tantùm colligatur ex mente, & identitate rationis; vt per Bernardum *regul.275.* Surd. *decis.254. num.40. & decis.255. num.23.* Ioseph Sese Aragoniæ *decis.65. num. 31.* quos referens sequitur Barbos. *in cap. cum olim 19. num.7. de censib.*

14\. Ex dictis sequitur decennium esse longum tempus: & qui locat per decennium, & vltra, incidere in Commissum, si locet domino inconsulto; quamuis id neget Valasc. *d. quæst.29. num.6.* sed fallitur, dicens requiri vltra decennium. Ratio illius est; quia Lex nostra *lib.4. tit.38.* ait ibi: *que passe de des annos*, sed hæc lex exponitur per aliam *eodem lib.4. tit.45. §.2.* *E quando o senhor da vinha, ou herdade à desse de meyas, de terço ou quarto por tempo de des annos, ou mais, em tal caso passara este contracto aos erdeiros; porque tal contracto assi feito nam segue à natureza o condiçam de contracto de parceria, mas passa em outra specie de contracto.* Vbi vides locationem ad longum tempus esse illam, quæ fit ad decennium, ibi: *Por tempo de des annos, ou mais.* Idem probatur ex eadem lege nostra *lib.4. tit.48. §.8.* ibi: *E o que dicto auemos neste titolo acerca das albeaçmes dos bens de raiz, auera isso mesmo lugar, nos bens emprazados, ou arrendados se o arrendamento for de des annos, e da hy pera sima:* vbi vides contractum locationis per decennium æquiparari contractui emphyteutico: ideóque sicut per alienationem rei emphyteuticæ caducitas contrahitur, sic etiam per locationem decennalem plectetur eadem pœna. Imò locare ad longum tempus decennij, & vltra, non potest maritus sine consensu vxoris, éstque inualida locatio, sicut & venditio facta sine consensu vxoris de bonis stabilibus; vt habetur *d. tit.48. num.8. iuncto principio eiusdem tituli.* Concordat Lex nostra *lib.3. ordin. Lusit. tit.47. in princip.* vt *supra* tetigi *num.13. §. parimodo*, vbi decernitur non posse maritum assistere in iudicio sine consensu, & procuratione vxoris suæ super bona stabilia sua, aut emphyteutica sibi in perpetuum acquisita, aut certis personis, aut per locationem perpetuam etiam; aut ad tempus certum decem annorum, aut vltra, ibi: *Porque em taés arrendamentos de des annos o senhorio proueitoso da cousa arrendada passa à quelle aquem o arrendamento he feito.*

Vnde constat locationem ad decennium esse locationem ad longum tempus, & consequenter esse alienationem, quæ facta sine domini beneplacito, trahit secum, sicut & venditio similiter facta, ipso iure pœnam Commissi. Concordat Lex nostra *lib.4. tit.38. & 39. in princip.* vtrobique, *à tempo certo de dez annos, ou dahi pera sima nam podera vender, nem scambar, nem alhear sem consentimento do senhorio.* Quocirca incidet in commissum si rem locatam alienet absque domini consensu, vel si eam locet ad decennium, & vltra; vel si per triennium, si sit secularis; vel per biennium, si sit Ecclesiastica, pensionem non præstiterit: ita Pater Molin. *tom. 2. de iustit. disputat. 445. §. hinc oritur, fol. 1241. & §. dicendum verò arbitror, fol. 1241.* Fulgos. *cons. 24.* Alexand. *cons. 117. num. 11. lib. 4.* Ruyn. *cons. 116. num. 30. lib. 1.* Natta *cons. 114. num. 3.* Tiraquell. *de retract. lign. §. 1. gloss 4. num. 84.* Iason *in l. 1. num. 35. Cod. de iur. emphyteut.* qui omnes vnanimiter concedunt hanc pœnam priuationis habere locum in simplici conductione contracta ad longum tempus: quod de iure nostro Regio; *dictis tit.38. & 39. in princip.* caret omni dubio; quamuis attento iure commoni præsertim *l. vltim. C. de iur. emphyteut.* non videatur procedere pœna priuationis, nisi contra emphyteutam inconsulto domino alienantem emphyteusim, vel non soluentem pensionem; non autem contra conductorem, vel locatorem, etiamsi sit ad longum tempus: eò quia non reperitur in iure talis pœna imposita in simplici locatione; ergo non debet intelligi: *§. cùm igitur, in Authentic. de non elig. secundo nub. l. vt si quis, §. diuus, de religios. & sumpt. funer.* Gloss. *in cap. vltim. de iur. patron.* Decius *cons. 446. num 8.* Crauet. *cons. 205. num. 37.* Quæ sententia, attenta veritate iuris, atque æquitate, est verior ac benignior; cùm contractus emphyteuticus, atque contractus locationis non sunt in omnibus & per omnia æquiparati: idcircò pœna imposita in emphyteusi *d. l. 1. C. de iur. emphyt.* non debet extendi ad locationem etiam ad longum tempus. Quòd si dicas valere argumentum de locatione ad longum tempus ad emphyteusim, vt vult Ripa

respons.8. num.3. & 4. de leg.lib.2. id fatendum est in iis casibus, in quibus emphyteusis, & locatio ad longum tempus expressè æquiparantur: ita Martin.de Fan. *in l. vltim. C. de iur. emphyt.* & Ioan. Andr. *in addit.ad Speculat.de locat. §. nunc aliqua, num.4. vers. quarto quæritur,* quia locatio distinguitur ab illa; *l naturaliter, §. nihil commune, ff de acquirend.possess. l. Papinian. exuli, de minor.* nam cùm agitur de pœna priuationis, superficiatius nun est par emphyteutæ delinquenti: ita Bartol.*in l.1. §.quod autem 2.de superficieb.* Imol. *in cap potuit, num.8. de locat. & conduct.* ob quas rationes Ioann.*vbi supra, vers.quarto,* Riminald. iunior *cons.212.num.31. & 39.* opinantur esse falsum quoad pœnam priuationis: & inclinat Couarr.*lib.2. variar.cap.16.num.2.* accedit Alberic.*in l.vltim.num 8. vers.sed nunquid hac lex, C. de iur.emphyteut.* Iason *in l.2.num.42.& num.164. C.de iur.emphyteut.* & in sacro Auditorio pro maiori parte fuit admissa hæc sententia coram Illustrissimo, & Eminentissimo D. Cardinali Seraphino tunc temporis Auditore Rotæ *die 20. February* 1576. Proinde secundùm hos Doctores, conductor ad longum tempus liberabitur à pœna Commissi, alienatióque ab eo facta domino inscio, erit omninò nulla; vt fuit iudicatum *decimo quarto die Martij anno domini* 1576. cùm in multis locatio ad longum tempus, & emphyteusis, discrepent non solùm nomine, sed etiam re ipsa: vt Natta *cons.49 num.31.*

15. Colliges denique contrahi caducitatem à colono ad longum tempus constituto, si domino inconsulto ius coloniæ alteri vendiderit; quia *lex vltim. C. de iur. emphyt.* etiamsi pœnalis, colonum ad longum tempus alienantem coloniæ ius comprehendit ex identitate rationis: sic Fulgos.*cons.240.*& Viuius *lib. commun opinion. verbo, emphyteuta alienans,* Tiraquell. *lib.1.retract.§.1 gloss.14. num.82.* ex Bartol.*l.1.§ quod autem ff.de superficieb.* Alex.*cons.165. lib.2.& cons.119. lib.3.* Aretin. *cons.55.* Ratio, quia si non caderet à iure suo colonus constitutus ad longum tempus vendendo suum ius esset melioris conditionis, quàm emphyteuta, quod non est dicendum: sequitur Cald. Pereira *de extinct. cap.1. num.20.* Ergo sicut emphyteuta locans ad longum tempus irrequisito proprietario cadit à iure suo; ita etiam colonus, seu conductor ad longum tempus vendens ius suum sine consensu domini à iure suo cadit, & eadem pœna punietur.

16. Valasceus tamen *de iur.emphyteut.quæst.29. num.22. ad fin.* non tam facilè in hanc sententiam fertur; imò *num. 23.* ait oppositum fuisse iudicatum tanquam æquius, teste Garcia *de expens.cap.14. num.80. in fin.* sed non audet Valasc. recedere à communi ex consuetudine, maximè quia vbi est eadem ratio non dicitur extensio, sed proprius intellectus legis *d. l. nominis & rei, §.verbum ex legibus, ff.de verbor.significat.* hoc autem puto verum de iure nostro Lusitano, secundùm *prædictum titulum 38. in princip.lib.4. verbo, nem alhear*: non tamen de iure communi, cùm conductor ad longum tempus non æquiparetur emphyteutæ; quia licèt habeat vtile dominium, vt est communis; Valasc.*d.q.29.ex n.7.* in cæteris tamen est valdè dissimili: vt probat Valasc.*ibi,n.24.& 25.* Ideò satis est de iure communi, quòd venditio à conductore ad longum tempus sit nulla, si fiat sine consensu domini; & quòd possit expelli ob pensionem non solutam per biennium, vel triennium, secundùm naturam domini directi secularis, scilicet, vel Ecclesiastici: at ob alienationem non video quòd cadat à iure, de rigore iuris communis: pro qua facit quæ tradit Cald.Pereira *de extinctione cap.4. n.46.ad fin.& num.50.& 51.*

17. (margin note beside "munis")

§. II.

De Commissi natura, & vi, & quando censeatur contrahi, ac remitti?

EPITOME

1 *Pœna Commissi incurritur ipso iure.*
2 *Requiritur tamen dominica voluntas.*
3 *Non potest emphyteuta ob Commissum expelli à domino propria authoritate?*
4 *Sed Iudicis sententia necessaria est.*
5 *Dominus ex causa Commissi non potest emphyteusim concedere tertio, emphyteuta non vocato.*
6 *Committens non tenetur spoliare se emphyteusi, domino non declarante voluntatem. Et dominus solùm potest obiicere emphyteutæ Commissum. n.7. Et quando non præiudicetur domino. n.8.*
9 *Dominus quando possit agere contra successorem committentis caducitatem.*
10 *Commissi pœna est legalis, non verò conuentionalis.*
11 *Et an Prælatus possit remittere Commissum?*
12 *Commissum ex quibus causis possit remitti à domino directo?*
13 *Dominus directus an censeatur remittere pœnam si pensionem recipiat, saluo iure suo.*
14 *Procurator non nocet iuri domini recipiens pensionem.*
15 *Commissi actio præscribitur quinquennio.*
16 *Commissum non incurritur si vendatur emphyteusis, cum pacto legis commissoriæ.*

Commissi, ac caducitatis pœna incurritur ipso iure, vendita emphyteusi sine consensu domini: est communis, *l.fin C.de iur.emphyt.& in cap.potuit, de locat.* constat ex l. Regia *lib.4. tit.38. §.1.* ibi: *Por esso mesmo feito perderá todo o direito, que tiuer na cousa à foreada.* Idem tanquam certum tradit Butrius *in d. cap potuit, de locat.* & Alex.tanquam communem resolutionem *in cons.6.num.22. lib.3.* Iul.Clar.*§.emphyteusis, quæst.13. num.2. & quæst.24.* & Tiraquell. *in l.si vnquam, C.de reuocand donat.verbo reuertatur, num.20. & num.25. & num. 144.* concedentes effectum latæ sententiæ iis verbis, *ipso facto,* & *num.151.& 153.* vbi ait verba, *ipso facto,* vel *eo ipso amittat,* inducere ipso iure canonem latæ sententiæ; vt probatur *ex cap. cum qui, in fin.de præbend.in 6. & in Clemente.2. de vita & honestat.clericor.* 1.

Hæc tamen caducitatis pœna pendet à domini voluntate, nec domino repugnante locum habet: *l.2. C. de iur.emphyt.* ibi: *volenti ei licere eum à prædiis emphyteuticariis repellere.* Concordat *ibi* Gloss. dicens à dominicali voluntate pendere caducitatis vim, eòque volente esse excludendum emphyteutam non soluentem pensiones, quam Gloss. sequitur Lex nostra *d. tit. 38. & 39. §. 1.* ibi: *Eo foreiro por esse mesmo feito perdera, &c.* Nam hæc pœna inducta est in fauorem domini directi iniuria affecti: proinde illius executio pendet ab eius arbitrio, si dominus voluerit, *dict. l. 2. C. de iur. emphyt.* quæ loquitur de non soluente canonem: Salycet. *in l. fin. eodem tit.* extendit ad alienationem: pendere etiam caducitatem à dominico arbitrio testatur Alexand. *cons 113. num. 2. lib.4.* & Cassador. *tit. de locat. quæst.2.* Consensus etiam exigitur illius, in cuius fauorem aliquid est introductum: Gama *decis. 169. num. 2.* ideò si domino placeetur ad eum redibit emphyteusis; nam vbicumque aliquid ipso facto demigrat ad dominum, 2.

semper

semper intelligitur si dominus id velit, & petat Bald. *in l. 1. C de reuoc. don.* Imola *in cap. fin. ver secundo potest obiici, de donat.* Alca. *cons. 91. ad fin. vol. 3. & cons. 27. lib. 6. & cons. 92. perspectis diligenter, dub. 5. in fin.* Barbos. *in cap. potuit, de locat. num. 61.* vbi de hac re, remissiuè.

3. Vera tamen sententia est, non obstante quòd Commissum incurratur ipso iure, non posse emphyteutam commissa caducitate propria authoritate à domino directo expelli; sed opus esse vt intercedat priùs causæ cognitio, & Iudicis decretum: ita Machellius *patrocin.* 24. nam emphyteuta per Commissum non priuatus est possessione naturali, nec illam amisit: Iason *in l. 2. num. 117. & num. 126.* Bald. *in tit. de pac. Const. in gloss. persoluere fictum,* Corneus *lib. 3. cons. 271. num. 2.* & ante sententiam declaratoriam repelli non potest à possessione, *cap. licet Episcop. de præbend. lib. 6.* per textum *in cap. cum secundum leges, de hæretic. in 6.* vbi deciditur hæreticos à bonorum suorum possessione expelli non posse, antequam per sententiam declaretur, bona eorum esse confiscata; cùm re vera ipsa sint ipso iure confiscata, retinéntque suorum bonorum dominium, donec per sententiam declarentur; vt patet *ex l. quæsitum est 15. ff. qui & à quib.* ibi: *Quæsitum est an is, qui maiestatis crimine reus factus est, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est.* Hæc *ibi.* sequitur Sanch. *in præcept. decalog. lib. 2. cap. 22. num. 3.* Similiter in nostro casu caducitatis exigitur causæ cognitio, vt amoueatur à possessione; nec non sententia declaratoria: Roman. *cons. 211. ad fin.* Butrius *cons. 22.* Alexand. *cons. 128. col. 1. lib. 5.* Socin. iun. *lib. 2. cons. 111. num. 11.* Aymon. *cons. 212.* Curt. iun. *cons. 149.* & Menoch. *de recuper. possess. 1. remed. num. 78.* & firmat Guido Papæus *quæst. 107.* sic fuisse iudicatum in Senatu Delphinali. Debet ergo dominus conuenire emphyteutam coram iudice vt ferat sententiam declaratoriam, à qua possit iuuari ad amouendum ipso iure priuatum à possessione: aliter enim fieri non potest: Couarr. *in cap. alma mater, 1. part. §. 2. num. 9. ante vers. superest.* Gomesius *in cap. 1. de rescript. in 6. num. 6.* vbi dicunt opus esse sententia declaratoria, quando pœna ipso iure contrahitur, & ante illam non posse pœnam executioni mandari: Sanch. *citat. num. 7.* vbi concludit illos, quorum bona ipso iure publicantur, non teneri ante sententiam ad restituendum ea bona fisco, nec teneri esse suæ pœnæ executores, sed sufficere pœnam sibi impositam perpeti; addens etiam post sententiam declaratoriam, vel condemnatoriam non teneri illos bona offerre fisco, sed tantùm expectare, vt ab eis bona exigantur: nam sententia solùm facit potestatem fisco, vt ea exigat: Simanch. *de cathol. institut. tit. 9. num. 184. & 109.* Molin. *de iustit. tom. 1. disp. 66.* Couarr. *4. decretal. 2. part. cap. 6. §. 8. num. 10. corol. 2.* Enriquez *lib. 13. de excommun. cap. 56. num. 2. in comment. litera l.* & Azor. *tom. 1. instit. moral. lib. 5. cap. 8. q. 4. & lib. 8. cap. 12. q. 4.*

4. Quod adeò verum est, vt quamuis pœna imponatur ipso iure, vel ipso facto, absque alia declaratione; multo verius sit adhuc exigi sententiam Iudicis declaratoriam, seu condemnatoriam ad pœnam incurrendam: quocirca verba illa, *absque alia declaratione*, intelligenda sunt de pœnæ declaratione: ita Couarr. *supra num. 10.* Ludouic. Lopes *1. part. instruct. cap. 296. fol. 880.* Enriquez *citat. dict. cap. 56. num. 3.* Sotus *de iustit. lib. 1. quæst. 6. art. 6. ad fin.* quia non potest negari rem esse valde anticipitem; & in dubio dicendum est noluisse Legislatorem obligare reos ante iudicis sententiam: Sanch. *vbi proximè, num. 20.* Similiter in nostro casu fatendum est Commissum contrahi ipso facto, non tamen emphyteutam amouendum ab emphyteusi, nisi decreto Iudicis; quia nemo sibi potest ius dicere: vt patet ex nostra lege Regia *lib. 4. tit. 22. §. vltim.* vbi interdicitur ne dominus elapso tempore locationis possit propria authoritate expellere colonum à possessione, ibi: *E em cada hum dos ditos casos o senhor da casa nam podera per sy esbulhar o alugador della*, vbi in specie loquitur, quando colonus non præstitit pensionem debitam: igitur nec poterit amouere à possessione emphyteusis emphyteutam, qui neglexit soluere canonem, nisi authoritate, & mandato Iudicis. Vnde videtur minus bene dixisse P. Molin. alioquin doctissimus *tom. 2. de iustit. disp. 453. fol. 1274. vers. hoc loco obserua*, non requiri sententiam, vt proprietarius expellat emphyteutam. Conclusio ergo sit, requiri; primò vt dominus directus declaret suam voluntatem, & vltra hanc voluntatis declarationem necessariam esse Iudicis declaratoriam sententiam quoad realem executionem, & expulsionem: Cald. Pereir. *part. 4. de extinction. cap. 18. num. 3.* Rebell. *2. part. de obligation. iustit. lib. 3. quæst. 12.* & Barbos. Vimarens. *in remission. ad leg. reg. lib. 4. tit. 38. ad §. 1. num. 4. fol. 82. verbo, Perdera todo o direito.*

Ex dictis non potest dominus emphyteusim ex causa Commissi vacantem alij tertio liberè concedere, emphyteuta minimè requisito, nec citato; vt non benè dixit Socin. iun. *cons. 111. num. 7. lib. 2.* fieri posse à domino: quia licèt per talem concessionem declaret dominus suam voluntatem esse, quòd emphyteuta cadat in Commissum, semper tamen necessariò debet præmitti sententia, vt dominio vtili priuetur, quia etiam post pœnam ipso iure incursam, adhuc retinetur dominium; & interim dum habet dominium facit emphyteuta fructus suos: per notat. *in cap. cum nostris de concess. præbend.* Felin. *in cap. quarta, de rescript. num. 33.* & Paris. *ibi, num. 11.* sicut beneficiarius ob delictum commissum, dum per sententiam non priuatur beneficio, facit interim suos fructus: vt tradit Rebuff. *de pacif. possess. num. 262.* Potest autem dominus directus à tempore Commissi rem ipsam cum fructibus vendicare, & ab emphyteusi emphyteutam repellere: vt *in l. 2. & 3. C. de iur. emphyteut.* & Cald. *de extinction. cap. 11. num. 14.* Molin. tamen *supra disp. 445. §. dubium est, fol. 1295.* tradit emphyteutam per caducitatem dominio vtili non priuari, nisi dependenter à voluntate domini directi; ideò emphyteutam censeri possessorem bonæ fidei, non verò malæ, nisi ab articulo illo declarationis voluntatis; atque ita si res ad iudicium deferatur, à lite contestata, & fructus à puncto litis contestatæ deberi domino simul cum emphyteusi; fructus verò perceptos ab emphyteuta post contractam caducitatem, sed ante contestationem litis spectare ad emphyteutam vtilis dominij dominum: secùs dicendum putat de possessore malæ fidei in re aliena pro eo tempore, quo est aliena; quia possessor malæ fidei non est dominus, at in rei emphyteuticæ alienatione absque assensu domini, cùm dominium non sit translatum, sed permansit penes emphyteutam rei emphyteuticæ vtile dominium, vsque ad contestationem litis; ab eo articulo, quo emphyteusis petitur in iudicio, res petita cum fructibus reddenda est domino petenti; sicut pensiones solùm pertinebant, antequam peteretur emphyteusis, ad eundem dominum directum; tenebitur tamen dominus soluere emphyteutæ omnes expensas ab eo factas vsque ad articulum litis contestatæ circa fructus eo anno colligendos, eò 5

quod possessori etiam malæ fidei debentur sumptus, quos fecit ipse in fructibus ex re aliena percipiendis neque fructus vocantur, nisi qui supersunt deductis expensis: *l. fructus. ff. solut. matrim. l. fundus qui, in princip. ff. famil. ercisc und.*

Eodem modo emphyteuta repetet meliorationes factas vsque ad litem contestatam, sicut & fructus; secùs si quas fecit post litis contestationem in re emphyteutica, eo quòd eas amittet, nisi necessariæ essent ad emphyteusim conseruandam; & sine illis res periret, aut fieret deterior: ita Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 4. quia post litem contestatam censetur malæ fidei possessor, *l. sed si legem.* §. *ante litem, ff. de pet. hared. l. fin autem,* §. *in repetita ff. de rei vendic.* & Gloss. *ibi, verbo, contestatam,* vbi ait post litem contestatam possessorem esse prædonem. Quæ opinio Molinæ est vera, & in praxi admittenda vt certa, & secura; & Cald. Pereir. *de extinct. cap.* 18. *num.* 8. reiicienda; dum opinatur emphyteutam cadentem in Commissum perdere fructus à tempore Commissi; quod etiam minus benè dixit obiter sapientissimus Barbos. 1. *part. l. diuortio.* § *fin sol.* 1238. *pag.* 1. *num.* 49. *ff. solut. matrim.* emphyteutam scilicet non soluentem canonem, licet videatur ius suum amittere sub tacita conditione, *si dominus voluerit;* vt habetur *in l.* 2. *C. de iur. emphyt.* Domino tamen postea declarante voluntatem, teneri fructus retro restituere à tempore Commissi incursi, cùm declaratio retrò trahatur: *l. sed & si quis,* §. *fin. de vsufruct.* & ita Angel. *in Authent. de non alien.* §. *si vero, num.* 32. & alij. Ratio tamen contraria ea est; quia à tempore Commissi non fit emphyteuta malæ fidei possessor, & conditio illa *si dominus voluerit,* est suspensiua, & effectus priuationis suspensus manet, donec dominus declaret se velle sibi emphyteusim, & non dicitur emphyteuta priuatus iure, nisi dominus declaret se velle emphyteusim; proinde facit fructus suos donec dominus declaret se velle emphyteusim; nec dicitur priuatus ipso iure, nisi per sententiam, ad instar illius, qui Iudicis officio priuatur: per Glossam communiter receptam, *in Authent. de incest. nupt. collat.* 2. Palat. Rub. *de denat. inter vir. & vxor.* §. 71. & Burgens. *in cap. ad nostram, de emption. & vendition. num* 26.

6. Siue ergo dicamus conditionem, *si domino placuerit,* suspensiuam esse, & priuationis effectum suspendi, donec dominus dicat se velle emphyteusim ob caducitatem contractam; secundùm quam interpretationem non dicitur emphyteuta delinquens priuatus ipso iure, nisi accedente domini declaratione; siue verius est: siue sit illa conditio, *si dominus voluerit,* resolutiua, & consequenter pœna illa caducitatis ipso iure incurratur; cùm donec sententia pronuncietur, emphyteuta retineat dominium vtile, vt cum Molina defendimus, semper emphyteuta facit fructus suos vsque ad illud punctum, quo emphyteusis petitur in iudicio; ex quo articulo incipit esse malæ fidei possessor. Discordat Lessius *lib.* 2. *de iustit. cap.* 14. *dub.* 9. *num.* 46. dum ait cadentem in Commissum non teneri se spoliare emphyteusi, antequam dominus declaret se velle pœnam illam caducitatis executioni mandare: post tamen illam declarationem teneri cedere, neque requiri Iudicis sententiam, vel declarationem: quod etiam tradit Iulius Clar. *verbo, emphyteusis, quæst.* 9. *vers. nunquid requiratur,* nisi emphyteuta iure possit excipere opponendo aliquid, respectu cuius possit excusari a Commisso, eo quòd facta declaratione à domino directo, quod velit, emphyteuta cadit ipso iure. Credit tamen ipse Lessius *ibi* pœnam Commissi incipere ab eo puncto, quo dominus voluntatem suam declarauit, non verò retrotrahi ad articulum Commissi contracti. Ratio illius, quoniam pœna non retrotrahitur nisi vbi vel lege cautum, vel praxi est admissum, cùm nulla sit in pœnis retrotractio. Addit Clarus *supra, quæst.* 11. non posse proprietarium post declaratam caducitatem capere emphyteusim authoritate propria, sed opus esse Iudicis decreto, si emphyteuta seriò resistat. Quæ resolutio seruatur in praxi: quod etiam tradit Glossa *in cap. potuit, de locat. verbo expelli,* sed tutius semper est requiri Iudicis authoritatem, vt diximus: idcircò præmittatur partis citatio, teste Iason. *in l.* 2. *C. de iur. emphyt.* & Ceuallos *commun. contra commun. decis.* 14. & probatur ex traditis à Sanch. *in precept. Decalog. lib.* 2. *cap.* 12. *à num.* 8. *vsque ad num.* 10. vbi satis probat esse necessariam Iudicis actum ad eam pœnam incurrendam, vt dictum est *supra, ex num.* 3.

Porrò excepto proprietario, nullus alius potest emphyteutæ caducitatem obiicere; ex eo fundamento, quia vbi exigitur sententia declaratoria, vel declaratio voluntatis, nemo de iure huius potest opponere. Nam ea, quæ in fauorem alicuius sunt inducta, ab ipso duntaxat adduci debent: ita, Bartol. *in l. qui cum harede, ff. de exception. rei iudic.* & *ibi* Socin. *n.* 6. & *in l.* 2. *eod. tit. num.* 8. Idem Bartol. *in l.* 1. *ff. si ager vectigal.* & *in dict. l.* 2. *ff de exception. rei iudicat. post num.* 1. *vers. quandoque,* vbi tradit iterum non posse obiici de iure tertij, etiam ipso iure inducto, si ius illud pendet à voluntate illius tertij; secùs si nullius voluntas desideretur, aut exigatur. Quare cùm in hoc casu exigatur voluntas proprietarij, & declaratio illius, non potest alter opponere contra emphyteutam caducitatis pœnam. Cald. Pereira *de extinction. cap.* 10. *num.* 42. *cap.* 17. *num.* 16. *cap.* 18. *num* 12. secundùm Gloss. 4. *ad fin. in l. his consequenter, ff. famil. erciscund.* receptam, Cnsta *in cap si pater, verbo, vxor, num.* 12. *de testam. in* 6. Ideò de iure domini directi promanante ex nominatione nulla, vel ex caducitate, ant emphyteusis extinctione solus dominus ipse potest excipere. 7.

Vnde sequitur, domino directo mortuo, non posse eius hæredem, aut successorem agere de Commisso aduersùm viuentem emphyteutam delinquentem si alleget caducitatem contractam tempore sui prædecessoris, quia iniuria facta proprietario illius morte censetur remissa, & pro infecta habetur, nec potest ab eius hærede, aut successore allegari: Ripa *in l. fin. C. de reuocand. donat. num.* 206. Cassador. *tit. de locat. quæst.* 2. Gama *decis.* 17. *num.* 3. & probatur *ex l. omnimodo, C. de inoffic. testam.* vbi deciditur filium ingratum posse à parente exhæredari, dummodò pater, dum viuit, exprimat causam ingratitudinis: auferaturque omninò hæredi facultas querimoniæ, & pœna caducitatis; sicut quæuis alia pœnalis constitutio personalis est, neque contra hæredes transit: ita Iason, & Decius *in l. si quis iniquum,* §. *quod autem ait, ff. quod quisque iuris:* & probatur, quia emphyteuta propter caducitatem contractam non simpliciter ipso iure cadit à iure suo, nisi proprietario placuerit. Quæ conditio; esto, resolutoria sit, & non suspensiua, nihilominus semper opus est, vt dominus voluntatem suam manifestet: quòd si non manifestauerit, dum vivit, visus est Commissum remittere: ita Cassador. *tit. de locat. quæst.* 2. & 3. Bald. *in l. fin. C. de reuocand. donat.* & Iason *in l. omnimodo, C. eodem tit.* Idem dicendum est quando dominus vult agere contra hæredem emphyteutæ alienantis, quia contra illum non potest dominus declarare Commissum incursum, si in vita emphyteutæ tacuit: Cened. *ad decretal. collectan.* 144. *num* 14. Cald. Pereira *de extinctione, c.* 18. *num.* 13.

num. 13. & *in l. si curatorem, verbo sua facilitate, num.* 69. *de in integrum restit.* Gama *decis.* 41. *num.* 2. Camill. Borrell. *decis.* 33. *de emphyteus. num.* 92. Valasc. *consul.* 71. *num.* 13. & *consul.* 101. *num.* 5. Flamin. *de resignat. lib.* 3. *quaest.* 5. *num.* 16. Surdus *de aliment. tit.* 1. *quaest.* 48. *à num* 45. & plures alij, quos refert Marius Anton. *variar. resol. lib.* 1. *resol.* 98. *n.* 10. & sequitur Barbos. *in d. cap. potuit, de locat. n.* 85.

8. Fallit primò quando dominus, dum vixit, nesciuit caducitatem fuisse contractam, aut si rem tenuit commissam, non potuit ex causa iusta agere; tunc potest procedere eius successor: ita Couarr. *de sponsal.* 2. *p. cap.* 7. §. 6. *n.* 9. Costa *in d. cap. si pater, de testam. in* 6. *pag.* 93. *num.* 32. Anton. Gomes. *in Epitome, de testament. cap.* 11. *à num.* 12. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 12. & 37. & 39. Gregor. Lop. *in gloss. fin. l.* 10. *tit.* 4. *part.* 5. Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo, libertos, num.* 174. multis ibi de mote relatis, *C. de reuocand. donation.* & in dubio præsumitur ignorantia in domino, nisi probetur scientia: ex regula *l. verius, de probation.* Præpositus *in cap. plerunque num.* 2. *in fin. de donation. inter vir. & vxor.* Signorel. *consil.* 50. *in fin.*

9. Fallit secundò quando dominus directus siue sciens, siue ignorans, non egit de Commisso contra delinquentem, dum erat in humanis; quia non potest mortuo emphyteuta agere dominus contra illius successorem, si non egit contra illum qui contraxit Commissum: ita Gama *decis.* 17 *num.* 1. & 2. & *decis.* 83 & *decis.* 175. Bursat. *consil.* 91. *num.* 5. *in fin. cum sequentib.* accedit Gambarus *lib.* 6. *de officio delegat.* ex ratione iam tradita, quia extinguitur morte delinquentis delictum personale, & actio criminalis tendens ad vindictam perit omninò pereunte delinquente, nec potest vltra procedere dominus re integra contra delinquentis successores: vt probatur *ex l. his solis, C. de reuocand. donat.* Mortuo tamen proprietatio, cùm adhuc emphyteuta delinquens viuat, potest hæres domini, qui ignorauit, vel non potuit agere, procedere contra emphyteutam, qui contraxit Commissum, eo quòd delictum ipsius nondum est extinctum; secùs si constet dominum sciuisse Commissum, & tacuisse; quia tunc censetur pœna Commissi ab eo fuisse remissa: vt vltra iam allegatos, volunt Doctor. *in consuetud. Paris.* 1. *p.* §. 3. *n.* 127. & Imol. *in cap. vlt. de donation.*

10. Nec obstat si dicas dominum non agere ex mero delicto suscepto ab emphyteuta, sed agere ex contractu, ratione cuius emphyteuta tenebatur pensionem præstare, & rem emphyteuticam meliorare, & non alienare. Quæ actio transit contra hæredes, & caducitas inducta ex pactis, conditione violata, nocet hæredibus; licèt in vita emphyteutæ taceat; ita Afflict. *in cap.* 1. §. *porrò, quæ sit prima causa, num.* 55. nec delictum purgatur ex actione, quæ procedit ex contractu; vt tradit Battol. *in l.* 1. *ff. de priuat. delict.* Proinde videtur dicendum posse dominum ignorantem, vel eius hæredem aduersùs hæredem emphyteutæ delinquentis agere de Commisso.

Sed verius est non posse; quia omnis conuentio in contractu emphyteutico apposita est secundùm regulas *l.* 1. & 2. & *vltim. C. de iur. emphyteut.* & secundùm leges Lusitan. *lib.* 4. *ordin. tit.* 37. *tit.* 38. & 39. Ideò Commissi pœna est legalis, non verò conuentionalis; vt ait Alciatus *in l.* 4. §. *Cato, ff. de verbor. oblig. num* 97. Ea enim, quæ tacitè insunt à iure, quamuis exprimantur, nihil operantur: vt disputat Cald. *de extinctione cap.* 9. *num.* 23. cùm igitur dominus directus non egit contra ipsum delinquentem, non poterit etiam agere contra eiusdem emphyteutæ successorem: Iason *in l. si eum*, §. *qui iniuriarum, ff. si quis cantion. num.* 3. Cassador. *eodem tit. de locat. quaest.* 2.

Ruyn. *consil.* 168. *num.* 10. *lib.* 1. Quod procedit quamuis dominus ignorauerit fuisse contractam caducitatem, sic Ruyn. *consil.* 159. *num.* 13. *lib.* 1. & Bursat. *consil.* 91. *num.* 5. *cum sequent.* siquidem extinctum est delictum per mortem emphyteutæ; secùs dicas de hærede domini, qui potest agere contra emphyteutam delinquentem, quando dominus ignorauit Commissum, vel sciuit, & non potuit ob iustum impedimentum; quamuis non desint qui teneant ignorantiam caducitatis hæredi, & contra hæredem creare actionem: quales sunt Cassador. *quaest.* 2. *tit. de locat. num.* 7. Ruyn *consil.* 70 *num.* 19. *lib.* 5. Octauius *decis. Pedemontan.* 29. *num.* 13. vbi ait, si delictum purgandum est per actionem ex contractu descendentem, posse contra hæredem agi: Bald. *in d. l. fin C. de reuocand donat. in verbo, ingratus*, quem ibi sequitur Salycet *num* 4. vbi dicunt, quando reuocatur donatio ob promissa non seruata, contra hæredem agi posse.

Nihilominus in contrarium videtur Glossa fin. *in dict. l. fin C. de reuocand donation.* & ibi Bald. expressè *ad fin.* & *in cap imperialem* §. *insuper, vers. confidera, de prohib. feud. alien. per Federic.* quem ibi recentiores sequuntur, & Glossa fin. *in dict. cap fin. de donat.* vbi dicitur hanc esse communem sententiam, dummodò proprietarius in vita Vasalli habuerit delicti scientiam, & habuerit etiam tempus conquerendi, & non fuerit conquestus. Secundò si dominus agat; secùs si excipiat: ex regula *l. purè*, § *fin. ff. de doli mali except.* vt resoluit Gregor. Lopes *l.* 1. *tit.* 4. *part.* 5. Quoniam potest dominus hæredem emphyteutæ delinquentis agentem exceptione repellere, vt Octauian. *dict. decis.* 29. *num.* 13. *post medium*, Auctor. *in consuet. Paris.* §. 30. *num.* 118. & Curt. iun. *lib.* 4. *feudor. num vlt. ad fin.* P. denique Molin. *tom.* 2. *de iustit. disp.* 473. *fol.* 1284. inclinat, proprietarium, qui non intentauit contra emphyteutam caducum in Commissum executionem pœnæ, aduersùs hæredes illius posse illam intentare post mortem emphyteutæ: & pro hac sua inclinatione citat Gigantem *de pensionib. quaest.* 74. *ad fin.* qui Gigas *num.* 3. & 4. apertè tenet post plures ibi Vasallum, si commisit in dominum, qui viuens nihil sibi opposuit, molestari non posse ab eius successore, nec filios ex delicto patris eo mortuo priuari feudo: quia pœna egredi non debet delinquentem, neque pro peccato prædecessoris puniri quis debet: *l. sancimus, C. de pœn.* Ratio Molinæ, qua defendit vt veriorem suam inclinationem, est, non esse propriè pœnam, sed contractum expirasse ob canonem non solutum, ex dispositione iuris, dependente tamen à voluntate proprietarij; & per declarationem voluntatis illius regredi emphyteusim ad ipsummet dominum: & consolidato cum proprietate vtili dominio, quod erat emphyteutæ delinquentis, exequutio pœnæ non fit, neque fieri potest in cæteris bonis defuncti, sed solùm in dominio vtili ipsius emphyteutæ: contra quam resolutionem persistit Gama *decis.* 175. docens non posse talem actionem intentari in hæredes emphyteutæ defuncti, nisi iudicium contra ipsum viuentem incœpit, quia delicta quoad pœnæ executionem regulariter pereunt cum delinquente: *l. vnica, C. ne ex delicto defuncti*: ob quam rationem Gigas *d q.* 4. contra Gamam *decis.* 175. teste Molina *d disp.* 473. *fol.* 1282. tradit si dominus non fuit pœnam Commissi exequutus, neque litem intentauit, non posse domini hæredes contra emphyteutam delinquentem, procedere, quia proprietarius tacuit nec significauit velle exequi pœnam delicti. Sed quid faciendum, iam ex dictis ostenditur satis; ideò ad alia festinemus.

11. Quæritur an Prælatus possit Commissum remittere? negat Berous *cons. 122. num. 8. & 9. & 10. lib. 1.* si pactum sit expressum de non alienando, quia per tale pactum intelligitur ius Ecclesiæ acquisitum; ideò cùm per Commissum res sit deuoluta ad Ecclesiam, non potest Prælatus hoc ius Ecclesiæ quæsitum remittere: ita Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 23. tit. 26. num. 10.* vbi loquitur de Episcopo, subdens ex vi illius pacti neque cum consensu Episcopi feudum posse alienari; at verò *lib. 22. tit. 33. num. 13.* subdistinguit posse, scilicet quando Ecclesia non est collegiata; secùs si est collegiata accedente consensu Capituli, tunc enim poterit remittere; ex Glossa communiter recepta *in cap. potuit, de locat. in verbo, expelli* & *ibi* Imola *num. 34. ad fin.* sequitur tanquam communem Cardinalis Alexand. *in cap. 1. in princip. num. 13. de his, quæ fiunt à Prælat.* Iul. Clar. *verbo, emphyteusis, quæst. 10. vers. sed nunquid.*

Verius tamen puto posse Prælatum remittere Commissum indistinctè: quia ex ea remissione nullum damnum Ecclesiæ infertur, nec ipsa damnum subit, si Commissi actioni renunciet: ita Cardinalis, & Panor. *in d. cap. potuit, de locat.* Obtinebit tamen Ecclesia restitutionem aduersùs ea, quæ Prælatus remisit, cùm habeat restitutionem, quando agitur de lucro captando: per Glossam, & Scribentes *in cap. audistis, de restit. in integr. & in cap. constitutus, eodem tit.* Cald *de extinction. cap. 14. num. 27.* nam Prælatus sine vlla solemnitate potest repudiare hæreditatem Ecclesiæ relictam, seu legatum, vt est probabilius: contra Cabed. 1. *p. decis.* 109. omisso etiam Molin. *disp. 468 fol. 1379. pag. 1.* ergo potest remittere; imò potest sine consensu Capituli rem emphyteuticam ad Ecclesiam deuolutam alteri concedere: Bald. *in cap. in princip. num. 3. de his, qui feud. dar. poss.* Castr. *in l. etiam, in princip. num. 4. in fin. ff. solut. matrim.* Igitur potest remittere Commissum, & Ecclesiæ nocere: Caldas *vbi supra num. 27.* Cardin. Mantic. *supra tit. 33. n. 14.* Sanch. *de matrim. lib. 6. de donat. disp. 4. num. 13.* post alios *ibi* relatos.

12. Dubium est ex quibus appareat Commissum remitti à domino, nunquid propter receptionem pensionis non solutæ? Respondeo non censeri remissum, si dominus saluo iure suo recipiat pensionem temporis præteriti ante Commissum contractum: Glossa *in cap. potuit, de locat. in verbo, expelli.* Alberic. *in l. 2. num. 6. C. de iur. emphyt.* & satis est quòd dominus protestetur de iure suo, præsente, & tacente emphyteuta, qui tenetur contradicere protestationi: Curt. senior *cons. 81. num. 2.* Iason *in l. 2. C. de iur. emphyt. num. 127. vers. sed pone.* Item censetur remisisse, quando nulla præmissa protestatione recepit pensionem illius temporis, quod post Commissum lapsum est: Gloss. *in dict. l. 2. in gloss. magis, vers. item si triennio*, & *ibi* Scribentes *C. de iur. emphyteut.* Alex. *cons. 14. num. 18. lib. 2. & cons. 192. num. 2. lib. 7.* Ratio, quia qui recipit pensionem pro tempore, quod est subsequutum, videtur ipso facto declarasse se noluisse, quòd emphyteuta cadat à iure suo: ita Rimin. sen. *cons. 16. num. 19. & sequent. & cons. 74. num. 15.* quod procedit non solùm in Commisso contracto ob alienationem factam irrequisito proprietario, sed etiam ob pensiones non solutas; quia caducitas non habet executionem nisi dominus velit: & de his duobus casibus fit mentio *in d. cap. potuit, de locat. & in d. l. 2. C. de iur. emphyt.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. d. lib. 22. tit. 33.* Anchar. *cons. 145.* Roman. *cons. 449.* post Cald. Pereir. *de extinct. cap. 15. num. 24.* vbi ait, *& num. 25.* in vtroque casu caducitatem incursam per pensionis receptionem censeri à domino remissam, subditque tacita voluntate remitti posse, quia vbi in iure nostro voluntatis fit mentio, tacita sufficit; quod *d. num. 25.* benè probat Mantic. *d. tit. 33. num. 3.* secùs ait, si dominus simpliciter recipiat pensionem pro eo tempore, quod præteriit ante caducitatem; tunc non videtur remisisse, cùm nullus præsumatur velle renunciare iuri sibi competenti; *cap. super hoc, de renunt. l. cùm de indebito, ff. de probation.* Bartol. *in l. 2. num. 18. C. de iur. emphyt.* Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst. 10.* vbi ait hanc esse communem, nec ab ea recedendum. An verò censeatur remissa ca- 13.
ducitas si pensio recipiatur saluo iure suo? patet ex dictis. At de iure Lusitano *lib. 4. tit. 39. num. 1. verbo, E cessando o foreiro* &c. non excusabitur emphyteuta ab incursu Commissi; in quo incidit, quamuis dominus recipiat pensiones, nisi expressè domino placuerit, & id significauerit; quod intelligitur de præteritis; secùs si futuras recipiat, vt dictum est: ita Gama *decis. 72. num. 5. & decis. 199. num. 3.* Molin. *tom. 2. disp. 453. fol. 1278.* Cardin. Mantic. *lib. 22. tit. 33.* & Barbos. Vimarens. *in remission. ad l. Regiam lib. 4. tit. 39. ad. §. 1. n. 4.* & Augustin Barbos. eius filius *in d. cap. potuit, de locat. n. 118. & sequent.*

Non nocebit tamen procurator iuri domini re- 14.
cipiens pensionem pro tempore, quod lapsum est post Commissum contractum, nisi ad hoc habeat speciale mandatum remittendi caducitatem, secundùm *l. contra iuris, §. vltim. ff. de pact.* si autem id sciat dominus, nec iusserit pensionem confestim reddi emphyteutæ, censetur factum procuratoris approbare, & ratum habere: ita Bartol. *in l. quo enim, §. 1. ff. rem ratam haber.* Idem dicendum de receptore Episcopi, seu Capituli secundùm Decium *cons. 329. n. 5. vers. sed replicari potest*, & Ruyn. *d. cons. 151. num. 12. vers. & insuper, & num. 13. lib. 1.* quia censetur ratam habere solutionem factam procuratori suo sine speciali mandato ad talem receptionem pensionis. Idem dicitur quando dominus sciuit procuratorem recepisse pensiones pro tempore, quod lapsum est post caducitatem, & tacuit; quia censetur etiam remisisse illam: secùs si ignorauit dominus emphyteutam contraxisse caducitatem, quia non est verisimile voluisse iuri sibi quæsito renunciare: *cap. super hoc, de renunciat. cap. 2. de restit. spoliat.* Crauet. *ibi, num. 10.* fauet Paul. de Castr. *in l. si quis filio exhæredato, §. irritum, num. 4. de iniust. testamen.* nam faciliùs remittitur ius quærendum, quàm ius quæsitum; *cap. quemadmodum, ff. de iureiur.* idem Paulus scribit *in l. hæc conditio filia mea, § si sic, ff. de condition. & demonstration.* sequitur Cardin. Mantic. *supra num. 19. ad fin.* post Alexand. *cons. 146. n. 8. & 9. lib. 5.*

Quanto autem tempore actio Commissi præ- 15.
scribatur, est difficultas? Respondeo quinquennio præscribi, vltra quod tempus non durat ius petendi rem, neque illud ius Commissi: ita Romanus *singular. 479.* incipit, *Ius petendi rem*, & patet *ex l. 2. C. de vectig. & commiss.* Gama *decis. 268. num. 1.* & quamuis vt notat Afflict. *cap. 1. §. porro, num. 50. & num. 62. quæ sit prima causa*: non reperiatur in iure quantum tempus sit datum domino ad agendum super Commisso, & secundùm regulam generalem infra annos triginta possit agere; *l. sicut, C. de præscript. trigint. annor.* sed per *l. 2. C. de vectigal. & commiss.* præscribitur quinquennio: vt bene tradit Alex. *in addit. ad Bartol. in l. forma, §. fin. ff. de censib.* idem Bartol. *in l. commiss. q. vltim. ff. de publican.* & tradit Balbus *de præscript. 2. p. quinta partis in princip. n. 4.* & Cald. Pereira *de extinct. cap. 18. n. 21. ad fin.*

Nihilominus si emphyteuta per decem annos soluat pensionem, quamuis pro primo quinquennio completo non possit agere super Commisso; pro vltimo quinquennio nondum completo potest emphyteutam expellere, quia pœna caducitatis sæpiùs committi potest: *l. si sic, de verbor. obligat.* Specular.

in §. nunc aliqua, vers.44. num. 55. ibi. *Neque obstat quod Ecclesia.* Nam qui tacet, sicut non intelligitur contradicere, ita etiam non dicitur consentire: *l.1. § scienti am, ff de tribut. action. cap. qui tacet. de regul. iur. lib.* 6. Quod procedit maximè de graui domini nocumento cùm agitur: vt notat Bartol. *in l. qua dotis, num.22. ff. solut. matrim.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.22. tit.33. num.*18. dicens posse emphyteutam expelli ex posteriori caducitate; sicque fuisse decisum in sacro Auditorio, vt refert Caputaquen s. *decis.*316. *in fin. lib.*3.

16 Quid si emphyteuta rem alienet cum pacto legis commissoriæ, nempe cùm tibi rem vendo centum aureis, & eam trado ea lege, & conditione, vt si intra mensem pretium non solueris, res sit inempta? Respondeo non cadere in Commissum, quia est verbalis ista alienatio, & sub conditione, proinde nihil ponit in esse, & superueniente casu ipso iure rescinditur, perindè ac si non esset inita talis venditio. Similiter dicendum si fiat venditio sub pacto addictionis in diem, quæ fit vt si intra mensem alius meliorem conditionem attulerit, aut pretium addiderit, res sit inempta: ita Iason *in l. fin. C. de iur emphyt. num.*137. etiamsi rem tradat, excusatur à Commisso, quia hæc pacta sunt resolutoria, & venditionem reddunt nullam à principio; secundùm Bald. *in l. ab emptione, ff. de pact.* Cald. *de extinct. cap.6. num.* 17. *& cap.7. num.* 9. Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.22. tit.* 28. *num.* 30. *§. septimo restringitur*: & de venditione sub pacto l. Commissoriæ, constat ex *l.4. ff. de leg. commiss.* & de addictione in diem, probatur *ex l.1. ff. de in diem addict.* quia in vtroque casu purificata conditione ipso iure resoluitur contractus, & dominium retrò transfertur. Quod intelligit Alexand. *in l. Statuliber. num.2. & 3. ad l. falcid.* vt procedat quando pretium emphyteutæ non fuit solutum: Gama *decis.*12. *num.*1. vbi ait resoluto contractu liberari à caducitate: de his duabus legib. August. Barbos. optimè *in d. cap. potuit, de locat. num.*66.

---

§. III.

De reliquis actionibus, per quas inciditur, vel non inciditur in Commissum.

EPITOME.

1 *Melioramentorum non potest fieri venditio sine consensu domini.*

2 *Transactio fieri non potest irrequisito domino, retento aliquo, vel dato.*

3 *Census impositus super re emphyteutica sine domini consensu facit cadere in Commissum, & reditus reseruatiui impositio habet eundem effectum.*
Quid si non soluatur census? num. eod.

4 *Emphyteusis renunciari non potest irrequisito domino, sicut nec fieri potest compromissum de re emphyteutica.*

5 *Qui se negat esse emphyteutam, si de mendacio conuincatur, cadit in Commissum.*

6 *Promissio de vendendo emphyteusim sicut retrouenditio possunt fieri irrequisito domino.*

7 *Venditio facta ab herede suæ partis coheredi suo potest fieri irrequisito domino.*

8 *Alienatio emphyteusis in socium, vel collegam eiusdem emphyteusis fieri potest sine domini consensu.*

9 *Diuisionem possunt facere inter se sine domini consensu plures emphyteutæ.*

10 *Emphyteutica bona an possint pignorari, vel hypothecari irrequisito domino.*

11 *Emphyteuta fisci an possit alienare emphyteusim inconsulto domino.*

12 *Emphyteuta non tenetur alienando requirere consensum domini quando habet facultatem alienandi in quemcunque voluerit.*

13 *Emphyteuta si est creditor domini directi excusatur a Commisso si non soluat per biennium, vel triennium.*

14 *Alienatio facta à marito de emphyteusi vxoris non facit incurrere vxorem in Commissum.*

15 *Emphyteuticam rem destructam per incendium emphyteuta non tenetur reædificare, nec soluere pensionem.*

16 *Moræ purgatio non admittitur stante pacto quòd ipso iure incurratur caducitas non soluendo canonem die præstituto.*

17 *Commissi pœnam nullus potest opponere contra emphyteutam excepto domino, vel procuratore de eius mandato.*

18 *Emphyteuticus possessor tenetur ad soluendum pensiones præteritorum annorum.*

PLanum est non posse emphyteutam vendere meliuramenta facta in re emphyteutica absque consensu domini: Stephan. Gratian. *discept. forens. cap.21. num* 34. Azor. *3. p. lib.10. cap.8. quæst.2.* Less. *de iustit. lib.2. cap.24. dub.9. num.*52. 1

Similiter in transactione facta ab emphyteuta per quam transfertur emphyteusis in aduersarium aliquo nempe dato, vel retento, requiritur consensus domini, alioqui Commissum incurritur: Stephan. 2
Gratian. *discept. forens. tom.3. cap.476. num.*12. Ioseph. Ludouic. *Perus. decis.*35. *num.*7. Cald. Pereira *de extinct. cap.9. num.* 34.

Census super re emphyteutica imponi non potest inconsulto domino sine metu Commissi; & hac de re distinctiones propositas vide apud Ouidium de Amicis, *in expositione super c. potuit, de locat. quæst.*20. Valasc. de Anendan. *de censib. cap.67. num.*3. Felician. de Solis *de censib tom.1. lib.2. cap.4. num.5. & tom.2. lib.2. cap.4. num.*3. Camill. Borrel. *in summa omnium decis. tit.33. de iur. emphyt. à num.*170. Stephan. Grat. *discept. forens. cap.43. num.20. & cap.202. num.26. cum sequentib.* Idem dicitur de impositione reditus reseruatiui, quòd requiritur scilicet consensus domini, quando quis rem suam confert alteri pleno iure, reseruata sibi pensione quotannis recipienda in fructibus, vel pecunia; ita Gaspar Rodericus *de ann. reditib. lib.1. quæst.3. num.6. vers. infertur*, vbi longè aliter disponit in reditu consignatiuo, quando nimirum quis retentis suis bonis consignat alteri certam pensionem quotannis soluendam in fructibus. Illud tamen pro certo habetur in censu nunquam intelligi Commissum contractum, etiamsi ab illius solutione etiam per mille annos cessatum sit: Cardin. Mantic. *lib.22. titul.3. num.*10. Couarr. *lib.3. variar. cap.7. num.*1. Gutier. *de iurament. confir. p.1. cap.*31. & Valasc. *de iur. emphyt. quæst.32. num.*30. sed de hoc *infra* pleniùs *disput.11. §.1. num.*25. 3

Quid si emphyteuta renunciet emphyteusi irrequisito domino, aut si faciat compromissum de re emphyteutica sine illius facultate? Quoad primum pars affirmans est tenenda, quòd requiritur consensus domini sub pœna Commissi: Pinell. Lusit. *ad l.2. C. de rescind. vendition. part.1. cap.4. num.2. in medio*, Camill. Borrel. *in summa omn. decis. tit.33. de emphyt. à num.*137. & Anton. Thesaur. Pedem. *decis.20. num.*2. Quoad secundum negatur fieri posse compromissum de re emphyteutica sine consensu domini directi; vt Cardin. Thuscus *tom.3. litera E. conclus.*207. 4

*num.*32. Corbul. *sub titul.de cau∫.priuat. ob alien. irrequi∫ito domino, ampliation.*33. & Ouid. de Amicis,*in repetition.cap.potuit,de locat.q.*94.

5. Pari modo cadet in Commissum emphyteuta qui negat se esse talem,si de mendacio conuincatur; ita Redoan.*de reb.Eccle∫.non alien.quaest.*19 *cap.*11. *à num.*1. Cardin. Mantic. *supra lib.*22. *tit.*20.*num.*11. P.Molin. *de inst disp.*449. *n.*3. Surd.*de alimen. tit.*9. *quaest.*26.*num.*71.*& cons.*371. *à num.*80. Valasc.*de iur. emphyt. quaest.*4. *num.*10. Ouid. de Amicis *supra q.*87. secus si ante litem contestatam poeniteat, vt per Ouid. *d quaest.*88. *num.*14. vbi *num.*12. limitat hanc ampliationem,si negatio fiat à procuratore emphyteutae virtute generalis mandati: & *num.*13. sublimitat etiam, quando negatio facta fuerit per ignorantiam, vel si emphyteuta esset infans, aut minor quatuordecim annorum.

6. Quid si fiat promissio de vendenda emphyteusi, nunquid incurret poenam Commissi? Negat Cald. Pereira *de extinctione emphyt. cap.*5. *num. fin.* Tiraq. *de retract.tit.*1. *ad fin. num.*44. Idem esto iudicium in retrouenditione facta vigore pacti de retro, irauetes dicatur non transacta, sed reddita: Steph. Grat.

7. *discept. forens.cap.*180.*num.*10. Similiter excusabitur emphyteuta à Commisso, vendendo suam partem cohaeredi suo irrequisito domino: ita P. Rebell. *de obligation.iustit.lib.*13.*quaest.*4.*num.*8. Sicut etiam ex-

8. cusatur alienans emphyteusim in socium,vel collegam eiusdem emphyteusis: nam haec alienatio fieri potest inconsulto domino: Cardin. Mantic. *lib.*22. *de tacit.& ambig.tit.*28.*num.*45.P.Rebell.*supra lib.*13. *quaest.*4. *num* 8. Cald. Pereira *de extinct.cap.*8. *num.*1. Ceuall. *commun. contra commun. quaest.* 435. Eò quia per hanc venditionem res de facili reuertitur ad suam naturam: *l. si vnus,§.pactus ne peteret,ff.de pact.* Ideò non requiritur consensus directi domini:Card. Thuscus *litera E. conclus.*102. *num.*7. *& conclus.*207. *num.*130. Cald.Pereir. *in l. si curatorem, verbo,vel aduersary dolo,num* 82.

Contrarium tamen,non posse scilicet plures emphyteotas inter se alienare irrequisito domino, sequitur Alberic. *in l.cum y, §. si vni,num.*2. *ff de transaction.* & Bald. *in l.nenem, C. de contrahend. emption.* & *in l. si domos, §. fin. ff. de legat.* 1. vbi Iason *num.*41. ait in practica magnam esse authoritatem Bartoli *in l.qui Roma,§.duo fratres, num.*24.*ff. de verbor. signif.* sed Bartol. *ibi* tenet posse inter se alienare; cuius opinio est communis secundùm Iason.*in d §.duo fratres,num.*77. Quae conclusio vt vera procedit si plures fratres accipiant fundum in emphyteusim *pro se, & filiis, & descendentibus*, & in scriptura promittant non alienare irrequisito domino sub certa poena, adhuc enim nihil impediente poena, inter se potetunt alienare, nec alienando vnus alterius incurrit poenam, quia omnes sunt eiusdem conditionis: ita Salycet.*in l. Ea lege,C.de condict.ob caus.col.antepenult. vers. quaero.* Quae doctrina est verior saltem in hoc Regno vbi praeualet decisio Bartoli, contra quem asserit Cutt.iun. *cons.*109.*num.*12. Caeterùm non est recedendum à parte affirmante, posse scilicet inter se adinuicem alienare.

9. Sicut possunt facere sine domini consensu inter se plures emphyteutae diuisionem, quando plures fratres succedunt patri mortuo: per Bartol. *in d. l. qui Roma,& in l.cum hi,§. si vni, ff de transaction.* quam opinionem dixit communem Aretin. *in d. §. duo fratres,* & etiam Iason *ibi, num.*75. *& in l. fin. num.*14. *C.de iur.emphyt.* Pro qua sententia habetur Iul.Clar. *lib.*4.*sentent. §. emphyteusis, quaest.*14. Gama *decis.*243. *num.*6. *& 7. & decis.*268. *num.* 2. Valasc. *cons.*53. *n.*4. *& de partition. cap.*25.*à num.*7.Cardin.Mantic.*lib.*22. *titul.*38. *à num.*46. Cald. Pereira *de nominatión. q.*24. *à num.*14.P.Rebell.*de obligation.iustit lib.*13.*quaest.*14. *num* 8. & P.Azor. *p.*3. *supra d.cap.*8. *quaest.*6.

Simili modo possunt bona emphyteutica pignorari, vel hypothecari sine metu Commissi irrequisito domino, vt volunt Gama *decis.*28.*n.*2.*& decis.*214. P.Molin.*disp.*461.*num.*12.Cald.Pereira *de extinction. cap.*5. *à num.*27. Cardin.Mantic. *d.lib.*22 *tit.*28.*n.*51. Cardin. Thuscus *tom.*3. *litera E. conclus.*112. *num.*7. Camill. Burtell. *in summa decis. titul.* 33. *num.* 116. Morte tamen hypothecantis extinguitur hypotheca, iuxta regulam *l. lex vectigali fundo, ff.de pignor.* si autem dominus directus praestiterit consensum,non cessabit hypotheca morte hypothecantis, sed vlterius durabit ex ordinatione Regia Lusitana *lib.* 4. *tit.*95. §. 1. *ad fin.* 10.

Sed quid de emphyteusi fisci an possit irrequisito domino alienare emphyteusim sine metu Commissi? Responsio est affirmatiua; nisi in titulo emphyteutico alienatio prohibeatur, iuxta *l.*1. *C. de fund. patrimonial. lib.*11. Cald.Pereira *de extinct.cap.*2. *n.*9. *& cap.*4.*num.*35. Valasc. *quaest.*13.*num.*1. *col.*4. Peregrin. *de iur. fisc.lib.*5 *tit.*5 *num.*40. Pater Rebell *lib* 3. *quaest.*4. *num.*12. secus in emphyteuta Reipublicae,vt per Valasc. *de iur.emphyt.quaest.*48.*in fin.* vbi existimat non esse vetum, quòd emphyteuta Reipublicae valeat emphyteusim alienare sine consensu Reipublicae; quia id nec praxis admisit, neque vllo iure efficaciter probatur. Ratio, quia videtur esse abs re, & alienum à ratione, vt destituatur Respublica priuilegio, quo gaudet quilibet priuatus dominus directus, cuius consensus requiritur in alienanda emphyteusi;ergo etiam Reipublicae requiretur,cùm sit futura melioris conditionis: *l Respublica, C.ex quib. caus. mai.* sequitur Rebell. *d.lib.*13. *quaest.* 5. *num.*2. *in fin.* 11.

Non tenebitur tamen emphyteuta dum alienat requirere consensum domini,quando in instrumento emphyteutico habuerit facultatem alienandi in quemcunque voluerit liberè, vel quando emphyteusis fuit accepta pro accipiente, & omnibus, quibus concedere voluerit: in his enim casibus potest emphyteuta alienare irrequisito domino: Iul.Clar. *in §.emphyteusis, quaest.*3.*num.*7. Ex ea ratione,quia ex illis verbis videtur dominus vsque à principio concessisse, vt deinceps possit emphyteuta sine vlteriore requisitione emphyteusim ipsam in quemcunque alienare: Corbul. sequitur *supra, de causa priuat. ob alienat. ampliat.*2. *num.*5. Molin. *tom.*2.*disp.*459.*n.*26. Ouid. de Amicis *in cap. potuit, de locat. quaest.*3. Non tamen ex hac exemptione dicitur nouus emphyteuta exemptus ab onere accipiendi inuestituram à domino directo,quem expectabit per duos menses, & qui soluet laudemium pro dicta inuestitura;ita Molin. *d.num.*26. *in fin.* Menoch. *cons.*197.*num.*27.quidquid contradicat Camill. Borrel. *in summa omnium decis.tit.*33.*num.*340. 12.

Excusabitur item à poena Commissi,si non soluat per biennium,vel triennium emphyteuta, si est creditor domini directi, & tantumdem debeat, vel in maiore quantitate, modò emphyteuta sit paratus compensare: Corbul. *d.tit.de caus.priuat.ob non solut. canon.limit.*5. Menoch. *cons.*372.*num.*30. Gaspar.Roderic. *de ann.reditib.lib.*2. *quaest.*18.*num.*4.*& 7.* Pater Rebell. *d.lib.*13. *quaest* 8.*num.*6. Azot. 3.*p.lib.*10. *de emphyt.cap.*6.*quaest.*4. Quod procedit etiamsi emphyteuta se obligasset iuramento domino directo soluere pensionem, prout Roland. tradit *cons.*87. *lib.*1. *à num.*26. & alij, quos referens sequitur Ouid. de Amicis, *in d.cap. potuit, de locat. quaest.*97. Vide Mascard. *de probation conclus* 251.*num.*10. & Redoan. *in tractat. de reb. Eccles. non alien. cap.* 3. *quaest.* 19. *num.*1. 13.

Quaestionis

14. Quæstionis est an alienatio à viro facta de emphyteusi vxoris irrequisito domino, faciat vxorem incurrere in Commissum? Responsio est negatiua; ex eo fundamento, quia alienatio non tenet facta sine consensu vxoris, ideò per eam non incurritur in Commissum: Valasc. *cons.* 71. *num.* 15. quia vt Commisso locus sit propter alienationem, necessum est quòd alienatio aliàs sit valida; & de iure nostro non valet alienatio bonorum stabilium facta sine consensu vxoris: *lib.* 4. *tit.* 48.

15. Illud etiam est indubitabile destructa re emphyteutica cessare solutionem census pro eadem re, & domino remanere solum. Camill. Borrell. *in summa decis. tit.* 33. *num.* 229. vbi *num.* 230. addit id esse intelligendum quando res esset destructa in totum: *&* *num.* 232. limitat quando paulatim destrueretur ob negligentiam emphyteutæ, tunc enim non excusatur à solutione integræ pensionis. Ex quo sequitur si domus vel molendinum, ex quo soluebatur pensio, sit absumptum per aliquod incendium, aut per alluuionem publici fluminis, aut per terremotum dirutum, ita vt area solùm supersit, non solùm liberari emphyteutam à soluenda pensione, sed etiam non teneri reædificare, neque erigere rem destructam. Tiraquell. *de retract. lignag. ad fin. titul. num.* 75. Natta *cons.* 377. *num.* 2. *cons.* 480. *num.* 2. Garcia *de expens. cap.* 15. *num.* 17. quibus adde Valasc. *de iur. emphyt. num.* 8. *quæst.* 26. *&* *quæst.* 27. *num.* 2. Surd. *de aliment. tit.* 7. *quæst.* 33. *num.* 19. Molin. *de instit. disput.* 454. *vers. quando domus*, Rebell. *de obligation iustit. lib.* 13. *quæst.* 19. *num* 3. Atque ita quando res emphyteutica tota periit, nocet domino; secùs si non pereat tota, vt colligitur ex traditis à Caualcan. 2. *part. decis.* 30. *num.* 94. & facit pro hoc illud vulgatum:

Si res tota perit, liberabitur emphyteuta:
Si perit ex parte, is nulla liberabitur arte.

sequitur Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 8. *num.* 8. post Iason. *in l.* 1. *num.* 77. *C. de iur emphyt.*

16. Ad hæc emphyteuta Ecclesiæ cessans per biennium in solutione canonis continuum, potest sceleri satisfactione purgare moram, ad effectum vt euadat Commissum. Valasc. *quæst.* 5. *num.* 3. P. Azor *p.* 3. *lib.* 10. *de emphyt. cap.* 7. *quæst.* 7. & Rebellus *suprà, lib.* 13. *quæst.* 10. *num.* 3. *vers. his positis, &* *num.* 5. Camill. Borrell. *d. tit.* 13. *num.* 175. Ioseph. Sese *Aragoniæ decis.* 105. *à principio*: quod non procedit in foro laicali; Surd. *cons.* 97. *in num.* 31. & Anton. Monach. *Florent. decis.* 59. *num.* 3.

Non admittitur tamen purgatio moræ, obstante pacto quòd ipso iure & facto incurratur caducitas non soluendo canonem die præstituto. Anton. Monach. *Florent. decis.* 59. *num.* 4. Sese *suprà, decis.* 103. *num.* 9. *&* *num.* 11. resoluit emphyteutam, vel creditorem non liberari ab incursu moræ, vel à pœna Commissi, quamuis fiat oblatio canonis, vel debiti celeriter, nisi fiat congruente loco, & tempore, hoc est in domo creditoris, & ante lapsum termini solutioni destinati.

17. Illud etiam non est omittendum, Commissi pœnam à nullo posse opponi contra emphyteutam nisi à domino ipso directo, vel ab eius procuratore cum speciali mandato: ita Ioseph. Ludou. *Perus. decis.* 17. *num.* 5. Corbul. *de caus. priuat. ob non solut. canon. ampliat.* 45. *num.* 13. Anton. Monach. *Florent. decis.* 58. *num.* 4. *&* 5. Declarata autem caducitate à domino directo, quilibet opponere potest: ex Surdo *decis.* 280. *num* 6.

18. Quid si emphyteuta non soluit pensiones præteritas, nunquid possessor seu successor in re emphyteutica actu possidens teneatur ad solutiones præteritorum annorum? Affirmat Surdus *decis.* 43. *n.* 5. *&* 9. Bellet. *disquisit. Cleric. p.* 1 *tit. de Cleric. debitor.* §. 8. *num.* 4. Camill. Borell. *in summa decis. tit.* 33. *de emphyt. num.* 228. quamuis tertius possessor sit pro illo tempore, quo ipse non possidebat: Aloys. Ricc. *p.* 5. *collectan.* 1538. Quare tertius possessor si conueniatur pro solutione pensionis, non potest opponere exceptionem excussionis. Surd. *d. decis.* 32. Camill. Borrell. *d. tit.* 33. *num.* 346. vbi *num.* 415. addit emphyteutam dici personaliter obligatum ad solutionem canonis.

---

§. IV.

Quæ melioramenta sint restituenda per extinctionem emphyteusis, seu coloniæ?

EPITOME.

1 *Quando pensio est magna non amittuntur melioramenta.*
2 *Pensio dicitur magna quando fructibus est par.*
3 *Emphyteuta soluenti pensionem grandem fit remissio propter sterilitatem.*
4 *Emphyteuta expulsus ob non solutum canonem amittit meliorationes, dummodò non sint immodica.*
Quid de expulso sine culpa? num. eodem.
5 *Melioramenta ex conuentione facta emphyteuta non conseruat sibi.*
6 *Emphyteuta retinet melioramenta non obstante clausula quòd finitis vitis redeat emphyteusis libera ad dominum.*
7 *Quid veniat appellatione melioramentorum?*
8 *Emphyteuta culpa sua amittens emphyteusim quas meliorationes possit sibi conseruare?*
9 *Colonus in omni casu repetit meliorationes finito contractu.*
10 *Conductor, seu colonus ex pacto meliorantes, nequeunt retinere meliorationes.*
11 *Conductor ad longum tempus quando recuperat meliorationes.*
12 *Emphyteuta an teneatur reficere suis expensis ædificia quæ deteriorantur, & quando excusetur?*
13 *An quando repetuntur melioramenta, sint soluenda pro pretio, & valore præsentis temporis, aut præteriti?*
Quid de pacto dubio soluendi? ibid.
14 *An possit emphyteuta retinere emphyteusim, & colonus rem locatam pro melioramentis donec sibi soluantur.*

QVid dicendum de melioramentis quando emphyteuta, vel colonus finita emphyteusi, vel colonia, ea sibi non conseruant? Sit primum assertum. 1. Si pro emphyteusi magna apponatur pensio, ita vt res emphyteutica magis videatur concessa à domino ad colendum, quam ad meliorandum, si contingat expelli ob pensionem non solutam, non perditurus est emphyteuta meliorамenta: ita Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 30. Barbos. 1. *p. l. diuortio*, §. *fin. ff. solut. matrim. num.* 70. *fol.* 1174. Intelligitur magna quando fructibus correspondet, & 2. tunc est emphyteusis extra metas emphyteusis, & egreditur locationis terminos, & pro locatione habetur: sic Bald. *in cap. litera, num.* 5. *de dilat.* Burgos. *c. cum causa, n.* 14. *de empt. & vendit.* & impropriè tunc vocatur emphyteusis; propriè verò locatio: sic Valasc. *de iur emphyt. q.* 11. *ad fin. & q.* 27. *num.* 11. Cald. Pereira *de extinct. cap.* 2. *num* 8. August. Barbos. *in suis additionib. ad lib.* 4. *pag.* 3. *&* 4. *num.* 19. post alios *ibi* citatos.

Ex

3. Ea hac conclusione sequitor hoiusmodi emphyteutam, qui magnam hanc præstat pensionem ob sterilitatem excosari à præstatione pensioois, eique deberi fieri remissionem, secundùm gloss. *in Authent. perpetua, verbo sexta, C. de sacros. Eccles.* Socin. *in l. Gallus, §. etiamsi parente, num. 6. de liber. & posthum.* vbi ait tunc iudicari de emphyteuta soluente pensionem fructibus fermè æqualem, vt de simplici colono, seu locatione; & sicut in locatiooe ob sterilitatem fit remissio pensioois, *l. si merces, § si vis maior, ff. locati, cap. propter sterilitatem, de locat.* Sic etiam in emphyteusi si constituatur pensio fructibus correspondens: ita Barbos. *vbi suprà, in d. l. diuortio, ff. solut. matrim. num.* 70. Surd. *decis.* 198. *num.* 1. & *num.* 20. qoia hic contractus est vera locatio, & noo emphyteusis, & non consideratur nomen, sed natura contractus, atque effectus consideratur: *l. non codicillum, C. de testam.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 27. *num.* 11. & *quæst.* 29. *num.* 24. *vers. suffragatur*, dicens haberi pro conductore emphyteutam, qui præstat domino pensionem fructibus correspondentem, eique faciendam remissionem sicut fit respectu sterilitatis conductori ad longum tempus, si pensionem fructibus fermè parem soluat, secùs si minimam: Cald. *de extinct. cap.* 2. *num.* 8. August. Barbos. *in additamentis ad* 4. *lib. fol.* 4. *num.* 19. *ad fin.*

4. Secundum assertum sit. Emphyteuta propriè dictus si expellatur ab emphyteusi ob non solotam pensionem, amittit etiam simul omnia meliorameota cum emphyteusi: *l.* 2. *C. de iur. emphyt. Authent. qui rem, C. de sacros. Eccles.* Quod procedit quoties ob culpam suam cadit à iure suo; io qoo euentu est receptissimum apud omnes omniaélioramenta ad dominum pertinere: ita Iul. Clar. *in §. emphyteusis, quæst.* 45. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 2. Barbos. *in d. l. diuortio, num.* 69. Molin. Theolog. *tom.* 2. *de iust. disput.* 455. *fol.* 1293. *cum sequentib.* Gama *decis.* 22. Cald. Pereira *de extinct. cap.* 19. *num.* 1. & *de vendit. cap.* 27. *num.* 19. Menoch. *de recuper. possess. remed.* 15. *num.* 503. Roland. à Valle *cons.* 28. *num.* 15. moltis *ibi* relatis, & ex antiquioribus Bald. idem tenet *in l. fin. ad fin. C. communia de legat.* Angel. Imol. & Alexand. *in l. Senatus, §. Marcellus, ff. de legat.* 1. Auctor *in consuetud. Paris. §.* 1. *gloss.* 5. *à num.* 69. Paul. *cons.* 270. *vol.* 2. Idem Bald. *in l.* 2. & *ibi* Iason *num.* 27. *C. de iur. emphyt.* Tiraquell. *de retract. conuent. §.* 7. *gloss.* 1. *num.* 6. Decius *in Authent. qui rem, num.* 14. & *cons.* 518. *Viso instrument. col.* 1. Gozadin. *cons.* 46. *num.* 9. Guido Papæ. *decis.* 169. & 438. quia ratio petit vt delinquens sua pœna plectatur, & oe afficiatur emolumento ea culpa: *l. quod quis ex culpa, ff. de regul. iur.*

Temperator tamen hæc doctrioa dummodò meliorameota non sint extraordinaria, sed consueta, & ordinaria; proinde si emphyteuta domos magnificas extruxerit, vel similes meliorationes magnarum expensarum erexerit, non est æquum vt eas emphyteuta amittat: sic Garcia *de expens. cap.* 6. *num.* 22. Pinell. *de rescind. vend. l.* 2. *p.* 2. *cap.* 3. *num.* 9. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 3. vbi ita fuisse iudicatum tradit, & probatur ex verbo *emponemata*, quod dicit reductionem rei sterilis atque incoltæ ad cultoram: proinde molas frumentarias, & domos erectas non comprehendit: teste Garcia *ibi*, sed eas expeosas complectitur, ad qoas emphyteota ex necessitate, & ex natora contractus faciendas tenetur: sic Doctores citati; iniquum enim esset dominum cum iactura tanta emphyteutæ locupletari, & ob pensionem decem nommorum per trienniom non solutam, amittere etiam meliorationes centum aureos excedentes, quod à ratiooe deuiat, quæ exigit vt pœna delicto respondeat: Cald. *de emption.* Garcia *vbi proximè relatus*, idem Cald. *de extinction. cap.* 10. *num.* 49.

Tertium assertum. Si emphyteusis finiatur absque culpa emphyteutæ per mortem scilicet illios, vel ex forma concessionis, meliorationes pertinent ad emphyteotam, & dominus eas soluere tenetor emphyteotæ, aot eios hæredibus: Alexand. *cons.* 162. *lib.* 3. Paul. & Iason *in Authent. qui rem, C. de sacros. Eccles.* Bald. *in Authent. excipitur, C. de bon. quæ liber.* & *in l in rem, §. signum, ad fin. ff. de rei vendicat.* Guid. Papæ. *vbi sup.* Decius *cons.* 439. & *cons.* 518. Auctor *in consuet. Paris. §.* 1. *gloss.* 5. *num.* 71. Menoch. *de recuper. poss remed.* 15. *num.* 502. Idem Bald. & Angel. *in l. Senatus, §. Marcellus, ff. de legat.* 1. Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 45. Gama, *decis.* 22. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num* 6. *conclus.* 3. & *consult* 116. *num.* 12. Cald. *de nominat. emphyt. quæst.* 18. *num.* 30. & *quæst.* 23. *num.* 66. *eodem tit.* & *de extinct. cap.* 10. *num.* 48. & *c.* 19. *num.* 2. & *de vendit. cap.* 27. *num.* 21. Molin. Theolog. *tom.* 2. *disput.* 463. *conclus.* 2. Non sunt tamen meliorationes emphyteutæ, quoad dominium, sed quoad æstimationem. Probatur exemplo vsufructuarij, qui meliorationes à se factas in rebus, quibus fruitur, repetit; & colonus etiam repetit melioramenta facta in re conducta: *l. penult. ff. locat.* Atqoe ita qoando emphyteusis aperitur domino directo sine colpa emphyteutæ, dominus non facit meliorationes suas, sed eas reficere debet emphyteutæ; vt Valasc. *suprà*, & alij, quos referens sequitur Barbos. Filius *in addition. ad remissiones paternas, pag.* 22. *num.* 153. subdit tamen si emphyteuta absolute cedat emphyteusim domino spontè, oon posse petere meliorationes: de quo maximè ambigi potest, ex ea ratione, quia emphyteuta habebat vtile domioium io re emphyteutica: *l.* 1. *ff. si ager vectigal.* Igitor si meliorationes debentur colono simplici, per Gloss. *in l. sed & si quid verb. fructuario, ff. de vsufruct.* multo magis deberentur emphyteotæ habenti multo fortius ius, quàm colonus, & vsufructuarius habent. Vnde non est audiendus Sarmient. *lib.* 3. *selectar. cap.* 4. dicens in hoc caso emphyteutam perdere melioramenta: quod est contra commonem noo obstante quocunque pacto, seu clausula de non recuperandis ab emphyteuta melioramentis; vt notat Valasc. *num.* 7. & 9. *suprà*, nisi pacta in partem pretij veniant: tunc enim emphyteuta illa noo repetet. Valasc. *ibidem d. quæst.* 25. *num.* 18.

An autem quando emphyteutæ expulso sine culpa debentur meliorationes, possit eas dum viuit ipse irrequisito domino tollere absque pœoa Commissi, antequam extingoatur emphyteusis? Respondeo non posse; si autem eas tollat, posse priuari emphyteusi, & melioramentis, qoæ remanserunt; eò quia sublatis melioramentis emphyteosis fit deterior: verbi gratia, si arbores fructiferæ succidantur, aut parietes à se facti destruantur: atqui succidi arbores grandes ex syloa non cædua, vel domos dirui reddit emphyteusim deterioram: igitur priuari potest emphyteusi, & reliquis melioramentis: ita Corbul. *in tract. de emphyt. tit. de caus. priuat. ob rei deterior. caus.* 13. *in princip.* Nam pari passu incedunt, arbores succidere, seu domum diruere, seu vineam euellere: *l. æquissimum, §. fructuarius, ff. de vsufruct.* ergo si emphyteuta cadit à iore suo quando emphyteusis fit deterior notabiliter; pari ratione priuabitur si meliorationes absumat inscio domino antequam extingoatur emphyteusis. Suffragatur, quia res cooceditur in emphyteusim ad meliorandum, non verò ad deteriorandum: sublatis ergo ædificiis, vel euulsis arboribus, cessat causa propter quam facta fuit concessio propter scilicet meliorationes; & destruitor contractus, quando tollitur causa fioalis: sic Paol. de Castr. & Cagnol. *in Authent. qui rem, C. de sacros. Eccles.*

Nec

Nec obest ædificia fuisse facta sumptibus emphyteutæ; quia postquam sunt extructa, censentur pertinere ad solum, atque ita iudicantur esse partes rei: *l. adeo. § ex diuerso, ff. de acquir. rer. domin. l. 2. C. de rei vendicat.* & sunt meliotamenta emphyteutica, & consequenter spectant ad dominum directum.

Re tamen diligenter considerata, quando meliotamenta sunt ædificia extructa, seu domus, aut molendina erecta, & similia; dicendum puto non priuati emphyteutam tota emphyteusi; nec parte illius, si dum vixit, destruxit ædificia à se erecta suis sumptibus, & aliò transtulit: ex Bald. *in cap. §. si quis, de Manso, num. 15. de controuers. inuestit.* dicente *ibi* posse vasallum tollere meliorationes, quas fecit, & durante feudo tollere ædificiom, & *in l. sed & si post, in princip. ff. de vsufruct.* loqoendo de emphyteuta ait, post domini prohibitionem non posse leuare ædificium suis expensis erectum: ex quo deducit licitè posse ante prohibitionem; idqoe tradit esse de mente Battuli, & tunc in facto fuisse quæstionem. Probatur ex marito, qui potest auferre domum in re dotali ædificatam suis expensis: imò potest eandem domum testamento cui voluerit relinquere: ita Bartol. Bald. & Angel. *in l. Senatus, §. Marcellus, ff. de legat. 1.* Item quia emphyteusis conceditur ad meliorandum in cultura, & in minima reparatione, non verò conceditur ad extruenda ædificia, neque ad reparandum impensis immodicis diruras ædes, vt bene notaoit Cuman. *cons. 57. circa fin.*

Addo, finitis generationibus, si dominos renuat soluere æstimationem, posse emphyteutam, aut eius hæredes meliotamenta leuare; vt bene distinguit Iason *in l. 2. num. 30. C. de iur. emphyt.* Redoan. *de reb. Eccles. non alien. quæst. 17. §. si verò melioramenta,* nec dicitur emphyteuta malè versatus in re emphyteutica, nec priuari posse ob meliotamenta abrasa, quæ ipse finita emphyteusi poterat auferre, vel petere eorum æstimationem: secùs si meliotamenta impensa domini fuissent erecta. Denique quia pœnæ non est locus nisi in casibus à iure expressis: Glossa *in §. cùm igitur, in Authent. de non eligend. secun. nuben.* Alexand. *cons. 103. vol. 1. num. 13.* & in casu hoc, de quo agimus, non reperitur pœna caducitatis, eo quòd emphyteuta auferat meliorationes, quæ à domino finita emphyteusi sunt emphyteutæ, vel eius hæredibus, soluendæ: quia habens vtile dominium in re empbyteuta, præsumitur extruere ædes sibi, atque animo gerendi rem suam familiarem, dum est in humanis, & repetendi meliotamenta impensis magnis facta, si sine culpa sua extinguatur emphyteusis; & satis est vt non committat caducitatem, si credat sibi licitum esse ea ædificia, seu parietes tollere, vt in dissimili tradit Menoch. *de recuper. poss. remed. 9. num. 130.* multis *ibi* relatis.

Quinimò subdunt Alexand. *in addit. ad Bartol. ad l. in fraudem, §. conductor, ff. de iur. fisci,* & Bertachin. *in suo repertorio in vers. arbores, num. 9.* quibus accedit Redoan. *in tract. de reb. Eccles. quæst. 79. cap. 7.* quod quamois verum sit quòd emphyteuta incidendo arbores fructiferas priuetur re emphyteutica; hoc non procedere si emphyteota eas plantauit; quia in dubio non censentur plantare animo donandi, ex quo constat de dominio plantantis, qui sibi & non domino directo voluit prospicere: neque enim in hoc casu infertur domino damnum, sed priuatur duntaxat commodo; quod licitum est fieri ab emphyteota: vt tradit Corbul. *d. tit. de caus. priuat. ob deteriorationem, num. 2. & sequent.* Becius *cons. 33. num. 7.* & alij; quod puto verum, quando emphyteuta destruxit domum, vel parietes, quos propria impensa extruxit, vel excidit arbores frugiferas, quas non tenebatur suis sumptibus plantare, & erat in manu illius non meliorare in hoc emphyteusim, & qooad culturam, & alia similia sufficientes meliorationes effecerat, & rem empbytéuticam in nullo alio reddiderat deteriorem: quòd si vltra domum destructam, seu arbores excisas alia deterioratio facta sit, priuandus est, maximè si demolitus est aliquid, quod in eadem emphyteusi tempore concessionis extabat: nam tunc reuera deteriorauit emphyteusim.

Opposita tamen resolutio pro priori parte, quæ tradit posse emphyteutam priuari emphyteusi, si meliorationes auferat suprà dictas, non caret sua probabilitate: nam nullum ius reperitur concedens emphyteutæ potestatem propria authoritate destruendi, seu euelleodi meliorationes propriis sumptibus factas; eo enim ipso, quòd domus, vel parietes fuerunt erecti, & arbores consitæ in solo emphyteutico, iudicandum est de augmento rei, sicut de ipsa re: *l. heredes palam, § si quid post, ff. de testam.* & ædificium etiam in alieno solo cedit solo, *l. si precario, ff. commun præd. § ex diuerso, § cùm in suo solo, Instit. de rer. diuis.* & ædificium existens in re empbyteutica dicitur pars rei, & nulla res potest esse pro parte emphyteutica, & pro parte libera: *l. Eum qui ædes, ff. de vsucap.* sed vel debet esse libera, vel empbyteutica in totum.

Probatur idem ex eo quòd emphyteuta, durante tempore emphyteusis, non possit inconsulto domino vendere meliorationes cuiquam: Cald. Pereira *de extinct. cap. 10. n. 47.* Valasc. *de iur emphyt. quæst. 1. num. 19. vers. veruntamen tu considera,* post Corneum *cons. 150. lib. 3. num. 1.* Quin potius id debet priùs nunciari domino, cùm habeat ius prælationis: vt *in l. fin. C. de iur. emphyt.* Berous *in d. cap potuit, de locat.* Speculat. *tit. de locat. §. nunc aliqua, in vers. 119.* Paris. de Puteo *tit. de reintegr. feud. cap 159.* dicens ædificia facta in solo emphyteutico sortiri eandem naturam cum ipso solo. Vnde deducunt, si non potest emphyteuta irrequisito domino vendere, multo fortios non posse aoferre ædificia, quia illis sublatis redditur res deteriorata; vt fit quando tolluntur ædes, quæ tempore concessionis erant extructæ.

Quibus non obstantibus contraria sententia magis placet, ex *suprà* dictis, quando meliotamenta sunt eius generis, ad quæ nec ratione conuentionis, nec contractus facienda tenetur emphyteuta, & factâ fuere immodicis impensis, ac sumptibus magnis; qualia censentur esse ea, quæ emphyteuta non solet amittere, nec debet etiam in casibus, in quibus cadit à iure suo, & quæ adhuc non impediente caducitate contracta solet repetere, & sibi conseruare. Quando autem fuerint meliotamenta, quæ sibi emphyteuta post contractum Commissum non conseruat, sed ea perdit eom re ipsa per Commissum, si ea tollat inscio domino, tunc procedere potest altera opinio: secùs si dominus non obstante Commisso teneatur reddere ea, vel eorum æstimationem emphyteutæ, vt diximus in praxi emphyteusis §. 17. *vers. Temperatur.* post Cald. *d. cap. 10. num. 49.* Valasc. *quæst 2 num. 3.* Garcia *de expens. cap. 6. num. 22.* dicentes eadem in Commissum non amittere nisi expensas, & meliorationes consuetas, non verò insolitas, ac extraordinarias, quia iniquum esset dominum cum iactura emphyteotæ locupletari; secundùm quam refert Valasc. *d num. 3.* & Cald. *de empt & vendit. quæst. 17. num. 10.* fuisse indicatum in supremo Lusitaniæ Senatu. Pro quo facit lex nostra *lib. 4. titul. 97. §. 22.* quod à paritate tationis in nostro casu dicendum puto.

Quartum assertum. Si meliotamenta fuerunt facta ex speciali conuentione, verbi gratia, si obligetur emphyteuta ex pacto ad certas aliquas expensas, veluti ædes nooas tam more rustico, quàm vrbano 5.

bano extruendas, aquæductus reficiendos, & molas frumentarias de nouo erigendas, seu veteres reficiendas, finita emphyteusi non tenetur dominus restituere emphyteutæ, neque eorum æstimationem, cum ex contractu ea facere tenetur emphyteuta, & si ipse ea non fecisset, proprietarius poterat hominem compellere ad contractum adimplendum, vel ad interesse soluendum vltra restitutionem rei emphyteuticæ, ita Gama *decis.* 41. *num.* 7. *& decis.* 333. *a num.* 3. Pinel. *d. l.* 2. *p.* 2. *C. de rescind. vendit. cap.* 1. *num.* 10. Cald. *de nomin. d. quæst.* 18. *num.* 31. *& de empt. cap.* 27. *num.* 22. Valasc. *d. quæst.* 25. *num.* 1. Molin. *citat. conclus. prim.* Ratio quia huiusmodi meliorationes ex speciali pacto factæ, pars pretij, & pensiones esse censentur; ita Iason *in d. l.* 1. *num.* 26. *& in l.* 2. *num.* 32. *C. de iur. emphyt.* Auctor *in consuetud. Paris.* §. 1. *gloss.* 5. *num* 96.

6\. Limita non habere locum, quando ab initio concessionis dominus directus cum emphyteuta pactionem iniuit generalem, vt finita emphyteusi meliorationes cum re ipsa liberè ad dominum reuertantur; quia non obstante hac conuentione generali, tenetur dominus soluere emphyteutæ omnes meliorationes, quas ipse cum magno dispendio sui patrimonij in re emphyteutica fecit post concessionem emphyteusis, & cum graui suæ rei familiaris iactura: sic Valasc. *de iur. emphyteut. quæst.* 25. *num.* 19. *per totum*, Cald. *de vendit. & empt. cap.* 27. *num* 21. Non tenebitur tamen soluere meliorationes, quæ ex natura emphyteusis proueniunt, vt insitio, plantatio, cultura; quia emphyteuta eo quòd tenetur rem meliorare, debet etiam melioramenta domino cum emphyteusi relinquere: vt tradit Paul. Castrens. *in l. penult. ff. locat. l. si conuenerit, ff. pro socio.* Maiores verò meliorationes vtiliter factas, quæ non proueniunt ex natura contractus, nec ex germana significatione verbi Emponematos, vt sunt ædes, & molæ frumentariæ, & alia id genus, dominus non poterit obtinere; non tamen eas emphyteuta tollet, sed æstimationem eorum: sic Garcia *de expens. cap* 6. *num.* 12. Proinde nullo modo admitto doctrinam Sapientissimi domini Francisci Sarmiento *lib.* 3. *select. quæst.* 4. *n.* 4. indistinctè tradentis, finita quomodocunque emphyteusi omnes meliorationes ad dominum pertinere, eò quòd emphyteusis conceditur ad meliorandum. Quæ ratio, esto sit vera, temperanda tamen est ad meliorandum, non tamen pretiosè, & magnificis expensis; proinde hæ non manebunt penes dominum finita emphyteusi, etiam quando culpa emphyteutæ finitur emphyteusis; sed eæ duntaxat, quæ conueniunt contractui emphyteutico: quocirca expensæ rusticæ, veluti insitio, plantatio, & culturæ montium, & syluarum remaneot domino: maiores verò pertinent ad emphyteutam: sic Garc. *d. cap.* 6. *num.* 12. *ad fin. & num.* 21. cùm nomen Emponematis, seu meliorationis, non significet melioramenta magni sumptus, sed ea, quæ respiciunt solitam, & consuetam prædiorum meliorationem, vt ex etymologia emphyteusis constat, quæ idem valet atque insitio, & plantatio; & secundum hanc expositionem in Senatu Lusitano fuit iudicatum, teste Cald. *de empt. cap.* 27. *num.* 19. possumus etiam interpretari clausulam opponi solitam, vt finita emphyteusi melioramenta omnia ad dominum regrediantur, esse intelligendam de melioramentis, quæ emphyteusis iam habet eo tempore, quo fuit concessa. Alij autem id ita intelligunt melioramenta ad dominum cum re ipsa esse reuertenda; hoc est, ne emphyteuta ea possit tollere, sed æstimationem eorum, vt dictum est. Caldas *vbi proximè*, Valasc. *quæst.* 25. *num.* 19. & Bero. *quæst. famil.* 20. Neque obstat doctrina Menochij *de recuper. poss. remed.* 15. *num.* 504. dicentis ex huiusmodi clausola generali, seu pacto, quod omnia melioramenta cum emphyteusi reuertantur ad dominum, non pertinere ea ad emphyteutam extincta emphyteusi; quia id procedit quando inter eos conuentum est specialiter, & nominatim de certis, & specificis, ac indiuiduis meliorationibus faciendis, quia tunc huiusmodi Emponemata, quomodocunque emphyteusis expiret, non potest emphyteuta repetere, cùm sint pars pretij: Pinel. *d. l.* 2. *C. de rescind. vendit. p.* 2. *num.* 10. *cap.* 3. Valasc. *d. quæst.* 25. *num.* 1. *l. fundi partem, ff. de contrahend. empt.* Molin. *d. disput.* 463. *conclus.* 1. quia huiusmodi melioramenta ex vi contractus sunt debita.

7\. Sed rogabis, quid hoc loco veniat nomine melioramentorum? Respondeo venire omne augmentum, quod accedit rei quomodocunque accedat; ex quo valor rei, & eius pretium accrescat, siue id eueniat faciendo, siue reficiendo, vtroque modo res melior redditur: Gregor. Lopes *l.* 24. *tit.* 8. *part.* 5. *verbo, Nueuamente*, cognoscit hanc ipsam meliorationem, siue de nouo faciendo, siue reparando: concordat *l. colonus, ff. locat.* Non consequetur tamen colonus, siue conductor aliquid pro expensis factis ob fructus colligendos, vel pro tempore conductionis duntaxat; sed pro expensis necessariis, & vtilibus vltra tempus conductionis duraturis: Boët. *decis.* 44. *per l. diuortio, & ibi* Alexand. § *impendit, num.* 3. *ff. solut. matrim.* Gomes. *de contract. location. cap.* 3. *num.* 10. vbi ait posse repetere expensas vtiles, ac necessarias, vel in sortem, aut pensionem computare; vbi necessarias, & vtiles vocat expensas, quæ fiunt perpetuò duraturæ, vt ædificium, plantatio, vel quid simile: Bald. *l.* 1. *C. de iur. emphyt. num.* 5. & *ibi* Iason, *num.* 27. Bartol. *in l. cotem ferro*, §. *qui maximos, quæst.* 17. *num.* 13. *ff. de publ.* & Bald. *in l. licet, C. de locat. quæst.* 4. Vbi dicunt colonum habere æstimationem meliorationis, cùm nihil huius teneretur ex contractu, si fortè agros incultos, & montes sylueſcentes ad culturam reduxerit.

8\. Certi iuris est emphyteutam, ex causa Commissi amittentem emphyteusim, non posse conseruare sibi melioramenta, nec teneri dominum aliquid pro illis refundere; nisi fortè melioramenta facta sint à colono in eadem emphyteusi, & ab illo empta ab eodem emphyteuta, quamuis ea possideat vt emphyteuta: ex ea ratione, quia sicut colonus non amittebat ea melioramenta, sic etiam neque emphyteuta etiamsi post eorum emptionem, contractum esset delictum Commissi. Nec obstat *l.* 2. *C. de iur. emphyt.* quia est pœnalis, ideò comprehendit melioramenta, quæ emphyteuta fecit vt emphyteuta, & attenditur semper causa prima: pro quo facit doctrina Bald. *in l.* 1. *C. de rescind. vendit. quæst.* 9. non verò quæ vendidit colonus emphyteutæ, & ideò sicut colonus melioramenta non amittit, vt Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 21 *num* 32. sic etiam non amittet emphyteuta emptor. Item quoniam casus mixtus quando separari potest, & diuidi, vterque simplex censetur: *l. si sponsus*, §. *circa, ff. de donat. inter vir. & vxor. l. si statuliber*, § *fin. ff. de statuliber.*

9\. Porro colonus, siue conductor in re conducta conseruat sibi expensas, ac meliorationes tam necessarias, quam vtiles, siue conductio expiret tempore, siue culpa. Hoc primum assertum confirmatur ex *l. dominus*, §. 1. *& ex l. ex conducto, ff. locati*, Tiraq. *in* 2. *retract.* §. 7. *gloss.* 1. *num.* 16. post Iason. *in l.* 1. *C. de iur. emphyt. num.* 25. Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 22. *titul.* 2. *num* 53. *&* 54. *l. penult. in princip.* & *ibi* Bartol. notat Garc. *de expens. in cap.* 14. *num.* 10. idem Cardinal. *suprà lib.* 5. *titul.* 7. *num.* 23. dicens posse conductorem repetere sumptus, quos impendit

dit in vtil[...]tem Ip[...]us [...]i, quamuis in lege locationis non fi[...] c[...]ge[...] hic[...] m, qu[...] huiusmodi meliorationes fie[...] p[...] fii[...] ;neque huiusmodi [...] [...]nsæ debent compensari cum fi[...] ibus ex meliorationibus percep[...] [...] fo[...] uin cum pensionibus non solutis: *l. penult. in princip ff. locati.*

10. Fal[...] si in contractu conuentum fuit tacit[...], vel expressè, vt c[...] onus rem [...]nductam r[...]ddat melio[...]rem; tunc enim colonus, seu conductor non sibi, sed domino m[...] [...]rat: Bald. *in d. l. colonus, ff locati, in 2. lectur. in princip. ad fin.* Gregor. L[...] p. *d. l. 14. tit. 8. part. 5. verbo, Ca entonces*, Valasc. [...] *de iur. emphyteus. quæst. 25. num. 34.* opinatur non obstante conuentione, ac pacto melio[...]ndi, adhuc colonum posse repetere expe[...]sas factas in re [...]onducta, quia etiam emphyteuta accipit, vt melioret, & non perdit expensas, nisi ob culpam. Nihilominus opinio Baldi *in d. l. colonus, ff. locat.* videtur verior; nam pactum meliorandi aliquid debet operari: ideò non poterit repetere: ita Mantica *consil. 354. num. 4.* & ita Glossa *in l. 24. tit. 8. part. 5.* Nam ex vi conuentionis, qua obligatur meliorare, non persistit intra terminos simplicis coloni, qui non tenetur meliorare: supposito e[...] [...]l[...]lo pacto, domino meliorat colonus, & non sibi: Garcias *de expens. d. cap. 14. num. 16.* Similiter non recuperabit expensas, si conduxit fundum, aut domum ab vsufructuario ad certum tempus, & ante illud elapsum moriatur vsufructuarius, resoluitur conductio, & conductor perdit quidquid nomine expensarum consumpsit in re conducta, neque hæres vsufructuarij tenetur quicquam restituere, neque dominus. Si tamen aliquid pretij conductor anticipatè vsufructuario tradiderit, id hæres vsufructuarij reddet con[...]ductori: Garcias & Valasc. *vbi supra*, per *l. si quis domum, §. his subiungit, & § idem quærit, ff. locat.* Idem sentiunt Molin. *de primog. lib. 1. cap. 21. num. 9. & sequent.* & Gomes. *leg. 40. Tauri*, & al[...] *ibi* relati, *num. 84.*

11. Sextum assertum Conductor ad longum tempus, qui parem fructibus soluit pensionem, etiamsi culpa sua cadat à iure suo, omnes meliorationes recupetabit, perinde ac si esset colonus simplex: Aretin. *consil. 55. num. 4. & ad fin. consil.* Secùs si modicam soluat præstationem; quia tunc habetur pro emphyteuta, & ita leges emphyteutæ sequetur in repetendis vel non repetendis expensis; cùm sicut emphyteuta obstrictus sit ad meliorandum: non tamen si fructibus parem præstet canonem, quia iste non tenetur meliorare, vt Paulus *in l. colonus, ad fin. princip. ff. locat.* nec [...] [...]ete ædes diruta suis sumptibus, sicut nec c[...] [...]nus simplex regulariter tenetur, ad quas impensas reparationis tenetur emphyteuta, & conductor ad longum tempus, qui soluit modicum affictum, seu canonem: ita ex traditis à Garc. *de expens. cap. 14. à num. 15. ad 19. §. præterea, quæ diximus.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 19. num. 25.*

Item conductor etiamsi sit ad longum tempus, alienando rem conductam sine consensu domini, non priuatur iure suo, quia nulla est lex quæ in simplici locatione hanc pœnam imponat: ergo non debet intelligi. §. *cum igitur, in Authent. de non elig. sec. nub. l. vt si quis. §. Dinus, de Religios. & sumpt. funer.* Gloss. *in cap. vltim. de iur. patron* Decius *consil. 446. num. 8.* Crauet. *consil. 105. num. 37.* Et quamuis inter se maximè dissentiant Scribentes, & plerique opinentur hanc pœnam priuationis procedere etiam in simplici conductione contracta ad longum tempus; Alexand. *consil. 117. num. 11. lib. 4.* Iason *in l. 2. num. 35. Cod. de iur. emphyt.* Ruyn. *consil. 161. num. 30. lib. 1.* & Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 4.*

n. 84. Contraria tamen opinio est verior [...] [...]uior, quia illa pœna singulari iure fuit introd[...]cta in [...] tractu emphyteutico, qui pr[...]priam ha[...] [...] [...]tam distinctam à locatione: *l. 1 C. de iur. emphyt. & §. adeo, Instit. de locat.* Igitur non debet ad eam extendi, *l. si Prasa, & l. interpretatione, ff. de pœn.*

Idem quoad expensa recuperandas dicendum, esto de fundo e[...]pellatur propter non sol[...]tam pensionem, secundum *l dominus horreorum, §. [...] & l penult. in princip.* & *ibi* Bartol. *ff locat.* q[...] [...]s tam colonus, quam conductor ad nullas expensas tenetur de suo, sed agere potest contra dom[...] [...], vt faciat: ita Molin. *tom. 2. de iustit. disput. 496. § sed vsa consuetudine, fol. 1582.* post Valasc. *quæst. 16. num. 7.*

Sed quid si meli[...]rationes extent in arboribus conserendis, & vineis plantandis: Sit septimum assertum. Meliorationes huiusmodi debent [...]lui coluno, seu conductori secundum tempus, quo plantatæ sunt; non autem secundum tempus præsens: quia incrementum ab ipsa terra ad dominum spectante profectum est, non verò ab industria coloni, seu conductoris: Gloss. communiter recepta *in l. fundo, verbo, plus pretij, ff. de rei vendic.* & ma[...]ti[...], quia debet solui quod colonus de suo posuit; id [...] si in conserendis arboribus, seu in vinea plantanda expendit decem, totidem debet accipere, quamuis arbores, seu vinea plantata æstimetur centum aureis: iuxta *l. in fundo, verbo, plus pretij, ibi; reddat impensas.* Vbi non iubet meliorationes, sed expensas; sic fuit iudicatum in Senatu B[...]acarensi, in processu Abbatis Manuelis de Carualhae[...] [...]ntra Franciscum Georgij: fuerunt enim expe[...]æ solutæ in arboribus conserendis se[...]n[...]um tempus plantationis: Fel[...]. *in cap. cum causa, num. 18. de re iudicat.* vbi quamuis vinea plan[...]ta sit fertilissima, tradit satisfieri plantanti, si reddatur valor pretij, quod f[...]it impensum in vinea plantanda: sequitur Gama *decis. 138. num. 2.*

Quid de emphyteuta, an teneatur suis sumptibus 12. reficere ædificia aquarum impetu destructa, vel de Cœlo tacta? & videtur ex *supra* dictis teneri nisi sint in totum destructa; quamuis magna indigeant reparatione: quòd si omninò sublata sint, probabile est non teneri emphyteutam, moleudinum scilicet de nouo erigere, & esse liberum ab onere pensionis: ex *d. l. [...] Cod. de iur. emphyt.* sed probabilius est posse em[...] [...]eutam molendinum [...]dificare ex iure in flumine sibi quæsito, & ex con[...]equenti non esse rem in totum peremptam, & id[...] non esse liberum à canone soluendo: ita Iason *in l. quominus, num. 150. de flumin.* quem sequitur Boër *decis. 213. num 28.* & Cardin. Mantic. *supra tom. 2. lib. 22. tit. 14. num. 15.* Secùs dicendum de conductore soluente parem fructibus pensionem; is enim non tenetur suis expensis vi ia ædificia instaurare, si magna impendia sint necessaria, quia domino incumbit molendina instructa tradere conductori; secundùm *l sed addes, §. illud nobis, ff. locat. & conduct.* Atque ita si dominus molendina non reparet, conductor excusabitur à præstatione pensionis: item si conductor ea reparet suis expensis, potest illas recuperare ab ipso domino: *l. colonus*, & *ibi* Glossa, & Bartol. *ff. locati, & §. ex conducto, in princip.* eum Glossa *in verbo reficitur, eodem tit.* idem Bartol. *in l pradia, §. item legato, num. 2. ff. de fund. instruct.*

Dictum est expensas factas in plantando esse soluendas prout impensum fuit in arboribus plantandis, cum incrementum tribuatur terræ, non ingenio coloni, seu emphyteutæ; secus si meli[...]rationes factæ sunt in ædificando par[...] [...], seu domo[...], hæ namque soluendæ sunt secundum valorem tempo- 13.

ris præsentis: Bartol. Bald. Iacob. de Arer. Angel. Alberic. de Rosate, & omnes Scribentes *in l. demos*, per text. ibi: *Quantitatibus ædificiorum æstimatis*, *ff. de legat.* 1. Paul. de Castrens. *cons.* 270. *in fine*, & obseruat praxis huius regni, secundùm quam fuit iudicatum à Senatu Braccarensi. Ratio, quia si meliorationes à colono factæ pro tempore, quo conductor illis vsus est, paulatim deminutæ sunt, non sunt soluendæ, nisi facta æstimatione tempore traditionis, quo locator eis vsurus est: igitur colonus non potuit petere æstimationem illius temporis, quo ipse fructus percepit, sed tantùm, quantum valent, quando res ipsas cum melioramentis tradidit: Boer. *decis.* 44. *num.* 12.

Sed quid dicendum, si colonus accipiat agros à domino, eo pacto vt durante tempore locationis, melioramenta faciat, nec declaretur, quibusnam sumptibus sint facienda? Bald. per *l. colonus*, *ff. locati*, opinatur non posse colonum melioramenta repetere; quia ea conuentio est extra terminos simplicis locationis. Maximè si ea conuentio pronunciata sit à colono; secundùm Bald. *cons.* 40. *num.* 2. *lib.* 1. Quod repetitum est *in cons.* 413. *lib.* 5. At verò quando non apparet a quo verba conuentionis fuerunt pronunciata, conuentio contra locatorem est accipienda: Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. conuent. tom.* 1. *lib.* 5. *titul.* 7. *num.* 11. vbi ait pactum generaliter ambiguum debere intelligi contra locatorem; vt patet ex *l. veteribus*, *ff. de pact.* Alexand. *cons.* 154. *num.* 10. *lib* 5. At secundùm Socin. seo. *cons.* 92. *num.* 16. pactum appositum in locatione semper est intelligendum secundùm vulgarem loquendi consuetudinem, potiùs quàm secundùm ius commune.

Puto tamen colonum posse repetere in hoc casu expensas. Primò quia conuentio ambigua intelligi debuit contra eum, qui ea vititur, cùm debuisset loqui clariùs: *l. veteribus*, *ff. de pact. l. cum quæritur, de reb. dub. l. quicquid adstringendæ*, *in princip. de verbor. obligat.* Anchar. *cons.* 30. *num.* 11. Alex. *cons.* 140, *num.* 1. *lib.*... & alij, quos sequitur Cardin. Mantic. *tom.* 1. *lib.* 2. *tit.* 4. *num.* 99. Modò non appareat à quo verba fuerunt prolata; quia tunc aduersùs eum debent intelligi: quòd si non constet, præsumitur fuisse pronunciata ab eo, cui prodesse possunt: ita Bartol. post Gloss. *in d. l. veteribus*, Imol. *cons.* 21. *num.* 2. *vers. Et plus videtur.*

Secundò, quia in dubio semper accipienda est interpretatio potiùs in fauorem emptoris, quàm venditoris: *l. in contrahenda*, *ff. de regul. iur. l. cum in lege*, & ibi Bald. *ff. de contrahend. emption.* Duaren. *in tit. de pact. cap.* 6. Roman. *cons.* 5. *num.* 2.

Tertiò, quia quando pactum est ambiguum, pro Reo potiùs fertur sententia: *cap. ex literis, de probation. l. Arianus*, *ff. de obligation. & actionib. l. fauorabiliores, de regul. iur.* Maximè si actor nititur ex ambigua conuentione. Ex quibus constat in nostro casu posse repetere expensas conductorem, seu colonum: in quam partem fertur Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 34. & Molin. *de instit. tom.* 2. *disp.* 496. *pag.* 1585. Secùs quando pactum est, vt conductor de suo suisque sumptibus plantet, & faciat meliorationes; quia conuentio facit legem: sequitur Mantic. *tom.* 1. *lib.* 5. *titul.* 7. *num.* 20. *fol. mihi* 335. *col.* 1.

Quòd si colonus promittat plantare vineam, & soluere singulis annis quartam partem ex fructibus vineæ, & simul plantet varias arbores fructiferas, de quibus nunquam soluit quartam partem; quæritur an debeat quartam de fructibus arborum? Videtur vera pars negans; quia obligatio non debet trahi extra suos terminos: vt notat Bald. *in cap. venerabilem*, *num.* 15, *in fin. de electiõn.* Cum igitur colonus solùm promiserit quartam partem fructuum de vinea, non debet de cæteris arboribus: inclusio enim vnius est exclusio alterius: *l cum prætor*, *in princip. ff. de indic. cap. Nonne bene dicimus*, *de præsumption.*

Nihilominus verius est teneri soluere quartam fructuum cæterarum arborum, sicut quartam fructus vineæ: ita Ioan. Andr. *in addition. ad speculat. de locat.* §. 1. *vers. quid si colonus*, quia cum plerumque coloni conserant vites, idque agant frequentiùs, non videntur exclusi fructus aliarum arborum; quia vites ratione frequentioris vsus fuerunt in contractu expressæ: cæteræ autem omissæ, & mentio non fit de eo, quod rarò accidit: ita Glossa *in l. vnic. in verbo, sponsam*, *C. de rapt. virgin.* & Iason *in l. stipulatio ista*, *Habere*, §. *in stipulationibus*, *num.* 16. *de verbor. obligation. & in l.* 1. *in fin. num.* 105. *C. de iur. emphyt.* Cardin. Mantic. 1. *part. de tacit. & ambig. lib.* 5. *titul.* 7. *num.* 27. & 28. & probatur, quia ex quo augetur fructum coloni, debet augeri pensio locatori: argument. *l sæpe*, *in princip. ff. de ann. legat.* Poterit tamen colonus petere expensas, quas fecit in serendis aliis arboribus: per *l. dominus horreorum*, §. 1. & *l. colonus*, *in princip. ff. locati.* Item, quia si quis conduxit molendinum cum quatuor rotis, & pro vnaquaque rota promittat soluere decem modios farinæ triticeæ, & ipse addat quintam rotam, tenetur soluere alios decem modios: ita Iason *in l. quo minus*, *num.* 145. & *sequent. de flum.* Ratio, quia pensio non augetur propter industriam conductoris, sed propter nouam rotam adauctam. Gloss. *in l. si mortuis*, §. *vis maior*, & ibi Bartol. *num.* 8. *ff. locati*, & *conduct.* Cardin. Mantic. *in d. part.* 1. *lib.* 5. *titul.* 7. *à num.* 21.

An emphyteuta possit sibi retinere emphyteusim, & colonus rem locatam pro meliorationibus, donec sibi soluatur? Sit vltimum assertum affirmatiuum posse vti retentione ipsius rei, ex regul. text. *in l. si in area*, *in fin. ff. de condict. indebit.* vbi bonæ fidei possessori per retentionem meliorationum consulitur: *l. Paulus*, *ff. de doli exception.* Carol. Ruyn. *cons.* 24. *col. fin. num.* 10. *lib.* 10. Quod adeò verum est, vt procedat retentio, quamuis sit condemnatus emphyteuta per sententiam, quæ transierit in rem iudicatam, vt emphyteusim dimittat; adhuc enim poterit melioramentorum exceptionem opponere, & executionem impedire: vt per Gozadin. *cons.* 86. *num.* 25. Non enim impugnat sententiam *l. Nesennius*, §. *fin. ff. de re iudic.* sed dicit se habere retentionem propter meliorationes factas, quæ sibi debentur: *l. non solùm*, vbi Bartol. *ff. de rei vendic.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 25. *num.* 22. vbi *num.* 23. addit non sufficere cautionem, quando in sententia condemnationis adijcitur clausula *Solutis priùs expensis melioramentorum.* Quòd si in sententia nulla fiat mentio melioramentorum, & melioramenta non sint liquida, sufficit depositum. Gozad. *cons.* 100. *num.* 23. Bero *in cap.* 1. *de in integr. restitut. num.* 35. *in vers. si autem non sint liquida*, vbi vult non posse emphyteutam vti retentione, si sibi satisdatum fuerit de soluendis meliorationibus, facta liquidatione per arbitros saltem assumptos: si autem liquidæ sint non sufficit satisdare, sed est locus retentioni, donec soluantur. Hac de re plenè Cald. Pereira *de emption. cap.* 27. *à num.* 1. 14.

* * *

DISPVT.

DISPVTATIO XI.

De Colonis.

§. I.

De Colonis, eorúmque multiplici differentia.

EPITOME.

1 *Colonus partiarius quis sit, & an possit deducere impensas? & num.2.*
3 *Colonus partiarius non potest secundùm veriorem deducere expensas seminis, neque factas in cultura agri.*
4 *Colonus partiarius non tenetur ex conductione, sed ex societate.*
5 *Colonus partiarius si minus metat quàm seminauerit, tenetur domino partem præstare.*
6 *Item tenetur soluere ex fructibus collectis.*
7 *Colonus partiarius potest expelli ab emptore, nisi retineat propter melioramenta, non tamen à singulari successore antequam fructus colligat.*
8 *Secus si nummos colat.*
9 *Societas inita inter colonum, & dominum, est quoad fructus separatos à solo.*
10 *Vsufructuarius transfert ad suos, fructus iam perceptos.*
11 *Colono partiario debentur fructus pendentes statim percipiendi.*
12 *Fructus pendentes sunt obligati colono partiario pro expensis.*
13 *Colonus potest expelli, si vt colonus soluit.*
14 *Verius est non præscribi ius coloniæ, datur tamen præferentia cæteris paribus.*
15 *Si fundus fuit concessus titulo coloniæ perpetuæ, non potest colonus expelli.*
16 *Quomodo probetur titulus locationis perpetuæ?*
17 *In dubio sitne colonus, aut emphyteuta, ex coniecturis debet constare?*
18 *Vxor tenetur stare locationi factæ à marito.*
19 *Minores tenentur etiam stare locationi factæ à tutoribus, seu curatoribus.*
20 *Necessarius successor tenetur stare locationi.*
21 *Filius nominatus videtur necessarius successor.*
22 *Colonus fundos steriles & paludosos, qui reddit fertiles; nec expelli potest, nec debet soluere maiorem pensionem.*
23 *Colonus habens hypothecam generalem non potest expelli, a singulari successore.*
24 *Colonus partiarius pro portione sua in soluendis decimis non deducit expensas.*
25 *Colonus censitus, qui vocatur; & cur? ostenditur: & an cadat in commissum censuarius ob non solutam pensionem?*
26 *Coloni perpetuary qui? Coloni perpetui facti ex mendicantibus validis; item colonariæ conditionis, item coloni originarij; & coloni simplices.*
27 *Colonorum plures aliæ species.*
28 *Colonus an possit expelli ex necessitate domini superueniente, etiamsi conueniatur de non expellendo.*
29 *Et quid si vendantur fructus, sit dominus præferendus?*

1. IN primis colonus partiarius is dicitur, qui præstat certam quotam fructuum, veluti tertiam, vel quartam partem ex fundo, quem colit; & inter eum & dominum intelligitur contracta societas: vt habetur *in l. si merces, §. vis maior, ff. locat.* & *ibi* notat Bartol. *num.9. & in l. si apes, §.1. vers. nam partiarius, ff. de furt.* & hæc societas tacitè etiam contracta potest intelligi: sic Ruin. *cons.151. à n.8. lib.4.*

An verò is colonus possit deducere impensas seminis, & alias factas in cultura agri? Et videtur posse; quia cùm sit impropriè conductor colonus partiarius, & magis accedat ad rationem societatis, & eam plerunque sequatur; sunt deducendæ impensæ factæ de toto corpore: *l. si fratres, §. si quis ex sociis,* 2
l. si vnus, §. si vnus, ff. pro socio. Sed oppositum tanquam verius defendit Mantica *tom.1. de tacit. & ambig. lib.5. tit.2. num.33.* vbi ait colonum partiarium non posse extrahere sumptus; proinde illis non extractis fructus sunt diuidendi: *l. si cum duobus, §. si in coeunda, ff. pro socio, & cap. Tua nobis,* & *ibi* Abbas *num.3. & 8. de decim.* Bartol. *in l. fructus num.5. ff. solut. matrim.* vbi dicit ita obseruari, *& in l.1. C. de fructib. & lit. expens.* & *ibi* Bald. *num.4.* Ratio, quia qui operam suam, & industriam in societate debet præstare, veluti colonus partiarius, tenetur eam gratis præstare: per regul. *l. suo victu, de oper. libert.* Vnde dominus suam partem fructuum obtinebit sine vllis expensis: imò neque semen is colonus deducet, *d. c. tua nobis, vers. verum si ad Deum, de decim.* ibi: *Non quidem deductis sumptibus, aut semine separato, necessariò cum integritate persoluitur.* Quocirca quamuis colonus multa fecisset impendia, & fructus collecti non peruenirent ad medietatem sumptuum, nihil remittendum est colono: ea ratione, quòd sit socius; & considerata natura societatis debet esse socius, & fieri particeps damni ac detrimenti; *d. l. si merces, §. vis maior, ff. locat. & conduct.* & ait Bald. *in l. licet, n.10. C. eod. tit.*

Illud etiam notabis colonum partiarium propriè non teneri ex conductione, & locatione; sed ex societate: sic Rimin. sen. *cons.100. num.15.* Bart. Bald. & Fulgos. *in d. l. si merces, §. vis maior, ff. de locat. & conduct.* Idem Bartol. *in l. cùm in plures, §. messem,* & *ibi* Paulus, *ff. locat.* & Signot. *cons.84. num.3.* Sed neque iste contractus cum colono partiario propriè societas est, quoniam vtili actione pro socio, vel præscriptis verbis agendum est; Authore Azo. *in sum. de locat. & conduct. num.9.* Secundò nota colonum partiarium, si minus metat quàm seminauerit, ex fructibus perceptis debere partem domino præstare: 4
ita Bartol. expressè *in d. l. si merces, d. §. si vis maior, ff. de locat. & conduct.* & Bald. *in l. licet, num.10. C. de locat. & conduct.* Tertiò etiam nota huiusmodi contractum morte vnius expirare, nec ad hæredes transire, & in hoc assimilatur societati: *l. nemo, ff. pro socio,* Paulus *in d. §. vis maior,* de iure tamen Lusitano *lib.4. tit.45. in principio,* idem tradit quando conductio non peruenit ad decem annos; quia in hoc euentu regulatur secundùm societatis contractum: Quòd si attingat conductio decem annos, & vltra, tunc non finitur morte, sed transit ad hæredes defuncti: sic Lex nostra *d. tit. 45.* quia in eo casu exit à contractu societatis, & ad alium dissimilem contractum accedit.

Quæres quo tempore colonus partiarius teneatur soluere pensionem? Respondeo sine vllo dubio 6
non debere soluere antequam fructus colligat; illis verò perceptis, statim teneri secundum localem consuetudinem: *l. quod si nolit, § qui assidua, de ædilit. edict.* Bald. *in l.3. num.2. C. de locat. & conduct.*

Dubium est an colonus partiarius possit expelli ab emptore? Videtur posse, secundùm Baldum *in l. emptorem, C. de locat. col 2. vers. sed nunquid limitatur,* nisi habeat aliquas impensas factas, quarum vi non possit expelli; vt *in l. idem, ff. pro socio,* Ordinat. Lusitan. *lib.4. tit.45. num.1.* Addo neque hæredem, aut alium vniuersalem successorem teneri stare colono partiario. Ratio, quia colonus partiarius socij naturam induit, & nemo inuitus tenetur fieri 7

socius : Scribentes *in l. si filio, §. fin. ff. solut. matrim.* Bald. *in l. 1. C. de fruct. lib. & lit. expens. col. 3. vers. Pone maritus*, vbi tradit posse huiuscemodi colonos expelli ab vxore relicta vsufructuaria omnium bonorum. Item colonus partiarius tacitam habet hypothecam in fructibus, ex quo apparet non posse expelli à singulari successore. Osasc. *decis. 82. num. 8.* & infrà Mantica *tom. 1. de tacit. & ambig. lib. 12. tit. 14. num. 12.* Quod est intelligendum intra tempus locationis; & ideò colonus partiarius potest insistere donec percipiat fructus, qui sibi debentur : Abbas *in cap. 1. num. 3. de restit. in integr.* Accedit quod *suprà* tactum est, quòd portio fructuum conceditur colono partiario pro industria, & cultura : *l. 1. & ibi* Bartol. *ff. de fruct. & lit. expens. l. fructus, & ibi* Bartol. *num. 5. ff. solut. matrim.* Quocirca propter impensas, quæ fiunt, inest tacita hypotheca : *l. 1. quibus modis*
8. *pign. vel hypotheca tacit. contrah.* Proinde donec fructus colligat, desistere non debet, cùm sibi fructus sint debiti : secùs de colono, qui nummis colit; quia cùm tacita hypotheca non inducatur, à singulari successore potest expelli : *l. emptorem, C. de locat. & conduct. l. qui fundum, ff. eodem.*

Deinde quia personalis actio, quæ colono competit contra venditorem non extenditur aduersùs singularem successorem, *l. vltim. §. vltim. & ibi* Bald. & Scribentes, *ff. de contrahend. empt.* & probatur *ex l. si merces, §. 1. ff. de locat.* & ea *l. actionum genera, ff. de obligat. & action.* Atque ita non videtur inconueniens quòd possit colonus partiarius expelli à successore singulari, qui est dominus fundi; sed fructus pendentes sunt pars fundi : *l. fructus pendentes, ff. de rei vendicat.* Ergo ad quem pertinet fundus, pertinent etiam fructus, nam cuius est totum, pars etiam esse intelligitur : *cap. in toto, ff. de regul. iur. lib. 6.*

9. Nec obest quod colonus sit socius, *d. l. si merces, §. vis maior, ff. locati*, & societas feratur in singularem successorem, *l. in hoc iudicium, §. si inter socios, ff. commun. diuid.* quia respondeo societatem in hunc colonum partiarium, & dominum fundi esse societatem non quoad fructus fundo cohærentes, sed quoad fructus à solo separatos; nam fructus pen-
10. dentes dicuntur pars fundi : *l. fructus pendentes, ff. de rei vendicat.* instar vsufructuarij, qui non transfert ad hæredes fructus pendentes, sed perceptos : *l. defuncta, ff. de vsufruct. & l. vsufructuarius messem, quib. mod. vsusfructus amitt.* Item quia colonus partiarius in fructibus pendentibus non habet ius aliquod; ita Bald. *in d. l. si merces, §. vis maior, ff. locat.*, vbi tradit hunc colonum partiarium posse expelli nisi habeat ius in re : Roman. *cons. 309.* Alex. *in l. si filio famil. §. si vir. num. 17. vers. sed contrarium, ff. soluto matrim.*

11. Quamobrem Osasch. *decis. 82. ad fin.* dum ait colono partiario concedi portionem fructuum pro industria, & cultura, vult id esse intelligendum de fructibus pendentibus, qui statim sunt percipiendi; pro quorum expensis, industria, & cultura, pars coloni perinde haberi debet, ac si fructus essent iam collecti : Couarr. *lib. 1. variar. cap. 3. n. 3.* & Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 7. num. 44.* non autem subdit id esse accipiendum de fructibus nondum extantibus, nec præsentis temporis, sed futuri, propter quos nullæ expensæ factæ sunt, neque vlla opera, aut industria exhibita, & respectu eorum colonus non potest insistere in fundo, cùm ad hos neque in illis aliquod ius habeat, neque patiatur aliquam iacturam : & secundùm hanc distinctionem fuisse iudicatum tradit Osasch. *vbi suprà.*

12. Nec mirum si fructus pendentes sint colono partiario obligati tacitè, quia sunt pars fundi, & fundus quamuis sit successoris, sunt tamen tanquam pignori obligati pro expensis, & cultura, sine quibus in esse deduci, & colligi nequeunt : *l. 1. ff. quib. mod. pign. tacit.* Rota *decis. 1. de solut. in antiquis*, sicut & vsusfructus pignori dari potest : Bald. *in l. si is qui, §. vsusfructus, in princip. C. de pignor.* Vnde bene sequitur quòd pro sumptibus in re aliena factis, res ipsa potest retineri; vt constat *ex l. colonus, in fin. ff. de vi, & vi armat. & l. si necessarias, ff. de pign. action.* Bald. *cons. 175. n. 3. lib. 2.* Nec obstat quòd colonus habeat actionem aduersùs venditorem, *l. si merces, §. si fundum, ff. locat. & ibi* Batt. quia si non sit soluendo futilis est actio, quæ excluditur ob inopiam debitoris : ita Osasch. *d. decis. 82. num. 10.* fateor etiam huius actionem colono competentem non sequi fundum; *l. vltim. §. vlt. ff. de contrahend. empt.* competit tamen colono ius excipiendi, & replicandi : *l. Paulus, ff. de dol. mal. except.* Roman. *cons. 311. num. 2.* quinimò actio personalis in subsidium sequitur etiam bona, & ex causa onerosa sequitur successorem bonorum : *l. plane in princip. de leg. 1.* & à fortiori idem dicendum est si successor singularis bona illa consequatur ex titulo lucroso : *l. si & me, & Titium, ff. si certum petat.* Resolutio igitur est, quamuis successor singularis non teneatur stare locationi, exceptione posse se tueri colonum; quæ exceptio, sicut actori obstare potest, successori etiam singulari obesse potest : *l. in venditione, ff. de action. empt. l. fluminum, §. adiicitur, de damn. infect.*

Vtrùm verò coloni alij possint expelli? Dico pri- 13.
mò ex hoc probari aliquem esse colonum, & posse expelli si tanquam colonus soluat pensionem : sic Bartol per text. *in l. litibus, C. de agricol. & censit. lib. 11.* Felin. *in c. cum Bertold. n. 38. de re iud.* Decius *cons. 146. num. 2. vers. hoc idem dicit in colono.* Tamen si pensio vniformis soluatur per triginta annos, censetur contracta perpetua locatio, ita vt non possit expelli colonus, si soluat pensionem; præsertim si colonus fundos steriles, syluosos, & paludosos reddat sua opera, industria, ac cultura fertiles; in quo casu secundùm regulam *l. quicunque, la 2. & ibi* Batt. *C. de omn. agr. desert. lib. 11.* non potest colonus expelli, neque ei pensio augeri. Quod etiam probatur ex *l. cognominus, §. 1. & ibi* Batt. *C. de manc. & colon patrimon. eodem lib.* & sic respondit Paul. de Castr. *cons. 387. num. 1. lib. 2.* Ruyn. *cons. 131. num. 15. circa medium, vers. Et prædicta, lib. 1.* Quod etiam procedit in fundo Ecclesiæ, quamuis alienari non possit; *cap. ad aures*, cum gloss. *de reb. Eccles. non alien.* à qua sententia non videtur recedendum, teste Bero. *cons. 98. num. 13. lib. 1.* Ita fuisse decisum tradit Cardin. Mantic. *tom. 1. de tacit. & ambig. lib. 5. tit. 2. num. 59.* subdens id etiam habere locum in colonis partiariis, quamuis videatur eum illis quædam societas contracta.

His tamen non obstantibus, verius puto ius colo- 14.
niæ præscribi non posse, etiam ab illo, qui rem sterilem suis sumptibus ad culturam reduxit : quòd si tamen dominus voluerit hos fundos, & prædia alteri locare, præferendus est primus colonus pro eodem pretio, cuicumque alteri, qui non reuocauit ad culturam rem sterilem; ne primus colonus lugeat, & doleat operam suam, videns suam diligentiam sibi fuisse damnosam : *l. vlt. C. de allu. & palud. lib. 11. & l. penult. C. de omn. agr. desert. eod. lib.* Valasc. *de iur. emphyt. q. 20. n. 12. ad fin.* & à fortiori dicendum est, quamuis per mille annos possideat, & pensioné annuam, & vniformem præstet, si vt colonus possedit, & de hoc constat, non præsumitur emphyteuta, & potest expelli à domino, nec iuuabitur præscriptione, cùm colonus non possideat sibi; idcircò non potest præscribere : *l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*, regul. *sine possessione, de regul. iur. in 6.* Nec potest se tueri colonus titulo coloniæ perpetuæ, cùm non sit in vsu talis contractus : Caldas Pereira *de renouat. quæst. 15. num 46. & sequent.* Ideò reiicitur opinio Baldi

Baldi asserentis præscribi ius coloniæ perpetuæ 30. annis: Cod. *supra, num. 41. & 45.* Valasc. *de iur. emphyt. d. quæst.* 20 *num.* 12. Quod procedit quando non apparet titulus coloniæ perpetuæ; quia cùm non fit in vsu, non præsumitur.

15. Porrò si constet ex instrumento rem fuisse concessam titulo locationis perpetuæ, tunc colonus non potest expelli; quia dicitur contractus emphyteuticus: Alexand. *cons.* 117. *lib.* 4. Ctauer. *cons* 20 *n.* 14. Item si constet quòd res ab initio fuit titulo locationis concessa pro certa pensione singulis annis ad modicum tempus soluenda, & deinceps longissimo tempore colonus rem possedit sub eadem pensione quolibet anno, non potest præscribi ius coloniæ perpetuæ, sed præsumitur prioris conductionis facta reconductio: *l. item quæritur, §. qui impleto, l. qui ad certum, ff. locat.* Rodericus *de redditib. lib.* 2. *quæst.* 12. multis *ibi citat. num* 68. Cald. *de renouation quæst.* 15. *num.* 44. Valasc. *suprà, quæst.* 11. *num* 15. Probatur, quia ex tacita reconductione potest de terminò in terminum locatio prorogari, & inde non sequitur quòd ex prorogationibus, & solutionibus per longissimum tempus factis concedatur, aut acquiratur ius coloniæ perpetuæ; nisi probemus solutiones fuisse factas iure coloniæ perpetuæ: Roderic. *citat. num* 69. per text *in cap.* 1. §. *si quis per triginta, si de feud. fuer. controu.* ibi: *per triginta annos rem vt feudum possedit, & seruitium domino exhibuerit*, quo probato præsumitur, alias solutiones fuisse factas ex eadem causa continuatas: Bartol. *in l. Triticum, ff. de verb. obl.*

16. Similiter non probatur colonia perpetua ex solutione vniformi, & multiplicata cum titulo generalis locationis; sed opus est probare in indiuiduo solutiones fuisse factas ex causa perpetuæ locationis. Ratio, quia poterant fieri solutiones ob tacitas reconductiones per singulos annos successiuè occurrentes: Ruyn. *cons.* 61. *lib.* 1. *incipit, Quia facta locatio, & cons.* 75 1. *lib* 5. Mench. *lib.* 1. *quæst. vsufrequent. cap.* 4. Caualcan. *decis.* 44. *num.* 80. Aymon. *de antiquit. tempor. q.* 4. §. *materia ista, num* 100. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 20. *num* 12. & ita iudicauit Senatus Neapolitan. teste Vrsillo ad Afflictum *decis.* 365. *num.* 5. Porrò si non constat de ingressu colonali, sed possidens longo tempore, persoluénsque pensionem non potest prætendere ius coloniæ perpetuæ ex præscriptione, nisi probet solutiones fuisse factas iure coloniæ perpetuæ, nec sufficit fuisse factas ex causa generali, & vaga, quia id conuenire potest, vel ad emphyteusim, vel ad censum reseruatiuum, vel titulo coloniæ temporalis; & cùm simus in dubio nihil certi inferri potest, nisi specialiter probetur solutam fuisse pensionem ex causa coloniæ perpetuæ: vt *in d. cap.* 1. §. *si quis per triginta, si de feud. defuncti*, ibi: *Vt feudum possedit, & seruitium domino exhibuerit*, vbi id notat Salycet. *in l. cum de in rem verso, de vsur. quæst.* 1. *d. cons.* 61. idem Ruyn. & quod forma est non præscribi tradit hoc ius in *cons.* 75 *lib.* 1. quem sequitur Valasc. *d. quæst.* 20. *num.* 12. *vers. nullatenus*, nisi possideat per se, & suos antecessores per tantum tempus, cuius principij non est apud homines memoria, sub vna, eadémque vniformi pensione: tunc potest possidens se tueri titulo coloniæ perpetuæ: nam tunc longitudo tanti temporis habet vim Constituti: *l.* 3. §. *ductus aquæ, ff. de aqu. quotidian. & æstiu* & Scribentes *in d. l. cum de in rem verso. ff. de vsur. & in l. si certis annis, C. de pact.* Abbas *in cap. peruenit, num.* 3. *vers. primo casu, de censibus.*

17. Quòd si temporis immemorialis præstatio non interuenerit, in dubio soluetúrne vt colonus, an vt emphyteuta, recurrere oportet ad coniecturas; si præstatio videlicet non sit vniformis, non præsumitur possedisse vt emphyteuta, sed vt colonus: ita Rodericus *lib.* 1. *de reditib. quæst.* 15. *num.* 56. & *num.* 59. & *lib.* 2. *quæst.* 12. *num* 74. Quia ex diuersitate pensionis certa obligatio non præsumitur, vt notant Bart. & Bald. *in l. solent, §. fin. de officio proconsul.* & Decius *in d. l. si certis annis, num.* 9. *C. de pact.* si autem præstetur pensio vniformis, quæ nunquam fit variata, tunc si longissimo tempore possedit, videtur possedisse vt emphyteuta: Cynus *in l. comperit, num.* 6. *quæst.* 5. *C. de præscript.* 30. *annor.* Ego autem non putò ad præsumendum emphyteutam satis esse solutere pensionem per longissimum tempus vniformem, sed opus esse, quòd probet se possedisse tanquam emphyteutam, & nomine emphyteutæ soluisse annuam præstationem. Quocirca oportet quòd appareat se possedisse illos fundos formaliter quasi emphyteutam, sicque actum ex quo colligatur ipsum esse in possessione tanquam emphyteutam; vt notant *in d. cap.* 1. Bald. §. *si quis per* 30. *verbo. vt feudum si de feudo defuncti sit inter domin.* Alex *cons* 169. *num.* 4. *lib.* 2. Balb. *de præscription.* 4. *part. quarta part. principal quæst.* 9. & multo melius *quæst.* 12 Mascard. *de probat lib.* 1. *conclus.* 347. *num vltim.* Ratio formalis, quia ad probationem emphyteusis præsumptæ primò requiritur, quòd possi leat per tempus 30. vel 40. annorum. Secundò quòd præstatio eo tempore fit vniformis, non verò difformis. Tertiò quòd saltem allegetur insit titulus emphyteuticus, seu titulus, quæ tria esse necessaria tradit Cald. Pereira *de renouat. quæst.* 5. *num.* 4. dicens; si quis existat in possessione emphyteusis, & à domino conueniatur rei vendicatione, posse excipere se inuestitum de emphyteusi, vel habuisse titulum, & pensionem exsoluisse per 30. vel 40. annos; & quamuis non probet inuestituræ titulum, vel renouationem, non posse expelli, satisque esse probare possessionem per 30. vel 40. annos, & solutionem pensionis, & præsumi inuestituram, seu renouationem. Addit tamen Rodericus *de annuis redditib. lib.* 1. *quæst.* 15. *num.* 56. *ad finem*, his tribus addendum quartum, nempe quòd præstatio, seu solutio pensionis fiat ratione emphyteusis, & tanquam ab emphyteuta, quod esse necessarium constat ex Mascard. *de probation. lib.* 1. *conclus.* 337. post multos ab eo *ibi* relatos.

Sed quid dicendum de vxore soluto matrimonio? 18.
Respondeo de iure Lusitano, quando matrimonium celebratur per contractum medietatis, ob promissuam societatem initam inter coniuges, teneri vxorem stare locationi factæ colono à marito; quia censetur facta locatio ab altero coniuge nomine vtriusque, & ita praxi, & consuetudine receptum est. Quòd si contractus celebretur per dotem, & arrhas; sunt qui dicant non posse vxorem expellere colonum soluto matrimonio à marito constitutum, dum durabat matrimonium, siquidem vxor, necessarius est successor: text *in l. si filio, §. si vir, ff solut. matrim.* & *ibi* Scribentes, Duenn. *regul.* 240. *limitat.* 5. Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 15. *num.* 5. quoniam locatio ex consensu vxoris facta videtur.

Sed melius ait Bart. *in l. filio familias, §. vltim. ff. solut. matrim.* non teneri scilicet vxorem stare colono constituto à marito tempore, quo maritus erat dominus dotis, postquam ipsa per solutionem matrimonij recuperauit suam dotem, nec dabitur colono exceptio, vel retentio; secundùm Imol. Cuman. & Paul. *in eadem l.* Pruinde si vxor nolit soluere colono quanti sua interest, non poterit illum dimittere; si verò præstiterit illi quantum debet, poterit illum expellere: ita Anton. Gomes. *de locat. cap.* 3. *num.* 8. vbi ait vxorem non teneri præcisè stare locationi, sed causatiuè; Vnde si vxor non approbauerit mariti factum, conductor agere poterit contra hæredes mariti ad interesse, & interim non poterit

vxor, aut eius hæres rem locatam appreheodere, nisi data cautiooe marito, vel eius hæredibus de indemnitate: per text. *in l. si filio familias*, *§. si vir in quinquennium*, *ff. solut. matrim.* Et quamuis maritus, seo eius hæredes non postuleot cautionem, vxor ipso facto tenebitur eam præstare marito, aut eios hæredibus, perinde ac si cauisset, si noluerit stare contractui à marito facto: ita Paulus, & Scribentes *in d. l. diuortio, ff solut. matrim.* Non reiicienda est opinio Alexandi *in d. l. si filio familias*, *§. fin. num.* 10. dicentis pro anno inchoato ante diuortium ex æquitate teneri mulierem stare coottactui, cùm ea locatio bona fide facta sit; idem tradit Auctor *in consuetud. Paris* §. 30. *quæst.* 22. *num.* 92. Couart. *supra d. num.* 5. *infra medium*: pro aliis autem aonis non tenebitur vxor nisi nomine ipsius locatio facta sit, quoniam locatio ioter fructus oumeratur, qui ad maritum constante matrimonio pertinebant: *l. cùm antiquitas*, *C. de vsufruct.* Quocirca pro eo tantùm tempore, quo durat matrimonium, locatio videtur facta de consensu vxoris; ad cuius onera fructus conceduntur: Cagnol. *in l. 2. Cod. de pact. inter empt. num.* 221. Couart. *lib.* 1. *variar. cap.* 15. *num.* 15. *ad fin.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. tom.* 1 *lib.* 12 *titul.* 6. *à num.* 15. Molio. *de iustit. tom.* 2. *disp.* 492. Barbos. *in remission. ad lib.* 4. *Ordin. Lusitan. tit.* 9. *num.* 10.

19. Oppositum dico de Tutore, seu Curatore, quando tanquam legitimi administratores rem aliquam locauerunt, si desierunt aliquo modo esse tutores, seu curatores ante finitam locationem; domini, seu successores in boois tenentur stare contractui: quia locatio fuit facta nomine eorum, quorum bona administrabant, & colonus per totum tempus locationis potest retinere: textus *in l. emptorem, C. de locat.* & *ibi* Scribentes, Abbas *in cap. querelam*, Bartol. etiam *in d. §. si vir in quinquennium*, & est textus *in l. si tutela, ff. de administrat. tutor.* At verò maritus nomine proprio res dotales locabat, idcircò vxor non tenebatur ad obseruantiam coottactus nisi causatiuè virtute cautionis: secùs dicendum de bonis paraphernis, quæ vxor non tradidit marito in dotem; quia si hæc maritus locauerit, eò quòd per *l. maritus*, *C. de procuratorib.* est marito tradita administratio, stare præcisè contractui vxor adstringitur: Gomes. *d. cap.* 3. *de locat. num.* 8. *conclus.* 2. Filliuc. *tom.* 2. *tractat.* 36. *de contractibus oneros. cap.* 2. *quæst.* 5. *num.* 26. Azor. *part.* 3. *titul. de locat. cap.* 6. *quæst.* 8. Sicut admioistratio bonorum pupilli est commissa tutori, seu curatori, idcircò *in d. l. si tutela*, Iurisconsultos decidit pupillum, extincta tutela, noo posse repetere pecunias nomine ipsius creditas ante diem solutioni præfixam: & idem esto in locatione ipsius pupilli nomine constituta; ne decipiantur agricolæ, & alij conducentes res pupillorum: vnde colonum, qui suo nomine fuit constitutus, non poterit excludere.

20. Ex dictis colliges primò, illum esse necessarium successorem, in quem is, qui locauit, necessariò debuit rem locatam transferre: atque ita succedens ab intestato, necessarius dicitur successor: ptovt Iason *in l. non solum*, *§. morte*, *num.* 10. *ff. de noui oper. nuntiat.* nam is necessarius successor tenetur stare colono sui prædecessoris: ita Gregor. Lop. *litera G. in l. 2. titul.* 8. *part.* 5. *col.* 1. Couart. *lib.* 2. *variar. cap.* 15. *num.* 5. Cotta *verbo successor*, & Tiraquell. *de retract. convent.* §. 3. *gloss. vnica*, *num.* 11. Vnde maritus, & gener non dicuntur necessarij successores, & consequenter non vrgentur stare locationi factæ per socerum, aut vxorem, antequam dotalis fundus eisdem tradatur; tradunt enim res dotales non necessariò, sed sponte; quamuis maritus in reddenda dote videatur ex necessitate facere secundùm dispositionem *leg. in rebus*, *Cod. de iur. dot.* sed hoc non facit maritum, aut generum necessarium successorem; vt bene tradit Couarr. *suprà d. num.* 15. contra Gloss. *in d. l. diuortio*, *verbo*, *sequatur*; quam etiam improbat Iason *ibi*, *num.* 33. & Alexand. *num.* 38. Neque vxor, cui maritus dotem reddit absolutè dicitur successor necessarius, nisi causatiuè, nempe si colono noluerit restituere quanti sua inter sit; quo reddito bene potest colonum dimittere, vt vult Filliuc. *vbi proximè d. cap.* 2. *quæst.* 5, *num.* 16. & Molin. *de iustit. tract.* 2. *disput.* 492.

21. Colliges secundò filium nominatum ad emphyteusim veluti necessarium successorem reputari, quamuis non sit hæres patris, & cousequenter vrgebitur stare contractui à patre celebrato: ita doctissimus Gonçalus Vaz Pinto Primarius in Academia Conimbricensi iuris Cæsarei Professor *in l. vnum ex famil. ff. de legat.* 2. vbi ait nominatum esse necessarium successorem, & nominantem necessariò nominare, neque in nominando liberalitatem exercuisse.

22. Quæri potest an colonus possit expelli, qui steriles fundos reduxit ad fertilitatem industria, & cultura propria? Responsio est negatiua, nec illi posse augeri pensionem; *l. quicunque*, *l.* 2. & *ibi* Bartol. *in fine*, *num.* 4. & sequitur Angel. *C. de omn. agr. desert. lib.* 11. Idem probatur *ex l. cognominus*, §. 1. & *ibi* Bartol. *num.* 2. *Cod. de Manc. & colon. patrimon. eod. lib.* eò quia durum, ne dicam absurdum, videtur expelli reddentem agros fertiles, & fructiferos, qui erant steriles. Quod etiam habebit locum in prædiis Ecclesiarum, quamuis alienari nequeant; *cap. ad aures*, eum Glossa, *de rebus Eccles. non alien.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 5. *titul.* 2. *num.* 58. *fol.* 317. *& sequent.*

23. Similiter colonus habens hypothecam generalem, non potest expelli à singulari successore: Bartol. *in l. qui fundum*, *ff. locati*, dicens colonum non posse in hoc casu expelli à singulari successore, si habeat hypothecam generalem; quia sufficit vt res ipsa loco pignoris possit retineri: & ita distinguendo contrarias opiniones concordat Loazes *in l. filius familias*, *§. Diui*, *el* 2. *de legat.* 1 *num.* 88. vbi, aut enim, inquit, dubitatur an colonus habens hypothecam generalem, possit rem conductam retinere pro suo interesse, & tunc potest; eò quia per hypothecam generalem habet ius in re: aut quæritur an possit alienare, & tunc non potest retinere, quia requiritur specialis hypotheca: quam distinctionem sequitur Antonius Gabriel. *conclus.* 1. *num.* 6. *de pignorib. lib.* 3. Cald. *de empt. cap.* 36. *num.* 26.

24. Ad hæc ambigi potest, an colonus partiarios pro portione sua in soluendis decimis possit deducere expensas? Negatiuè respondendum est ex Surdo *decis.* 194. *num.* 2. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 30. *num.* 9. Menoch. *de arbitrar. casu* 215. *num.* 2. Garc. *de expens. cap.* 1. *num.* 22. Suar. *de Religios. tom.* 1. *tract.* 2. *lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 13. Moneta *de decim. cap.* 6. *num.* 40. vbi *num.* 41. cum Azor. *instit. moral. part.* 1. *lib.* 7. *cap.* 24. *quæst.* 4. agens de colono, cui Ecclesiæ, & commodo soluere debeat decimam, vtitur hac distinctione: Aut enim, inquit, colonus colit nummis, seu pro certis mensuris à domino dandis, in hoc casu, soluet Ecclesiæ Parochiali personalem decimam, veluti de lucro suæ personæ: quo casu intelligendus est text. *in cap. quæsti*, *in fin.* 16. *quæst.* 1. aut demum colonus conducit totum prædium nummis, aut pro certis mensuris domino reddendis, & tunc colonus tenetur soluere ex omnibus fructibus Ecclesiæ parochiali integram decimam.

25. Sequitur dicendum de colonis censitis, qui alio nomine vocantur Originarij, & Adscriptitij coloni, & sunt qui glebæ, vel prædio colendo sunt perpetuò addicti;

addicti; ita vt inde auelli non possint, dominisque prædiorum annuos redditus omnes præter sumptus, & victum reddunt; vt docet Abbas *in cap. 5. de Iudæis, notab.* 1. Illustrissimus Primas *1 p. decret. c. si quis obligatus, num.* 1. *dist.* 54. Dicuntur autem Censiti, non ideo quòd censum aliquem, seu tributum dominis suis præstare teneantur, vt perperam Interpretes *in rubricis, & l. quisquam, & l. seruos, & per totum, C. de agric. & censit. lib.* 11. comminiscuntur; sed ex eo quia cùm reputarentur pars fundi, cui sunt addicti, & à quo non poterant separari, *l. 3. l. quemadmodum, l. cùm satis, C. de agricol.* vnà cum ipso fundo, cui erant applicati, in publicum censum referebantur, & amplius patrimonium faciebant, & ex consequenti maiorem obligationem census, hoc est tributi contrahebant: *l. omnes, l. quemadmodum, l. definimus, C. de agricolis.* Atque ita non censebantur per se, nec erant in proprio censu, sed alieno, quia cum ipso fundo censebantur. Quare huiusmodi adscriptitij, censiti coloni nulla tributa pendebant suo nomine fisco, *l. colonos, C. de agricol.* nec consequenter eisdem dominis suis tenebantur tributario nexu, *l. vnic. C. de colon.* ibi: *inseruiant terris non tributario nexu, lib* 11. Pendebant tamen duntaxat colonariam pensionem dominis non excedentem modum consuetum: *l. cùm satis, §. caueant, C de agricol. lib. etiam* 11. Differunt autem censiti, seu adscriptitij coloni ab aliis liberis colonis, quia censiti reputantur pars ipsius fundi, & faciunt vnum corpus cum terris, seu fundis, quibus addicuntur: illi autem liberi coloni terris, quas colunt, non sunt adscripti, nec censentur pars illarum, & censum soluunt prout agunt cum dominis, *l. his penes, §. sane, C. de agricol.* Valasc. *de iur. emphyt. q.* 35. *num.* 5. *& quæst.* 17. *num.* 27. Denique apud nos coloni censiti non videntur in vsu, imò Lex nostra illos videtur excludere *lib. 4 ordin. tit.* 42.

An verò censuarius cadat in Commissum, licèt triennio, & multo pluribus annis cesset à solutione Canonis? Responsio est negatiua propriè loquendo de censuario, si tamen apponatur clausula vt Commissum contrahat, pactum valebit in censu perpetuo non redimibili, modò ponatur ab illo, qui rem concessit; vt tradit Gouarr. *cap. 7. lib. 3. variar. resol. col.* 2. *vers. praxis tamen*, aliàs non valebit: quòd si iuret censuarius soluere tali tempore, & non soluat, secundùm communem priuatur ipso censo: Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 35. *num.* 30. *&* 31. sed de hoc *supra §. 3. num. 3. disp.* 10.

26. Pro colonis perpetuariis, seu perpetuis illud accipe eos esse, qui fundum à Principe, vel à Republica conductum habent pro certa pensione in vitam suam, vel etiam ea lege vt ad alios possint transmittere: per textum *in l. fin. C. de locat. præd. ciuil. lib.* 11. atque ita quando ager vectigalis locatur in perpetuum, seu quandiu pensio soluatur; dicitur talis contractus perpetuarios, per eundem text. *in d. l. fin.* vbi statuitur quòd prædia domus Augustæ in perpetuum locata à perpetuario neque à suis posteris, seu succedentibus nequeunt auelli, & in alium transferri, quamuis moltò meliorem conditionem affectant; si autem ad tempus concessa fuerint, & finiatur conductio præferendus est primus conductor si tantundem offerat, quantum alius: vt dicitur *in d. l. fin. C. de locat. præd. ciuil lib.* 11.

Differunt autem perpetuarij coloni secundùm aliquos ab emphyteuta ex natura contractus; nam iste consequitur vtile dominium, *l. 1. ff. si ager vectigal.* & rem sterilem suscipit ad meliorandum, vt traditur *§ adeo, Instit. de location.* Perpetuarij tamen non consequuntur dominium vtile, nisi ius conductionis; sed meliùs alij dicunt cum Franc. Conna. *in lib. 7. comment. iur. ciuil. cap. 12. num.* 2. nihil differre perpetuarios colonos, & emphyteotas de iure. Sequitur Tiraquell. *in lib. 1. de retract. gloss.* 14. *num.* 84. vbi in omnibus perpetuarios colonos, & emphyteutas æquiparat.

Quid de colonis perpetuis, qui fiunt ex mendicantibus, seu pauperibus fingentibus malis artibus, & medicamentis se esse morbosos, cùm sint robusti, & fortes viribus? Respondeo fieri colonos perpetuos, & venire in dominium capientium, & in pœnam mendicandi nulla necessitate palam esse sub obedientia illorum, qui eos prodiderint, & probauerint illos esse validos, & simulasse se esse morbosos: ita debet intelligi iuxta communem sensum *l. vnic. C. de mendicant. valid. lib.* 11. In hoc autem differunt coloni isti ab aliis adscriptitiis, & Censitis, quòd coloni ex mendicantibus validis facti, dum viuunt, seruire tenentur, non verò eorum filij. Cæteri autem, & eorum filij perpetuò sunt obligati: *l. definimus, C de agricol. & censit. lib.* 11. Valasc. *de iur. emphyt. disp.* 37. *num.* 2. vbi subdit non esse apud nos in vsu hoc genus colonorum, qui de mendicantibus validis fiunt coloni perpetui; & hæc sufficiant pro colonis originariis, qui ex dictis intelliguntur parum differre à colonis adscriptitiis, & de vtrisque *infra disp penult. lib vltim. §. 1. num.* 2. vbi de his plenè.

Ex dictis apparet colonorum plures esse species, de quibus Valasc. *de iur emphyt. quæst.* 17. *ex num.* 17. *ad num.* 19. *vers. vltra supra scriptos*, inter quos alij sunt simplices, liberi tamen homines ad tempus fundum colentes, conducentésque, *de quibus l. 1. l. per colonos, C. de agricol.* Hos autem si contingat vendere fructus, sunt qui putent, teneri vendere domino fructus inuitos, & esse præferendum vnicuique alteri emere volenti pro eodem pretio: Paris. de Puteo *in tract. de reintegr. feud. fol. 77. col.* 3. *num.* 4. Hyppol. *singul.* 510. Boër *decis.* 107. *num. 2. in 1. part. fol.* 105. Fabian. *de empt. & vendit. in* 20. *quæst. tertia princip.* sequitur Roman. *in l. 1. ff. solut. matrim.* concordat Felin. *in cap. de iudic. num.* 2. Sed verius Cald. Pereira *de extinction. emphyteut. cap.* 3. *num.* 15. putat non teneri colonum vendere fructus perceptos ex fundo locato domino inuitum, nisi ille sit colonus fisci, cuius fauore specialiter *in d. l. 1. C. de metall. lib.* 11. contrarium receptum est. 27.

Denique an possit expelli colonus ex necessitate domini superuenient, etiamsi conueniatur de non expellendo? Quæstionis est, sed facilè soluitur, si probet dominus domum scilicet propriis vsibus sibi esse necessariam ex causa de nouo superueniente non præuisa tempore contractus Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 55. *num.* 3. vbi extendit ad necessitatem non solùm sibi; sed etiam ex improuiso prouenientem filio, aut filiæ, aut fratribus. Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit.* 24. & *ibi* Barbos. *n. 9. &* 10. 28.

---

§. II.

Vtrùm successores teneantur stare contractibus à suis antecessoribus celebratis.

EPITOME

1 *Successor vniuersalis tenetur stare locationi.*
2 *Fiscus videtur succedere instar vniuersalis successoris.*
3 *An fiscus teneatur stare locationibus factis?*
4 *Successor singularis regulariter non tenetur stare locationi.*

5 *Colonus etiam soluto interesse non potest expelli à singulari successore propter hypothecam sibi factam: Et ita fuit iudicatum.num.6.*

7 *Successor in beneficio non tenetur stare locationi facta de fructibus sua prebenda.*

8 *Si locatio fuit facta de re aliqua seruata solemnitate requisita, teneatur successor stare illi.*

9 *In quibus casibus coloni nequeant expelli, & n.10.*

11 *Successor in maioratu potest expellere colonum.*

12 *Successor ius consequitur ab institutore.*

13 *Successor quomodo differat voluntarius à successore necessario?*

14 *Successor necessarius cogitur stare locationi si nolit soluere conductori interesse.*

15 *Successor tenetur stare locationi, quando conductor habet ius in re; aut quando locatio est ad longum tempus, vel si locator reseruauit illi ius exigendi pensionem.*

16 *Successor officij, & administrationis ratam debet habere locationem prædecessoris ritè factam.*

17 *Successor dignitatis quando teneatur stare locationi.*

18 *Succedens in vsufructu rei locata non tenetur stare locationi: secus vsuarius: & cur?*

1. PRima cooclusio. Successor vniuersalis siue succedat ex testamento, siue ab intestato, non potest recedere à locatione facta cum prædecessore: *l.viam veritatis, C.de locat. & conduct. l. sed addes, §. vlt. & l.cum in plures. § heredem*, cum Gloss. *ff. eod.* nam hæres eadem est persona cum defuncto; §. 1. *in Authent. de iureiur. à mor. præst.* Quod etiam procedit si in rebus Ecclesiæ succedat, quia ex particulari fauore successor debet iis fauere, quibus prædecessor iam fauit; *cap. hoc ius porrectum, 12. quæst 2.* Bald. *cons.255. circa medium, vers. nec obstat, lib.1.* nisi locatio sit contracta donec placuerit locatori, quia intelligitur ad eius voluntatem, quæ morte extinguitur: *cap. si gratiosa, de rescriptis, lib.6. & l.quæsitum, in fine, ff.qui & à quibus*, eò quòd res locata transfertur in quemlibet successorem cum suis qualitatibus; proinde sicut locator potuit colonum expellere, sic poterit successor: & hæres præsumitur scire etiam voluntatem defuncti: *l. si quis à filio, §. si quis plures*, & *ibi* notat. *de legat.* Bartol. *in l stipulatus fuerim, in princip. n.3. vers. item ideò transit ad heredem, de verbor obligat.*

Secunda conclusio. Fiscus si ex publicatione bo-
2. norum locatori succedat, compellitur stare colono ad similitudinem vniuersalis successoris, quia reputatur vniuersalis successor, si vniuersaliter omnia bona publicantur, aut pars aliqua vt dimidia pars, tertia, aut quarta; quod si confiscentur bona aliqua determinata, non tenetur fiscus stare locationi: sic Filliucius *tom.2. tractat.36. de contract. oneros. cap.2. n.24. §. tertio quæro*, Azor. *in sum.3. p. tit. de locat. cap.6. §.4.* Cald. *de empt. cap.26. num.41.* post Gomez. *de locat. cap.3. num.10*, multis *ibi* citatis, vbi id limitat nisi bona confiscarentur ex tali delicto, ex quo ipso iure delinquens ob tale crimen priuatur ipso iure dominio bonorum, atque eorum administratione; in quo euentu tradit non teneri fiscum stare contractui, posséque expellere colonum: quod non probat Gomes. ideò oppositum est verius, ante sententiam declaratoriam saltem semper delinquens habere administrationem suorum bonorum, & dominium: vt bene probat Sanch. *tom 1. in precept. decalog. lib. 2. cap 22. num.3.* per *l.quæsitum est, ff. qui & à quibus*, ibi: *quæsitum est an is, qui maiestatis crimine reus factus est, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est.* Ex quibus verbis apparet omnes hos reos retinere rerum suarum dominium, donec per sententiam declarentur: sic Sanch *d num 3.* addens *num.5.* opinionem Gomesij esse intelligendam quando locatio est facta post delictum commissum; quando enim locatio facta esset ante crimen patratum, tunc teneri fiscum stare locationi; quia potuit fieri illa locatio iustè, cùm adhuc nullum ius in ea bona haberet fiscus. Quæ opinio multò antè tradita fuit à doctissimo Azeb. *lib.5 rec. tit.9. leg.10. n.16* vbi probat quòd fiscus vniuersaliter succedens tenetur stare locationi, quando bona non publicantur ipso iure, sed per sententiam; secùs quando ipso iure: & à fortiori, quando publicatio est alicuius rei particularis, vt fundi, non tenetur fiscus stare locationi: in quo omnes conueniunt; secùs si confiscatio sit vniuersalis, vt dicunt Doctores citati, quibus accedunt Peregrin. *de iur. fisc. lib.5. tit.1. num.74.* Bald. *in l. si fundus 36. ff. locati, num. 1. notabil.2 ad fin & l. diuortio, in princip. num. vnico, vers. quæro de fisco. ff. solut. matrim.* vbi Iason *num. 36.* quia fiscus hæredi æquiparatur, *l. inter eos, §. vltim. ff. de fideiussor.* imò potius fiscus in contractibus delictum antecedentibus vtitur iure priuati, in cuius locum succedit; *l. fiscus, in princip ff. de iur. fisc.* sed priuatus vniuersaliter succedens non potest expellere colonum donec finiatur locationis tempus, ergo nec fiscus, qui priuati iure vtitur: sic Alex. *in d.l. si filius familias, §. si vir, num.22. ff. solut. matrim* Item quia bona transeunt in fiscum cum sua causa; *l.ex facto, §.ex facto. ff ad Trebell.* ideò fiscus debet stare locationi. Item quia fiscus in præteritis, & connexis, vtitur etiam iure priuatorum, quando priuato succedit; vt habetur *in dict. l fiscus, ff de iur. fisc. in princip.* & in obligationibus iam contractis fiscus reputatur tanquam hæres, per *l. quoties, §. vltim ff. de nouat.* Quocirca debet fiscus persistere in locatione: Cardinal Mantic. *lib. de tacit. & ambig. lib.5 tit.9 ex n.5 ad n.11.*

Tertia conclusio. Successor singularis veluti si sit emptor fundi locati, regulariter non tenetur persistere in locatione facta: *l.emptorem, C.locati l.qui fundum, ff. eodem*, & Bartol. & Bald *ibi*, nisi contrarium fuerit conuentum: Anchar. *cons.129.* aliàs 130. incipit, *Pro, & contra subtiliter num.1.* Ratio quia colonus nullum ius habet in re, sed habet personam locantis obligatam, & non sequitur fundum obligatio personalis, neque eius possessorem: text. *in l. fin § fin. ff. de contrahend. empt.* Cardin. Mantic. *supra lib.5. tit.10. à num.1* Gutier. *Canon. lib.2. cap.8. à n.8.* Cald. *de empt. cap.26. num.35.* Quòd si successor singularis approbet locationem à priori domino factam, tenebitur ad illius obseruantiam: Oldrad. *cons.18. in fin. principij*, Decius *cons.475 num.28.* per regulam iuris, *Quod semel placuit, &c.* & *l. Pomponius scribit ff de negot. gest.* Secundò, restringitur hæc conclusio, si colonus habeat obligata locatoris bona aduersùs singularem successorem; tunc poterit resistere, & non potest expelli, quia ius habet in re: Bartol. *in d. l. qui fundum, num.2. ff locati, & in l emptorem, C de locat. & conduct.* vbi ait sic de facto respondisse, & obtinuisse: Couar. *d lib.2. cap.15. num 3.* Tiraquell. *de retract. conuention. §.3. gloss.1 num.3. & 4.* & à fortiori si in scriptura locationis apponatur clausula, *Vt res locata non possit alienari, aliter sit irrita alienatio*, & omnia bona locantis sint obligata conductori; præsertim res locata si sit specialiter hypothecata, tunc res non potest distrahi in præiudicium conductoris, nisi ipse præ[illegible]ter assensum: Imol. *in l filiusfamil §. diui. 2. n.13. ff. de legat.1.* Couart. *supra num. 3.* Roland. *cons. 6. num [illegible] lib.1.* & Cardin. Mantica *tom.1 lib.5. tit. 10. num.*

[illegible] tamen resolutioni obstat Bartol. *in dict. l. emptorem, num.1. C. de locat & conduct.* dicens colonum 5.
[illegible] retentionis in casu supra posito pro re [illegible] conducta, & obligata, donec sibi interesse sol[illegible]. ex qua doctrina sequitur posse colonum expelli

4.

pelli à singulari successore, si illi soluatur interesse, non obstante hypotheca sibi facta, pro qua opinione stat etiam Paul. de Castr. *in d. l. si filiofamil. §. si vir, num. 4. ff. solut. matr.* & Roman. *num. 13. vers. fallit quinto*, & Salyceт. *in d. l. emptorem, num. 6. vers. ego multoties*, Sed fortè melius respondet Socin. sen. *cons. 90. num. 3. lib. 4.* non posse scilicet illum expellere: quod est verius, & communius; quamuis ei reddat interesse, quia per talem hypothecam quæsitum fuit ius in re colono: quocirca non potest ab ea remoueri, quòd ea sit ipsi obligata, & ius ipsum prosequitur rem, quocunque ipsa transferatur: quam partem tanquam communiter receptam Guid. Papæ tenet *singul. 419. & decis. 480. vers. secundò fallit hæc regula: & in vers. sed iuxta præmissa*, post Iacob. de Aret. constantérque affirmat, etiam soluendo interesse, non posse rem locatam conductori auferri à singolari successore durante tempore locationis: quod etiam tradit Cardin. Mantic. *d. tit. 10. num. 19.* Nec contra facit quòd in obligationibus facti obligatio ad interesse succedat. Quia hoc fallit in obligato actione reali: nam iste potest cogi præcisè ad factum, si possessor locatæ rei sit conductor, compellet aduersarium ad patientiam, & factum, excipiendo hypotheca oblata: pro quo facit Valasc. *consult. 76. num. 7. & 8.* vbi ait non valere alienationem, si res fuit locata cum clausula, quòd locator durante tempore locationis non posset rem locatam alienare, adiecta in specie hypotheca ipsius rei, & consequenter non posse emptorem excludere conductorem: at verò si locatio facta fuit simpliciter sine hac clausula non alienandi: sed cum speciali hypotheca ipsius rei locatæ; valere ait alienationem: sed non posse emptorem expellere conductorem: quod est consonum ordinationibus Lusitanis *lib. 4. tit. 9. in fine principij, & num. 1.* addens *num. 11.* etiam pro conductione sub hypotheca generali concedi ius retinendi pro suo interesse: post Bart. *in l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indebit.* & Neguzant. *de pignor. 2. p. membr. 1. num. 6.* pluribus *ibi* relatis. Accedit Barbos. Vimarens. *in remiss. de contract. empt. & vendit. & ad ordin. reg. d. lib. 4. tit. 9. num. 12. verbo, Obrigon geralmente*: affirmans hypothecam rei, & bonorum locantis secundùm legem Regiam *d. tit. 9.* operari in fauorem conductoris, vt nequeat expelli etiam à singulari successore; vt constat ex verbis d. l. Regiæ: *sem outra nenhua contradiçam*, id est, absque vlla contradictione: sequitur Cald. *de empt. cap. 26. num. 35. vers. vbi generaliter statutum est, & de extinctione, cap. 2. num. 23.* maximè *ad fin. & de renouat. quæst. 12. à num. 16.* per text. *in §. item seruiana, Instit. de actionib.* & ideò fundum sequitur, & hypotheca realis obligat tertium; per text. notabilem *in l. si creditor, §. vltim. ff. de distract. pignor.* ibi: *quæritur si pactum sit à creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid iuris sit? Et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita; ideóque iure venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, vt pactioni stetur.* Hæc lex. Confirmat Molin. *tom. 2. disp. 490. à §. tertio, si conductor, cum sequentib. & §. dubitant Doctores*, vbi resoluit, quando res locata est hypothecata in contractus securitatem, non satis esse particularem successorem in ea re satisfacere colono totum interesse, quod sua illius intererat; sed requirit, quòd obseruetur contractus, si colonus id voluerit: quod Valasc. ita fuisse iudicatum refert. Concordat Cald. *de emption. in d. cap. 26. num. 35. post medium.* Quod intellige de iure Lusitano *lib. 4. tit. 9.*
6. *in princip.* At verò de iure communi neutra hypotheca efficax est ad obligandum emptorem, ne conductorem expellat, si conductori totum interesse offerat, velitque ius hypothecæ, quanti sua intersit, soluendo dissoluere; non poterit tamen etiam de iure communi expellere colonum, etiam oblato toto interesse, si simul cum hypotheca adiiciatur pactum non alienandi rem locatam, quòd si contrà fiat, alienatio sit nullius firmitatis: quia in hoc euentu non potest dominus transferre dominium in emptorem in præiudicium conductoris, si ipse non consentiat: Gutier. *in l. nemo potest, ff. de legat. 1. n. 44. & in Canonicis lib. 2. cap. 8. num. 5.* Cald. *de empt. cap. 26. num. 36. & de renouat. quæst. 12. n. 25. & 26.* Tiraquell. *de retract. conuent. §. 3. gloss. vnica, num. 6.* si autem non apponatur pactum non alienandi, sed adiiciatur hypotheca generalis, vel specialis, de iure communi non potest expelli colonus, cùm habeat ius in re, quo sibi retinere potest rem locatam, donec sibi interesse resarciatur; vt diffusè probat Cald. *de empt. d. cap. 26. num. 34. & 35.* si enim colono voluerit suum emolumentum præstare, poterit illum bonis auibus dimittere: Gutier. *in d. l. nemo potest, num. 42. & in d. cap. 8. num. 16.* Mench. *in quæstion. illustrib. lib. 3. cap. 53. num. 7. ad fin. & lib. quæstion. forens. cap. 57. num. 13.* Menoch. *de retinend. remed. 4. num. 37.* Anton. Gom. *cap. 3. de locat. num. 9.* Gregor. Lop. *in l. 72. tit. 18. p. 3. & in l. 19. litera A. col. 2. post principium, eod.* nec requiritur specialis hypotheca pro securitate contractus, vt minus cautè tradiderunt Rebuff. *2. tom. ad leg. Gallia, tit. de constit. reddit gloss. 14. num. 10. fol. mihi 412.* Neguzant. *de pignor. 2. p. membr. 2. num. 6.* & Suar. *in l. post rem iudicatam, limit. 1. num. 8. ff. de re iudic.*

Sed quid dicendum de beneficiario successore? 7.
Responde si prædecessor locauit duntaxat fructus suæ præbendæ, locationem morte ipsius extingui, ac proinde successorem non teneri stare locationi, quia prædecessor contraxit homine suo speciali, & locatio tunc fuit personalis, ideò morte locantis expirauit etiam locatio: ita Petrus Duenn. post alios *regul. 240. ampliat. 3.* Bald. *in l. iubemus nulli, n. 4. C. de sacros. Eccles.* Alex. *in l. si filiofamil. §. si vir, n. 5. ff. solut. matrim.* sequitur Curt. sen. *cons. 10.* nam colono Ecclesiæ ad modicum tempus nullum ius reale conceditur, vt notatur *in Clement. Monasteriorum, de reb. Eccles.* Idem tradit Gregor. Lopes *in gloss. litera A. tit. 8. l. 19. part. 5.* Filliucius *tom. 2. tractat. 36. de contract. onerос. tit. de locat. cap. 2. quæst. 7. num. 29.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. tom. 1. lib. 5. tit. 12. à num. 17. cum sequentib.* Quoniam authore extincto, actus, qui pro futuro tempore est in fieri, resoluitur, vt deciditur *in l. si quis domum, §. hic subiungi potest, ff. locati.* nec beneficiarius potest dici præbendatus vniuersalis, cùm nomine suo, & non Ecclesiæ, nec præbendæ locat; & consequenter contractus locationis non potest sequi illum, qui non est successor iuris vniuersalis: *l. quædam, §. is autem, ff. de edendo.* Item, quia fructus beneficij non pertinent ad beneficium, sed ad beneficiarium, qui de his etiam potest disponere Ancharan. *cons. 116.* Bald. *cons. 455. lib. 1.*

Porro si Prælatus, vel beneficiarius locauit res, 8.
seu bona spectantia ad suam Ecclesiam, seu beneficium, seruata iuris solemnitate, & per tempus in iure concessum, tenetur successor ad obseruantiam contractus facti nomine Ecclesiæ ab antecessore, tanquam Ecclesiæ tutore, seu curatore: Couarr. *1. variar. cap. 15. num. 15.* Gutier. *lib. 2. Canon. cap. 8. num. 71.* P. Molin. *tom 2. disp. 492.* Filliucius *vbi supra quæst. 7. num. 19.* P. Azor. *3. p. tit. de locat. cap. 6. quæst. 7.* Quòd si Ecclesia fuit læsa, poterit successor petere restitutionem: ita Doctores præclari, post Zabarel. *cons. 95. num. 6. & num. 14. in fin.* quamuis de consilio Capituli locauerit: Angel. *cons. 245. in 6. dub. n. 6. vers. sed de his rationibus non obstantibus.* 9.

Quarta conclusio. In aliquibus casibus nequeunt coloni expelli, vt certi iuris est in colono Reipublicæ

blicæ, quia habet ius in re, sicut & colonus fisci: Bartol *in l.1. §.quod autem, ff. de superficieb.* Pinell. *in l.1. C.de bon.matern.3. p.num.68. fol.mihi* 132. etiam si locatio facta sit ad modicum tempus, adhuc nequeunt huiusmodi coloni expelli à singulari successore: Cardin. Mantic. *d lib.5. tit.10.num.17.* Ceuall. *commun. contra commun. quæst 756.num.70. cum sequentib. & à num.77.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.29. num.28. vers.ad sextum.*

10. Similiter non potest expelli ab emptore conductor, in cuius locatione iurauit non contrauenire, durante locatione locans; quia iuramentum subit vicem hypothecæ: ita Gaspar Thezaur. Pedemontan. *decis.13.* Surd. *decis.225. à num.25.* Seraphin. *de priuileg. iurament. priuileg.* 158. *num.1.* & probatur ex eo, quia hypotheca rei, & bonorum locantis in fauorem coloni operatur, vt non possit expelli etiam à singulari successore: Molin. *tom 2.de instit.disp.490. num 7.* Auend. *decis.108.* Ceuall. *commun.contra commun decis.756.num.18. cum sequentib.* Valasc. *decis.76. à num 7.* Gama tamen *decis.243.* ait, si locator vendat rem locatam non obstante iuramento in fauorem conductoris facto de non contrauenienda conductori durante tempore locationis, ait posse contrauenire; quatenus negat non obstante hypotheca pro re conducta, posse emptorem expellere conductorem ante tempus finitum locationis; sed non est hac in re sequendus.

Quinta conclusio successor in maioratu non re-
11. netur stare locationi factæ à suo antecessore: Barbos. *in l si filiofamil.§.1.num.4.& 11 ff solut matrim.* Molin. *citat. disp.491. vers. quod attinet.* Cald. Pereira *de emption.cap.26.num 49 & 50.* post Anton Gomes. *cap.3. de locat.num 8.& in l.40.Tauri,num.84. ad fin.* Molin. *de primog.lib.1.cap.21.num.2.* exemplo vsufructuarij, cuius locatio non nocet successori secundùm Scribentes communiter *in l. si filiofamil. §. si vir in quinquennium, ff solut.matrim & in l.diuortio ff. eod* sed successor in maioratu æquiparatur illi, qui plenum non habet dominium, vel administrationem, sed vitæ ipsius tantùm terminos concludit. Quocirca finito iure concedentis, resoluitur ius accipientis; regul. *l. vectigal.ff.de pignor.* ibi: *Euanuisse*: qua ratione successor in beneficio non obstringitur ad obseruandum, quæ prædecessor decreuit, cùm nouo iure sibi collato succedat per nouam collationem: Gloss. *in cap.cura,de iur.patron.* & Panor. *ibi,num.15.* Similiter possessor maioratus quamuis habeat plenam administrationem de nouo, & dominium, & ius, per *l. non ideò minus, 66. de rei vendic.* Gomes. *l. 40. Taur. num. 76.* non tamen transfert illud ius, nec dominium in successorem, sed successor illi consequitur ex institutione primi conductoris: argument. *l vnum*
12. *ex familia,§.1. ff.de legat.2.* & nomine proprio locat redditus suæ maioriæ in suam vtilitatem ad tempus vitæ suæ: igitur non tenetur successor stare locationi anteà factæ, sicut nec resignatarius debet stare conductioni factæ per resignantem: Bellamer. *decis.748.* Puteus *decis.181.lib.1.num.1. & 2.* Flamin. *de resignat. lib. 1. quæst.16. num.47.* Reginald. *in praxi lib.25. cap. 43.num.538.* Azor. *d.cap.6. quæst.7.* & Spin. *in specul. testament gloss.19. principal.num.41.* Cardin. Mantic. *tom 1.de tacit.& ambig.lib.5.tit.12. à num.18. & tit.13. num.2. cum sequentib.* secùs quando locatio facta est nomine Ecclesiæ, & cum debita iuris forma, ac solemnitate: Cardin. Mantic. *tit.14.n.5. cum sequent.* & resoluit P. Rebell. *de obligat instit.p.2. lib.14. quæst.11. num.17.* quia tunc obligantur successores cùm non nomine proprio, sed nomine Ecclesiæ, & in illius vtilitatem bona Ecclesiæ locent.

Quomodo differat successor voluntarius à necessario? De necessario dictum est *§. superiori, disp.11.*
13.
num. 20. & 21. & an sit successor voluntarius, vel necessarius consideratur persona locatoris; an translatio ab eo facta sit ex spontanea voluntate, an verò ex quadam necessitate, vt colligitur ex *dicta l. si filio famil. & ibi* Alex. *num. 12. in fin. ff. solut. matrim.* Vnde illa redditur ratio cùr successor necessarius teneatur in locatione permanere: quia qui sua sponte alienat, sibi debet imputare si non reseruat eius locationis factæ colono ius; & ideò culpa sua tenetur ei ad interesse, si ab emptore vel alio successore expellatur: *l.si merces,§.1.ff.locati.* Quæ sanè ratio non procedit quando alienatio, vel translatio est neces-
saria: Cardin. Mantic. *tom.1 lib.5.tit.10.ex num.11.* At- 14.
que ita planum fit necessarium successorem posse cogi stare locationi, si nolit soluere interesse conductori; ex notatis *in d.l. filio famil.§. si vir,* quæ non loquitur de necessitate præcisa, sed causatiua, vt dictum est; nam si velit soluere interesse, non potest cogi persistere in locatione: Cardin. Mantic. *vbi proximè.*

Similiter in tribus casibus tenetur successor sta- 15.
te locationi. Primò quando conductor habet ius in re. Tunc enim esto, sit singularis successor, & voluntarius, debet permanere in locatione: & conductor, quia habet actionem, multo magis potest se tueri exceptione: Bartol. *in l.qui fundum,num.1.& 2. ff.locati, & in l.emptorem, num.1. & 2. C. eodem tit.* & sequitur Bald. *ibidem,num.7.& in cons.175.in fin.lib.2.* Secundò quando locatio est contracta ad longum tempus, putà ad decennium, quia modicum tempus dicitur intra decennium, Gloss. *in Clemen.1. ad fin.de reb.Eccles.non alien.* si ergo locatio est saltem ad decennium, successor singularis etiam voluntarius tenetur persistere in locatione: Bald. *in d. l. emptorem, num.3.vers.quid in colono ad longum tempus, C.de locat.* Boët. *decis.234. num.3. ad fin.* & Couarr. *variar. lib.1. cap.15. num.2.* Tertiò si locator reseruauit ei ius exigendi pensionem: in quo euentu successor cogitur stare locationi, eò quia cùm successori reseruauit ius exigendi pensionem, locator intelligitur tacitè illi imposuisse onus permanendi in locatione: *l.arbores, §. 1. ff.de vsufruct. & l. insulam, in princip.* & Bartol. *ff.locat.* Cald. *de emption cap.16.n.26,& n.35.*

Quid de succedente in officio, & administratio- 16.
ne? Respondetur succedentes huiusmodi debere ratam habere locationem prædecessorum ritè factam *cap querelam*, cum Gloss. *ne Prælat. vices suas.* quam opinionem dicit communem Romanus *in d.l. si filio famil § si vir,num.20.ff.solut.matrim.* & Putp *cons.429. num.11.* Cardin. Mantic. *supra d.tit.10.§.24.* Idem de succedente in beneficio quando nomine Ecclesiæ locat: secùs si nomine proprio locet redditus suæ dignitatis in suam vtilitatem: Aloizius Ricc. *in collect.decis.p 4. collect.1007. & collect.1055. in fine, & in praxi Archiepiscopal. Neapol.decis.112. à princip.* Cardos. *in praxi iudic.verbo fructus, num.23. & verbo, locatio,* & alij, quos referens sequitur P. Augustin. Barbos. *in d.cap.querelam,n.6.*

Quinimò successor in beneficio potest vicarium expellere à suo prædecessore constitutum pro Missis ibi cantandis, & diuinis officiis celebrandis: Abbas *in cap. extirpanda, §. quoniam vero, de prabend. n.1.* facit, Bald. *in d.l.emptorem,C.de locat.col.2.ad medium,* quatenus firmat illam legem procedere in Prælato, qui colonum expellere potest; ac proinde successor in beneficio, seu dignitate potest expellere vicarium temporalem; secùs si fuerit perpetuus: per text. *in cap.ad hæc,de officio vicar.* & Panorm. *ibi,n.1.* Cald. Pereira *de emption cap.16.num.5 & 21.*

Ex dictis pari ratione deducitur quando succes- 17.
sor in dignitate teneatur stare locationis: is namque si succedat in dignitate per electionem, quia illa de

nouo

nouo creatur, non tenetur stare. ita Purp. *cons.* 424. *num.* 4. & præsertim *num.* 9. si autem dignitas defertur per successionem, sicut est Marchionatus, in quo succeditur seruato ordine primogenituræ, successor non potest recedere à locatione antecessoris, quamuis non sit eius hæres, quia contractus Principis obligat etiam successorem: *cap.* 1. *de probation & cap. Abbate sane, de re iudic.* Bartol. *in l. prohibere, § plane, ff. quod vi, aut clam,* & in propriis terminis consuluit Purpur. *supra d. cons.* 424. & idem confirmat *in cons.* 429. vbi obiectiones diluit.

Nihilominus hæc, vt iacent, claudicant; quia si loquamur de dignitatibus Ecclesiasticis locantibus redditus suos nomine proprio in suam vtilitatem, successores non tenentur persistere: secùs si nomine Ecclesiæ contrahant, & pecunia inde accepta in vtilitatem Ecclesiæ conuertatur: ita resoluunt plures relati à Cened. *ad decretal. collectan.* 76. *num.* 5. quibus adde Michaël. Graff. *tom.* 1. *commun. opinion. lib.* 4. *tit.* 45. *num.* 40. Aloizius *supra*, Cardin. Tusc. *verbo, locatio, conclus.* 419. Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 5. *tit.* 13. *num.* 21. Quaranta *in summa Bullar. verbo, alienatio rerum Ecclesiæ, num.* 19 Cald. Pereir. *quæst. forens lib.* 2. *quæst.* 32. P. Molin. *de instit. tract.* 2. *disp.* 492. *vers quod denique*, P. Rebellus *de obligat. iust. parte* 2. *lib.* 14. *quæst.* 11. *num.* 17. August. Barbos. *de officio & potest. Episcop part.* 3. *allegation.* 94. *num.* 1. vbi *num. sequentib.* multipliciter limitat, & declarat supradictam resolutionem. Quod etiam ostenditur aliter in successore maioratus, qui stare colono non cogitur, vt diximus; & sequitur Cald. Pereira *de emptione cap.* 26. *num.* 49. & 50. qui per successionem possidet maioriam.

Et quamuis doctissimus Gonçal. Valasc. Pinto *in l. vnum ex familia, §.* 1. *ff. de legat.* 2. in successore maioratus contrariam sequatur sententiam, ex eo quoniam maioratus possessor necessariò transfert ius maioriæ in successorem, quare dicitur necessarius successor, qui tenetur stare colono; nihilominus non teneri stare, sed posse expellere colonum, est multo verius, ex ratione *cap. nuper. de donat. inter vir. & vxor.* ibi: *cùm regulariter nullus in alium plus iuris transferre possit, quam eum constet habere*: & ideò ne discedas ab hac opinione, quam sequuti sumus *supra num.* 11. cùm sit communissima in maioratu, in quo nec ius, nec dominium transfertur in successorem ex persona possessoris; quia in successorem nouum ius constituitur ex instituto, & ordinatione primi fundatoris: argumentu *l. vnum ex famil. §.* 2. *ff. de legat.* 2.

Quinta, & vltima conclusio. Succedens in vsufructu rei locatæ non tenetur stare locationi prædecessoris, secus si sit vsuarius. Prior pars ostenditur ex *l. arbores, § quicquid, vers. sed & ad exemplum, ff. de vsufruct. & ex l. si quis domum, § hic subiungit, ff. locat.* Roman. *in d. §. si vir, n.* 14. *in l. si filiofamil. ff. solut. matrim.* & Alex, *num.* 10. *ibi.* Cardin. Mantic. 1. *p de tacit. & ambig. lib.* 5. *tit.* 10. *num.* 5. & *num.* 16. Posterior probatur, eò quia habens vsum rei tantùm, tenetur stare locationi, aperto iure *l. si habitatio, §. si vsus fundi, ff. de vsu & habitation.* vbi id habetur expresse, quem casum dicit singularem Romanus *in d. l. filio famil. § si vir, num.* 13. *vers. fallit tertiò*: quod est obseruandum, quia vsufructuarius non tenetur stare locationi, quamuis plenum ius non consequatur: idem Cardin. Mantic. *supra num* 57. Vnde successor, qui non succedit in plenum ius, colono stare non cogitur; vt *in l. venditione, §. si quis fructus ff. de bon. auctor. iud. possid.* vbi hoc expresse tenet Zasius *num.* 4. Bartol. *in l. si filio, §. si vir. ff. solut. matrim num.* 1. Iason *in l. diuortio, n.* 34. *ff. eod.* Cald. Pereira *de emption. cap.* 26. *num.* 54.

DISPVTATIO XII.

De Pensionibus.

§. I.

De pensionibus soluendis ab emphyteuta domino directo; & à colonis, eisdem emphyteutis; & quando debeant solui?

EPITOME.

1. *Pensiones emphyteusis pertinent ad dominum directum, vel ad successorem in emphyteusi, non autem ad heredes emphyteutæ, si decedat fructibus pendentibus.*
2. *Pensiones quomodo sint diuidendæ pro rata temporis, vel non inter successores emphyteusis.*
3. *Pensiones rerum vsusfructus ad quem pertineant mortuo vsufructuario?*
4. *Pensiones soluendi tempus consideratur quando successor debet stare colono, alias nullo modo.*
5. *Obligatio soluendi pensionem, & actio ad illam percipiendam incipit currere à tempore celebrati contractus, ex actio autem, finito tempore.*
6. *Pensiones rerum locatarum spectant ad venditorem, non vt ipse exigat, sed vt cedat actionem emptori vt illas exigat a colonis.*
7. *Emphyteuta præsumitur soluisse semper si per tres annos proximos ostendit soluisse.*
8. *Plures quando sunt emphyteutæ; quid si vnus ex pluribus non soluat suam particularem pensionem.*
9. *Possessores tenentur soluere tallia, & tributa pro annis etiam quibus non fuerunt in possessione.*
10. *Tributa & decimæ sunt onera realia, & afficiunt eum, qui prædia retinet.*
11. *Pensione non constituta recurrendum est ad pensionem consuetam solui pro fundo locato.*
12. *Emphyteuta potest conueniri pro pensionibus præteritis, potest tamen agere contra heredes prædecessoris.*
13. *Emphyteuta qui expellitur propter canonem non solutum, tenetur vltra soluere pensiones decursas lapsi temporis; & quid si incidat arbores fructiferas.*
14. *Emphyteuta qui malè versatur in parte, & in parte rem meliorauit, an possit opponere compensationem?*
15. *Pensiones an probari debeant per scripturam quòd sint solutæ?*
16. *Pensiones quomodo debeant augeri quando fit renouatio?*
17. *Pensiones quando debeant solui, in principio, ne, an in fine?*

IN primis constat emphyteosim finiri si pensio non soluitur transacto triennio, vel biennio, etiamsi specialiter non sit expressum; quia hoc 1.
à lege sancitum est: ita vt si emphyteusis sit priuata, seu secularis, ipso iure emphyteuta priuetur si per triennium non soluat: *l.* 2. *post princip. C. de iur. emphyt.* si autem sit Ecclesiastica, ipso iure excluditur transacto biennio si pensionem non soluerit: *cap. potuit, de locat. §. scire, in Authent. de non alien. & Authent. qui rem, C. de sacros. Eccles.* etiamsi tale pactum

non

non sit expressum: Salycet. in d. l. 2. C. de iur. emphyt. n. 1. & Iason n. 4. & est communis.

Idem procedit, quamuis emphyteusis sit perpetua; quia intelligitur perpetua donec pensio soluatur: l. 1. §. 1. si ager vectigal. vel emphyt. pet. §. adeo, Instit. de locat. Atque ita si pensio non soluatur debito tempore, emphyteusis finitur: Bero. conf. 118. num. 4. lib. 1. Quod adeò verum videtur, vt si Romanus Pontifex aliud rescribat, adhuc debet soluere, si non tamen soluerit cadat à iure suo, eò quia non valet rescriptum, quòd emphyteuta non soluendo non incidat in Commissum; vt notat Bald. in l si à te, num. 1. vers. & nota, C. de pact. inter empt. & vend. Iacob. à Sancto Georg. in Authent. qui rem, num. 118. vers. non tamen valeret, C. de sacros. Eccles. Decius in c. 1. n. 4. de consuet. & in l. cùm tempus, n. 8. de regul. iur.

Dicitur autem non valere rescriptum, non quidem ex defectu potestatis, summus namque Pontifex in bonis Ecclesiæ supremam habet potestatem, & administrationem; cap bona rei, 12. quæst. 2. c. 2. de prabend. lib. 6. Abbas in cap. constitutus, num. 6. de rescript. Felin. in cap. qua in Ecclesiarum, num. 60. de constitution. sed dicitur tale rescriptum non valere ex defectu voluntatis; quia aliquando importunis precibus, & inuerecunda petentium inhiatione, ita Princeps vrgetur, vt concedat, nullo modo concedenda: l. 2. C. de petit. bon. sublat. lib. 10. & ideò hoc procedit quando rescriptum est concessum in forma communi: Bald. in princip. dict. l. si à te, ff. de pact. inter emptor. & vendit.

Nihilominus hoc non tollit, quòd fieri nequeat pactum, vt emphyteuta non priuetur propter canonem non solutum; quia si fiat expressè pactum, ne res propter canonem non solutum incidat in Commissum, valebit; ita Lucas de Pen. & Ioan. de Platea, quos referens sequitur Cardin. Mantic. de tacit. & ambig. tom. 2. lib. 22. tit. 27. num. 52. subdens emphyteuta propter pensionem non solutam priuari non posse, si emphyteusis concessa sit à Principe, l. si fundi, C. de fund. patrimon. lib. 11.

Sed pensiones emphyteusis ad quem pertineant, ad dominum directum, vel ad successorem in emphyteusi; quando ipse moritur, fructibus pendentibus? Responsio sit pertinere ad successorem in emphyteusi, vel ad dominum directum, si ad ipsum deuoluatur emphyteusis, non autem ad hæredes emphyteutæ: ita tradit Speculator tit. de emphyteus. n. 19. quem refert ac sequitur Alex. in l. diuortio, num. 4. ff. solut. matrim. dum sentiunt emphyteutam regulandum esse in hoc casu sicut regulatur vsufructuarius, qui si moriatur fructibus pendentibus omnes pensiones competunt domino directo; per text. in l. defuncta, ff. de vsufruct. Probatur, quia mortuo vsufructuario vsufructus consolidatur cum proprietate, & ideò fructus ad dominum pertinent; ergo mortuo emphyteuta, & emphyteusi finita, vtile dominium cum directo dominio, & cum proprietate consolidatur: Iason in l. 1. num. 110. C. de iur. emphyt. & ex consequenti fructus pendentes pertinent ad dominum. Si autem non deuoluatur emphyteusis ad dominum directum, sed ad successorem; ad illum pensiones spectant, non autem ad hæredes emphyteutæ; si ipse moriatur fructibus pendentibus: Barbos. in l. diuortio, 2. p. num. 19. ff. solut. matrim. Valasc. de partition. cap. 31. ex num. 7. & 12. Hæredes tamen emphyteutæ expensas factas in fructibus possunt consequi, illisque debentur; iuxta regul. l. fructus, 7. ff. eod. Idem Barbos. supra n. 21.

Cur autem non debeantur pensiones ad hæredes, ex eo constat, quia fructus ad illos non pertinent, ita etiam nec pensiones, quia cùm fructus non percipiuntur, nisi in parte certa anni, ideò in illis attenditur tempus perceptionis: dicuntur autem fructus percepti, si sint à solo separati, & resecati, quamuis non sint reconditi in horrea, nec in eius potestate: idem Valasc. cap. 31 supra num. 11. & cap. 36. num. eodem. Gutier. in quæstion. Canon. lib. 2. cap. 3. n. 4. Gama decis. 309. n. 6. & decis. 346 pag. 2. Couarr. 1. variar. c. 15. num. 12.

2. Porrò si fructus sint partim pendentes, & partim sint à solo separati; percepti, ad hæredes fructuarij; pendentes ad proprietatium pertinebunt: §. is vero, Instit. de rer. diuis. Barbos. supra num. 19. Et quamuis videatur posse fieri diuisionem fructuum, aut pensionum inter hæredes emphyteutæ, & dominum directum, aut successorem, consideratis laboribus, & sumptibus factis ab emphyteuta, & insuper attento tempore, quo vixit; nihilominus hoc sulùm concludit tales sumptus, & labores hæredibus emphyteutæ esse soluendos, quia in fructibus semper sunt deducendi sumptus: per l. fundus, qui, ff. famil. ercisc. non propterea inter illos, fructus sunt diuidendi.

3. Ambigi potest, cui debeantur pensiones rerum vsusfructus, mortuo vsufructuario? Respondetur primò fructus post mortem vsufructuarij collectos, iam pertinere ad eius hæredes, vt dictum est, pendentes tamen etiamsi collectioni proximos indistinctè domino deberi. Respondetur secundò eandem distinctionem in pensionibus esse faciendam; per l. defuncta fructuaria, ff. de vsufructu. Vnde si vsufructuarius diem suum claudat fructibus iam à solo separatis per colonos, pensionem esse soluendam ipsius hæredibus, quamuis moriatur antequam veniat dies soluendi pensionem: secùs si decedat pendentibus adhuc fructibus: text. in l si fur. 14 ff de vsufruct. Auendan. respons. 5 a num. 5. Gutiet. Canon c. 33. num. 20. vbi pensiones tradunt esse considerandas sicut fructus; & quod disponitur in fructibus, in pensionibus est obseruandum: l. mercedes, 32. ff. de petition. hæred. l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis caution.

4. Illud etiam aduerte, quando successor tenetur stare colono, esse inspiciendum tempus soluendi pensiones, & non tempus quo fructus percipiuntur; aliàs verò minimè: ita Bartol. in l. Valerius, 4. Tribonio, ff. de iur. fisci. vbi id tradit quando tenetur stare colono successor. Quòd si non teneatur stare vt feudatarius, & alij similes, l si quis domum, §. 1. ff locati; tunc enim attenditur tempus fructuum collectorum, ratione quorum pensio debetur: Valasc. in praxi, cap. 32. num. 10. col. 3.

5. Quando autem incipiat obligatio pensionis, & actio ad illam, colligitur ex l si à colono ff. de fideiuss. & ex l sed addes, §. si quis cum in annum, vbi Bartol. ff. locati, tradit incipere vtramque in ipso tempore celebrationis contractus locationis: exactionem autem pensionis oriri in fine temporis. Bald. Imol. & Iason in dict. l. diuortio, Valasc. supra cap. 32. num. 5.

6. Quid ergo de pensionibus, quas quis habet in re sua locata, quam postea vendidit, vel reliquit, seu dedit alicui? Dico primò pensiones venire sub nomine fructuum, quamuis aliquando impropriè; vt probat text. in d. l. diuortio, dum de vinea locata loquitur, & ibi Glossa, Iason ibi num. 8. licet num. 9. dicat quòd propriè non sint fructus. Dico secundò pensiones rei locatæ, & postea venditæ, seu relictæ competere venditori, non vt venditor exigat, sed vt actionem emptori aduersus colonos cedat, cùm text. in l. fin. in fin ff. de iur. ... videatur apertè probare actionem ex locato ipso pertinere ad emptorem, qui nihil ex traxit cum colono vt possit exigere, & agere ad tales pensiones, ideò talis actio non potuit competere

competere, neque transferri in emptorem, nisi per cessionem venditoris: *l. possessio quoque, §. fin. ff. de acquir. possess.* Valasc. *in praxi cap.* 28. *num.* 12. *ad fin.*

7. Verùm emphyteuta præsumatur solnisse semper pensionem, si probet soluisse tribus annis proximè decursis? Pars affirmans placet ex Gloss. *in l.* 2. *C. de iur. emphyt.* dicente probata solutione pro tribus annis proximè præteritis præsumi emphyteutam soluisse pro toto tempore decurso, nisi contrarium ostendatur: Bald. *in cap. litera, ad fin. de dilat.* Speculat. *tit. de locat. §. nunc aliqua, vers.* 26. Ancharan. *in cap. potuit. de locat.* Quod habet locum quando per tres annos proximè decursos singulo anno esset facta solutio pensionis; secùs quando vno anno tantùm esset facta solutio pro tribus annis proximè decursis: ita Iason *in dict. l.* 2. *C. de iur emphyt.* Bald. *in l.* 2. *C. de dot. promiss.* Quæ resolutio procedit in simplici colono, vel conductore: Bald. *in d. cap. litere, de dilat. ad fin.* Angel *in §. scire autem, ad fin in Authent. de non alien.* & in censuario: Gigas *de pensionib. quæst.* 81. *per totam,* Anton. Gomes. *de contract lib. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 4. *& in l.* 68. *Tauri,* vbi ait, si conductor ostendat schedulam, vel apocham, qua probet se soluisse per tres annus proximè continuos, videri omnibus aliis retrò soluisse. Probatur ex text *in l. quicunque, C. de apoch public lib.* 10. quem text. Bartol. *ibi* & communiter Doctores appellant mirabilem, & Salycet. *in l.* 2. *C. de iur. emphyt.* vocat singularem: & quamuis lex illa loquatur de emphyteuta Reipublicæ, idem dicendum est de emphyteuta priuato, vel censuario, seu colono; vt volunt Angel. & Iason *in d. l.* 2. *C. de iur. emphyt. num.* 170. dummodò vnaquæque schedula sit facta de per se, pro quolibet anno; secùs verò si vna sola pro omnibus tribus scribatur: sic Bald. *in d. l.* 2. *C. de dot promiss.* quem sequitur Gomes. *in d. l.* 68. *n.* 5 *ad fin.* Molin *tom.* 2. *disp.* 497. §. 1.

8. Illud etiam excuti potest, an quando vnus ex pluribus hæredibus, ad quos emphyteusis deducitur, non præstat partem suam pensionis, deuoluatur tota ad dominium directum? Pars affirmans probatur ex Glossa *in l. communi diuidundo, in princip. in verbo, confundetur, ff. commun. diuid.* vbi dicitur delictum vnius cæteris nocere; & expressè tradit Bartol. *in l. fraudati, ff. de public. vectig.* delictum vnius scilicet ex successoribus inducere amissionem totius emphyteusis: idem sentit Ripa *in l.* 4. *§. Cato, num.* 44. *ff. de verbor obligat.* Gam. *decis.* 268. *num.* 5. Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst.* 8. *num.* 13. Roland. *cons.* 17. *num* 16. *vol.* 2. post plures *ibi* relatos, qui cum communi dicunt, relictis pluribus hæredibus, si vnus non soluat partem suam, omnes contraxisse caducitatem: sequitur P. Molin. *tom.* 2. *disp.* 453. *§. dubium est, fol.* 1282. P. Azor. 3. *part. lib.* 10. *cap.* 7. subdit, ne omnes cadant in Commissum teneri reliquus satisfacere pro non soluente, illúmque posse postea conuenire pro parte ab eis soluta. Probatur hæc resolutio ex eo quòd in contractibus stricti iuris, qualis est emphyteusis, *§. actionum, Instit. de actionibus,* si vnus ex hæredibus contra fecerit aduersùs id, quod cautum est, omnes puniuntur pro portione hæreditaria: secundùm *l.* 4. *§. Cato, de verbor obligat.* Quocirca, si vnus ex hæredibus non soluat suam partialem præstationem, tota emphyteusis proprietario est adiudicanda. Hæc sententia est probabilis, sed opposita est probabilior, vbi obligatio soluendi pensionem inter hæredes diuiditur pro hæreditariis portionibus: *l.* 2. *§.* 1. *& in l. in executione, §. prima species. de verbor. obligat. & l. pacto successorum, C. de pact.* proinde qui non soluit pensionem, debet contrahere caducitatem, quia quando obligatio soluendi est diuidua, non est à ratione alienum, quòd obligatio pro hæreditariis pensionibus diuidatur inter hæredes: *l.* 2. *C. de hered. action.*

Neque obstat si dicas pœnam committi in totum, nisi quantitas tota soluatur; *l. stipulationum,* 2. *§ vlt. & l. in executione, §. penult. de verb. obligat. & l. heredes, §. idem iuris, ff. famil ercisc.* ergo vno non soluente ex hæredibus in omnes cadit pœna priuationis: Quia hæc iura procedunt secundùm pœnam conuentionalem, sed nos sumus in casu pœnæ legalis; vt apparet *ex cap. potuit, de locat. & conduct. & ex l.* 2. *C. de iur. emphyt.* & eam legalem appellat Gloss. *in l. communi diuidundo, supra in princ. verbo, confundetur*; atque ità mitius agitur cum lege, quàm cum homine, vt dicitur *in l. Celsus, ff. de arbitr.* Vnde non sunt puniendi, qui soluunt suam partem, nec delictum vnius cæteris debet præiudicare: *l. vlt. ff. ad Sylla. l. sancimus, C de pœn* & hæc pœna à lege est inducta, quando nullum pactum conuentum est; *d. l.* 2. *§. sin autem, C. de iur. emphyt.* Accedit, quia ex æquitate debent potiùs restringi pœnæ, quàm extendi, *l. interpretatione, ff. de pœnis*; ac proinde quod statutum est in pœna conuentionali, ad legalem pœnam non potest trahi; neque ad conuentionem fictam, *l.* 3. *§. hæc verba, ff. de negot. gest.* quia quod est per fictionem tale, non est propriè tale: *l. lege Cornelia, in fin. ff. de testam. l.* 2. *ff. de vsufr. ear. rerum quæ vsu consum.* Neque hæc pœna legalis potest dici conuentionalis fictè, cùm sit à lege inducta; nec fictio est admittenda vbi non subit æquitas: *l. denique, cum l. sequent. ex quibus caus. maior.* & cessante æquitate naturali, non habet locum fictio: Bart. *in l. si is qui pro emptore, num.* 2. *& 69. de vsucap.* Angel. *cons.* 42. *n.* 2. Vnde non est trahenda pœna conuentionalis ad conuentionem fictam, cùm ex æquitate sint pœnæ contrahendæ, spectata differentia inter pœnam conuentionem, & legalem: nam quando pœna est conuentionalis, si tota pensio non soluatur, censetur conditio adimpleta, & consequenter in totum pœnalis stipulatio committi debet: Secùs in pœna legali, sicuti est in nostro casu; quia nulla irrogatur iniuria creditori, si pœna exerceatur in eu, qui non soluit partem suam, & regulariter pœna suos non egreditur authores, *l. sancimus, C. de pœnis.* Item, quia conditio, quæ in pœna conuentionali est expressa, est indiuisa, & non potest diuidi, *l. cui fundus, & l. qui duobus, de condit. & demonstrat.* proinde omnes debet comprehendere: secùs in pœna legali, quæ non excedit, neque delictum, neque egreditur delinquentem: ita Bartol. *in d. §. Cato, n.* 15. *in* 8 *oppos. vers. respondeo istud.* Quæ opinio est omninò verior, maximè vbi emphyteusis solet per regiones realiter diuidi, vt est in regione Interamnensi, circa ripam fluminis Minij.

Quòd si priori opinioni velis adhærere, eam poteris restringere quando hæres, qui suam portionem præstitit, bona fide credidit reliquos soluisse, & ipsũ non posse agere contra non soluentem, quia non sit soluendo; non enim æquum, & iustum videtur quòd ipse cadat à iure suo: ita Socin. iun. *in d. §. Cato, n.* 95. & à fortiori non cadet soluens à iure suo, si aliquis ex cohæredibus non soluat, quando diuisio facta fuit ex consuetudine tolerata, vel auctoritate proprietarij; quia in hoc euentu, qui non soluit, ipse duntaxat contrahit caducitatem: sic Afflict. *decis.* 153. *à n.* 5. secùs si diuisio fiat irrequisito proprietario inter cohæredes, quia tunc quisque illorum est obligatus ad totam pensionem præstãdam; per *l. communi diuidundo in princ. ff. commun. diuidund.* Denique prior opinio est omninò sequẽda quando in acquisitione emphyteutica expresè conuentum fuit vt pensio ab hæredibus simul in totũ, & non per partes præstet proprietario; ideò pacto ac conuentioni standũ est; *l.* 1. *C. de iur. emphyt.* Albet. *in d. l. cõmuni diuidũdo, n.* 2. *in fi* 4, vers.

vers. & hanc opinionem, ff. commun. diniduud. sublato verò tali pacto, ait *in d.l.communi*, non cadere in Commissum, nisi eum qui non soluit; & hanc esse communem opinionem, teste Iul.Clar. *§.emphyteusis, quæst.8.num.3.ad fin.*& probatur ex traditis à Valasc. *de partition.cap.25.num.36.* vbi ait si vnus ex hæredibus emphyteutæ alienet partem suam inconsulto proprietario, modò sit in possessiune illius, eámque tradat emptori, cadere in Cummissum pro parte illa dontaxat, sic alienata, & pro rata illius, qui sic alienauit, post plores, quos ibi referens sequitur, quibos accedit Iul.Clar. *verbo emphyteusis q.13.ad fin.* cùm pœna ipsius Commissi sit legalis,& introducta per *l. fin.C. de iur.emphyt.*& constar ex l. Regia *lib.4. Ordin.tit.38.§.1.*idcò delinquentem duntaxat punit, secundùm *l.fraudati, § fin ff.de publican.*vbi Valasc.de hæredibus emphyteutæ loquitur. Oppositum tamen tradis de ipso emphyteuta alienante partem rei emphyteuticæ, dicens hunc cadere in totum à iure suo, quia cùm sit emphyteuta pleno iure, ac in totum, offendendo dominum in venditione partis censeri offendere in totum: sed fallitur, quia offensa non fuit nisi pro parte rei alienatæ, ac proinde non consideratur nisi respectu partis: idcircò sola pars alienata amittenda est, vt est communis, Iul. Clar. *vbi supra*, Bald.*in cap.1. §.aut si libellario,n.1. ad fin.in vers.secundo qua ratione,quib.mod.feud.amitt.*Riminal. sen.*cons.419.n.50.* Iason *in l.vlt.C.de iur.emphyt.n.25.* Tiraq.*de retract.lign.§.23.gloss.1.n.25.*Aldobr.*cons.110. n.22.lib.1.*& de æquitate canonica ita sentit Alex.*cons. 99. ad fin.,vers. in hoc saltem est verum, lib.5.* dum ait hoc esse verum in Ecclesiastica emphyteusi quamuis contrarium defendat Natta *cons.479.*& alij. Sed nostra opinio est æquior, & benignior, quia pœna non transcendit metam delicti,& in ea parte in qua nulla fuit culpa, pœna non debet habere locum; *l.alienatum,de verbor signif.* Caldas Pereira *de extinct.c.5.n. 58.& c.9.n.1.*licet contrarium tradat *n.7.n.15.& 19.* de rigore iuris ciuilis: sed de iure canonico vera est opposita doctrina; vt volt Mantica *tom.2.tit.28.n.13. lib.22.*& pro hac parte sæpe iudicatum fuit in Senatu Portucensi: quibus consentit Petr. Barbos. *in l.diuortio,§.fin p.2.num.41.ff.solut.matrim.*& alter Barbos. Vimarens.*in remission.ad ordinat.reg.lib.4.tit.38.n.31.*

9. Quid de possessoribus emphyteusis quoad tributa,& tallia soluenda? Dicendum est successores in re emphyteutica non solùm teneri soluere tributa, & collectas, seu tallia pro annis, quibus possident, sed etiam pro quibus non fuerunt in possessione; textus cum Glossa *in l. Imperatores*, & Romanus *ibi, ff. de publican. & vectigal.* per hæc verba: *ipsa prædia, non personas conueniri*: imò melius Afflict.*decis.95.*& text. *in l.5.§.fin.ff.de censib.*ibi: *ob tributa præteriti temporis.* Ratio, quia est indubitatum prædia,& res ipsas emphyteuticas pro his oneribus, & tributis in ipsis rebus repertis obligatas esse quibusdam tacitis hypothecis. Nihilominus hoc procedit siue tributa sint magna, siue exigua: Bald.& Angel.*in l.hactenus, ff. de vsufructu*,& bene probat *d.l hactenus*, dum circa refectionem distinguit inter magnam, & modicam non tamen in stipendio,& tributis. Iuuat etiam generalitas textus *in l.2. C.hoc titul.*ibi: *publicarum functionum.* Quinimò hoc extenditur ad tributa, quamuis emphyteota soluat magnam pensionem domino: Fulgos.& Angel.*in d.l.hactenus*, Alex.*cons.4. lib.5.* & rursus *cons.35.lib.4.*non enim propter magnam pensionem desinit quis esse verus emphyteuta, vt ait Valasc.*de iur.emphyt.q.1.n.8.*Item hæc resolutio procedit non solùm in tributis, & oneribus antiquis ante emphyteusim constitutam, sed etiam in tributis impositis de nouo post eam; text.& *ibi* Bartol. *in l.quæro,ff.de vsufruct. legat.* ibi: *idem iuris esse in iis speciebus, quæ postea inducuntur.* Sequitur Afflict.*cap.1. §.præterea ducatus, num.57.de prohib. feud.alien.per Federic.* probat multis argumentis idem Garc. *de expens.cap.11.num.18.*

Quare cùm hæc onera sint realia afficiunt ipsa prædia, & transeunt ad successorem ex regula *d. l. Imperatores*, & ex consequenti, pro oneribus soluendis prædia censentur tacitè hypothecata; *l. 1. C.si prop public.pensi.* Et non solùm prædia ipsa tributaria, sed etiam omnia bona debentis tributum pro eo obligata sunt. Atque ita teste Valasco *de iur. emphyt. quæst.17.num.10.& 21.*pro hac parte fuit iudicatum. Iuuat Garci. *de expensis, in d.cap.11. à num.54. & sequentibus.* Successores autem si conuenti obligentur onera præterita, & decursa soluere, possunt ab illis, qui non soluerunt, vel ab eius hæredibus recuperare: Garci.*de expens.cap.11.num.51.* Similiter successor in beneficio tenetur soluere iura Episcopalia, etiam pro annis decursis; quibus prædecessor collegit fructus, secundùm Cardinalem *in Clement. 1. de cens. quæst.11.*Valasc.*de iur.emphyt.quæst.17.n.18.* Gaspard. Roderic. *de redditib. annuis, lib.2. quæst.9.n.51.* Cald. Pereir.*de extinct.cap.4. num.26. cum sequent.* Quo argumento Feder.*cons.31.* & Scribentes *in cap pastoralis, de decimis*, idem volunt in decimis prædialibus, quia sunt onus reale afficiens ipsa prædia,& sequuntur possessiones, & possessores, vt per Baptistam Costam *de portione rata, quæst.149. n.11.* Franc.Marc. *Delphin.decis.345. num.5. & 6. vol.1.* Camill.Borrel. *in summa omnium decis.tit.19. num 63.* & ideò possessor fundi pro decimis præteritis conueniri potest: Capic.*decis.10. à num.26.* Vincent. de Franch. *decis. 107. num.11.* Azor. *p.1.lib.7. cap. 24. quæst.2. vers. quæres*,& præcipuè *quæst.18.* P. Soares *de relig. tom.1. tract.2. cap.38. num.8.* Erit tamen in optione Ecclesiæ conuenire quem velit, nouum, an antiquum prædij possessorem: August.Barbos.*in cap.tua,de decim. num.13.* vbi de hac re multis *ibi* relatis id resoluit.

Ad hæc quæri potest, an teneatur emphyteuta soluere collectas deducta priùs pensione, quam domino soluit, vel detractis aliis expensis antequam soluat decimas: Responsio sit, teneri soluere onera rebus imposita, nec non imposita personis pro rebus, vt sunt collectæ, ad quæ omnia emphyteuta tenetur: 10.
Bald.& Angel.*in d.l hactenus*, Bartol. *in l.quæro, ff.de vsufruct. legat.* Imò tenetur soluere etiam futura quæ durante emphyteusi imponuntur, nisi aliquid extraordinariè iniungatur ad aliquid concernens perpetuam vtilitatem rei emphyteuticæ; tunc enim tenetur proprietarius contribuere: quòd si aliquid imponeretur subditis pro quantitate, & valore bonum cuiusque; in eo euentu teneretur soluere emphyteuta tantum, quantum detracta pensione, aut pensionis onere, valeret vtile dominium; pro reliquis autem teneretur soluere proprietarius ad quem spectat. Concinit similitudo pensionarij,& titularij, seu Rectoris beneficij, vt is teneatur ad decimam Papalem, & charitatiua subsidia pro rata fructuum; ille autem pro rata suę pensionis: Caccialup.*de pensionib. q.17.*Gigas *q.38.& 39.*Valasc.*de iur.emphyt.q.17.n.8. & 9.*Molin.*tom.2.de iustit.disp.456. vers.quod verò attinet*,& Garci. *de expens.c.11. ex num.56.* vbi *num.57.* concludit fructuarium si pensionem soluat, pensionarium pro rata suæ pensionis, teneri collectas soluere, & ita vnusquisque tenebitur soluere secundùm emolumentum fructus: simile erit in emphyteuta, & domino, qui canonem percipit, vt notat Lucas de Pen.*in l.vnic. C.de imponend. lucrat. description.lib.10.*

Ex quo infertur quæstiuncula an emphyteuta debeat collectari nō deducendo impensas propter pen-

sionem, de qua diximus? Et commonius sit, deductis omnibus aliis impensis, collectam fieri debere: ita Bald. *l.1.col.1. vers modo accidit, C de fructib. & lit. expens.* Felin. *in cap ad nostram, col 2. de iureiur.* Garci. *de expens. cap.1. num.20.* & Gaspar. Baëça *tract. de decim. tutor. cap.29. num.1.* Secùs de decimis prædialibus, quæ iure diuino debentur, quæ soluuntur non deductis impensis: *cap. tua nobis, de decim.* ibi: *non quidem deductis sumptibus.* quod etiam probat *cap cum homines, 7. eodem tit.* nimirum esse soluendas decimas prædiales, non deductis expensis, vt per Tiraquel. *de retract. lignag. §.1 5 gloss 1. num* 10. Rebuff. *de decim. quæst.11.num.13.* P. Soar. *de religios. tom.1 tract.2.cap.35. num* 4. P. Lessius *de iustit. lib.2. cap.39. de decim dub.3. num.16.* Monet. *de decim. cap.6. quæst.4. num.28.* vbi *num.29.* ampliat ad decimas mixtas, & *num.30.* concludit nec semina esse deducenda ex prædialibus decimis, & alij, quos referens sequitur P. August. Barbos. *in d cap. cum homines, num.2. & in cap. tua nobis, num.2.* multis *ibi* relatis, *& n.3. & 4.* & probatur ex text. *ibi* dicente, decimam reddere sine diminutione priusquam ex fructibus deducantur expensæ, tributa, census, aut vlla alia debita, vt per Couar. *variar. lib.1. cap.17. num.13.* Cald. Pereira *de emption. cap.9. num.7.*] nec decima denegari potest propter sterilitatem, vt vult Rebuff. *de decim. q. vltim. num.22.* Monet. *supra, cap.8 num.62.*

Quòd si contingat in locatione, seu in contractu emphyteutico non constitui pensionem, an sit recurrendum ad pensionem consuetam solui? Pars affirmans est sequenda ex eo quòd consuetudo sit lex, vt *in §. ex non scripto, Instit. de iur. natur.* & contrahentes censeantur contrahere, & cum legibus, & consuetudinibus se conformare; vt per Bartol. *in l. vt iurisiurandi, § si liberi, num.4. ff. de oper libert l si duo,* vbi Bald. *ff. de acquir. hæred.* iuuat lex Regia *lib.2. tit.5.* vbi iubet iudicandum secundùm morem, & stylum probatum: Valasc. *consultat.146 num.9 & 10.*

Ex dictis non sequitur in locatione ad decennium, & vniuersim in contractu emphyteutico, finito contractu, si proprietarius sciens emphyteutam patiatur persistere, & non auferat ab eo prædiũ emphyteuticum, censeri prorogasse contractum emphyteuticum in esse emphyteutici contractus; eò quia prorogatio ex tacito consensu solùm est per annum. Item quia nullus consensus, siue tacitus, siue expressus, non sufficit ad prorogandum emphyteuticum contractum in esse emphyteutici contractus, quoniam de substantia huius contractus, aut omninò, aut maxima ex parte necessaria est scriptura: P. Molin *tom.2. disp.447.* & Gregor. Lop. *l.20. verbo, entiendesse, tit.8. p.5.*

An verò censeatur prorogatus contractus in esse locationis per annum, si prædium emphyteuticum sit rusticum? Gregor. Lopes *vbi proximè* inclinat prorogari. Negandum tamen est cum Anton. Gomes. *tom.2. variar. c.3. num.16.* & cum Valasc. *de iur. emphyt. q.20. n.20:* quia prorogatio est contractus præcedentis, atque adeò in nouam partem contractus eiusdem rationis, & speciei cum præcedente, non autem in contractum alterius speciei: in euentibus tamen, in quibus ex tacito consensu contrahentium prorogatio locationis datur, censetur facta locatio pro eadem menstrua, aut annua pensione, quæ in primo contractu fuerat constituta; & ideò eodem modo cum eisdem pignoribus, hypothecis, pœnis, & aliis, constitutis est soluenda, quæ fuerunt apposita in prima locatione; dummodò non pendeant à voluntate tertij: tunc enim non censentur apposita in prorogatione, nisi accedente nouo consensu illius tertij: argumento fideiussoris, in primo contractu, qui non censetur obligatus in prorogatione contractus, nisi accedente nouo consensu illius, vt habetur *in l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati,* & est communis, quam Anton. Gomes. *variar. cap.3. num.17.* refert ac sequitur, *de locat.*

An verò nouus emphyteuta possit conueniri pro pensionibus præteritis, & an possit agere contra hæredes prædecessoris pro solutione pensionum præteritarum? Dubitationis est: hac de re *supra, disp.10. §.3. num.18.* dictum est; cui adde sine dubio receptum esse, posse dominum directum pro præteritis pensionibus nouum emphyteutam conuenire: per text. *in l. Imperatores, ff. de publican.* ipsum verò emphyteutam posse agere contra hæredes prædecessoris, qui pensionem soluere tenebantur: atque ita fuisse iudicatum refert Cabed. *1 p. decis.149. num.4. & 5.*

Emphyteuta tamen, qui expellitur à domino propter pensionem non solutam, tenetur vltra soluere pensiones decursas lapsi temporis, etiamsi remoueatur propter deteriorамenta, quæ tenetur resarcire: vt etiam habetur *in Authent. qui rem,* & Decius *ibi, C. de sacros. Eccles num.13.* quòd autem possit expelli propter deteriorаmenta, tradit Cyn. *in dict. Authent. qui rem,* post Salycet. & Paul. de Castr. & alios, quos refert ac sequitur Decius *vbi supra, num.5.*

Item emphyteuta Ecclesiæ propter deteriorationes rei expelli potest, & idem est in emphyteuta 13.
priuati, seu seculari, quia est eadem ratio; vt ait Cyn. *in d. Authent. qui rem, quæst.3.* post Paul. Castr. & Decium *vbi supra,* & ideò qui incidit arbores fructiferas potest expelli; vt notat Bartol. *in l. in fraudem, §. conductor, ff. de iur. fisc. & in l. diuortio, §. si fundum, in finem. ff. solut. matrim.* Idem concludit Castrens. in vsufructuario, *supra.*

Ambigitur tamen an emphyteuta, qui malè ver-
satus est in vna parte, eámque reddit deteriorem, & 14.
in altera parte rem meliorauit, an possit opponere compensationem, vt excusetur à caducitate? Negat Doctissimus Crauet. *in cons.30. ex n.1. lib.2.* dum ait expressè, dolum, aut fraudem fructuarij in vna re, nocere illi quoad omnes; & Calistrat. *de vsufruct. lib.1. c.14. n.10. & sequent.* & ideò satis est quòd vsufructuarius qui in parte fundum deteriorauit, vt cadat ab vsufructu: nec refert quòd in parte meliorauit vt excusetur; non enim habetur ratio meliorationis, vt post alios notat expressè Paul. de Mont. Pic. *in l Titia cum testamento, §. Titia cum nuberet. ff. de legat.2. sub q.36. n.133.* Vnde emphyteuta, qui partim deteriorauit, & partim meliorauit non potest opponere compensationem meliorationis ad excusandum se à Commisso: sequitur Iason *in cons.17. dub.2. lib.1. & in Authent. qui rem, C. de sacros. Eccles. n.8.* & *ibidem* Cagnol *n.43.* Roland. *in cons.49. n.16. vol.2.* & Autel. Corbul. *tract de caus. ex quib. emphyt. iure suo priuatur, caus.13. n 14. fol.70.* Barbat. etiam *in cons.36. col.8. & 9. lib.1.* vbi tradit conducentem plures res, si vnam malè tractet, priuari omnibus: Baëça sequitur *de decim. tutor. præstand c.13. n.13.* Natta *in cons.481. n.20. vol.3.* Chassancos *in consuetudinibus Burgund. rubric.4. §.6. n.16.*

Confirmatur hæc doctrina, quia si ob deteriorationem, aut dolum in parte commissum; vsufructuarius duntaxat priuaretur parte deteriorata, & ipsa adiudicaretur proprietario, talis sententia noceret ipsi proprietario, consequendo culpâ fructuarij rem deterioratam, melioratis rebus penes fructuarium culposum manentibus: quare rationi, & iuri conforme est, vt reliquas etiam melioratas, vnà cum deterioribus obtineat proprietarius: quod in emphyteusi probant expressè Berous *in cons.120. num.34. vol.1.* Autel. Corbul. *tract. de caus ex quib. emphyteuta iure suo priuatur, caus.13., num.11. fol.70.* vbi volunt

emphyteutam,qui promisit vti emphyteosi arbitrio boni viri propter leuem deteriorationem; aut incidens paocas arbotes,cadete à iure suo;quia promisit arbitrio boni viri vti,& sic leuiter etiam deteriorans non dicitur vti arbitrio boni viri.

Sequitur dicendum an probari debeat per scri-
15. pturam, qoòd pensiones sint solutæ? Affirmat Aymon. Sauillian. *conf.* 112. *n.* 8. argumeoto ademphyteusim,ad quam necessaria est sctiptota: sed hæc illatio, & consequentia non subsistit; quia aliud est probare solutiones pensionum, aliod verò ipsum contractom emphyteuticum, & ideò emphyteuta iustè potest probare solutionem pensionum per testes, quia solutio pensionis oon est de essentia contractus,dummodò pensio non excedat quantitatem, quæ requirat scriptutam, qualis est pensio excedens sexaginta millia,vt apud oos dispooitot *lib.* 3. *tit.* 59. *per totum*,, præsertim *ad* §.14. vbi Barbos. *in remission.* multis *ibi* relatis.

Accedit circa pensiones qoando debeant solui,in principióne,an in exitu anni? Dicendum est,quamuis pensio solui debeat in fine anni,Glossa *in l.defuncta, ff. de vsufruct.* soluendam esse, prout fuerit consuetudo, quia tacitè videtor inesse, quod intelligitur quando non exprimitur.Quòd si non appateat quid actum sit,vel solitum sit, debet solui in fine temporis,hoc est in fine anni,seo temporis; quia quod minimum est,sequimur:*l. semper in obscuris,& l. semper in stipulationibus, de regul.iur.* Gloss. vltim *in l.* 3. *C. de locat. & conduct.* Si verò pensio in singulos annos sit distributa, quælibet pensio debet solui in fine cuiuslibet anni:nam tot censentur locationes, quot sunt pensiones, argumento *l. scire debemus,& l. pluribus*, §. 1. *de verbor. obligat.* ita Bartol. *in l. si seruus communis manij, & castrensis peculij*, §. *vltim. num* 3. *de stipul. seru.* quamuis *n.* 7. dixerit locationem esse vnam,& præstationes plures,quando ex parte locatoris nihil est quod impleatur, qood personæ illius cohæreat, vt est in locatione domus. Nihilominus plures esse locationes etiam vult Salicet. *in d.l.* 3. *n.* 7. *C. de locat. & conduct.* Quomodo autem sit augenda pensio in renouatione emphyteusis; dicam *infra disp.* 14. §. 4.

---

§. II.

Quomodo sit facienda diuisio pensionum inter hæredes defuncti, & nouum successorem?

EPITOME.

1. *Fructus percepti ad quem pertineant, ad proprietariúmne,an ad successorem,dictum est §.præcedenti, in princip. n.* 1. *& hic n.* 2. *&* 3.
2. *Fructus rerum dotalium pertinent ad maritum pro rata temporis,quo sustinuit matrimonium.*
3. *Dominus, seu successor percipiens fructus tenetur soluere defuncti haredibus expensas, & quid veniat nomine expensarum.*
4. *Quomodo sit facienda diuisio si pensionarius decedat nondum collectis fructibus?*
5. *Fructus beneficij collecti ad heredes defuncti, nondum collecti ad successorem.*
6. *Defuncti beneficiarij heredes tenemur soluere seruienti in beneficio quantum sufficiat.*
7. *Fructus beneficij sunt diuidendi pro rata secundum diuisionem traditam in l. diuortio.*
8. *Quomodo sit facienda diuisio quando beneficium vacat per resignationem.*
9. *Beneficium per resignationem censetur vacare à tempore Data.*
10. *Quoad fructus à die præstiti consensus pertinent ad resignatarium.*
11. *Resignans conditionaliter potest exercere omnia, & administrare Sacramenta vt antea donec possessio capiatur.*
12. *Fructus beneficij secundum aliquos non debentur nisi à die possessionis.*
13. *Resignatarius potest post receptas literas recipere omnes fructus ante illas perceptos.*
14. *Resignans conditionaliter potest obire omnia vt antea.*
15. *Vicarius Episcopi post reuocationem non intimatam potest suo officio fungi.*

QVoad primam qoæstionem satisfactum fuit §. 1.
præcedenti, vers. sed pensiones, n. 1. Porrò fructus 2.
rerum dotalium tradendi sunt marito pro rata temporis, qoo sustinuit onera matrimonij, & quo stetit matrimonium, & quo solutum est matrimonium: proinde soluto matrimooio froctus illius anoi pro rata temporis pertinent ad maritum: reliqui ad hæredes vxoris; ita Scribentes, maximè Alexand. Iason, & Imola *in l. diuortio, ff. solut. matr.* Primos tamen annus incipit ab eo puncto, qno celebratur matrimonium,& dos traditor marito, per text. *in d.l. diuortio, in princip.* ibi: *non ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit*, & ibi Iason, *n.* 3. & Ayro. *de partition.* 1 *p. cap.* 9. *n.* 7. deductis expeosis à marito factis illo anno, vt *in d. l. diuortio, & l.* 26. *tit.* 11 *p.* 4. Gomes *l.* 53. *Taur. num.* 33. *vers. hodie:* Campegius *de dot.* 1. *p. quæst.* 19. *& sequent.* Gutier. *in Canonic. lib.* 1. *cap.* 33. *num.* 14. quia fructus dotis propter onera matrimonij præstantur. Seruandus est tameo ordo qoando fit diuisio fructuum rerom dotaliom inter maritum,& vxotem, quòd ante omnia detrahantur impendia facta gratiâ ipsorum froctuum, siue ea facta sint ab vxore tantùm, vel à marito tantùm, vel ab vtroque simul: Petrus Barbos. *in l. fructus*, 7. *ff. solut. matrim. num.* 6. 7. & 8. *& sequentib.*

Dicuntur autem expensæ factæ in gratiam colli- 3.
gendorum froctuum omnes sumptus, qui fiunt ad colligendos fructus,& quilibet possessor potest illos deducere: Garcias *de expens. c.* 1. *n.* 11. *&* 12. Dominicos *cons.* 85. *n.* 4. per text. *in l. si a domino*, §. *fin. ff. de petit. hared.* ac subinde potest fructus retinere, quousque soluantur somptus; *d. l. fundus qui, ff. famil. ercisc.* quinimo etiam deduci debent expensæ factæ pro custodia necessaria vt froctus integri percipiantur, quoniam hi sumptus etiam dicuntur facti gratia fructuum conseroandorum, ideò ex fructibus sunt deducendi: per text. *in d. l. si a domino*, §. *fin. ff. de petit. hared. in verbo, conseruandor.* adiuncta Gloss. Vnde colligitur sumptus factos ad fructuum custodiam, & conseruationem,dum non sunt conditi in horreum, sed sunt pendentes in agro, videri factos gratia fructuum, provt deducitur ex Garsia *de expensis, d. n.* 12. & in specie Barbos. *in d. l. fructus, ff. solut. matrim. n.* 14. *&* 15. vbi ait, si custodiatur vinea, seu fondus, quòd timeatur ab hostibus occupari, tunc sumptus in eâ custodia factos, non esse deducendos; quia ea custodia potiùs fit ad defendeodam rei substantiam, quàm fructuum gratia; vt bene probat *Extrauag.* 1. *vers. in soluend. de decim. inter communes:* subiungens denique, quamuis nullas expensas fecisset in fundo, seo vinea custodiendis, sed propria persona fundũ custodiuit, posse sub nomine impensarũ operas suas deducere, si solitus erat eas locare, quia conducta aliorum iodustria expensas facere, idẽ est atque suo labore fundũ, vel vineam excolere: vt tradunt Tiraq. *lib.* 1. *retract.*

§.

§. 15. *gloss.* 1. *n.* 30. Couar. *lib.* 1. *variar. c.* 3. *n.* 5. Baëça *de decim. tutor. c.* 2. *n.* 28. *&* *c.* 21. *n.* 25. siquidem, & malæ fidei possessor id quoque imputer, & repetat: sic Bald. & Salycet. *in l. si quis sciens, C. de rei vendicat.* idem Bald. *in l. Ædem, col.* 3. *vers. sed nunquid colonus, C. de locat.* addit colonum, qui propter non solutam pensionem maturis fructibus expellitur, posse repetere huiusmodi operarum suarum stipendium: Tiraquel. *vbi proximè, n.* 30. *&* 31. Garcias *citatus n.* 14. 15. *&* 16. vbi de hoc plenè: Barbos. *supra, n.* 15. qui omnes excipiunt non fieri deductionem expensarum gratia fructuum in solutione decimarum, quia *ibi* fructus intelliguntur non deductis expensis: *c. tua nobis, de decim.* vt dictum est *supra §. præcedenti*, quæ decima est soluenda ante mercedem, pensionem, vectigal, & censum, imò ante tributum, & collectam.

4. Accedit illa difficilis quæstio, quomodo scilicet facienda sit diuisio, si pensionarius moriatur antequam beneficiarius colligat fructus? Prima opinio tradit, si pēsionarius decedat ante collectos fructus, nihil transmittere ad hæredes; secùs si post illos collectos moriatur, etiamsi dies soluendæ pensionis nondum venerit: ita Gigas *de pension. q.* 53. quia de pensione ad vsumfructum valet argumentum. Secunda opinio est Rebuffi *de pacific. possessor. n.* 130. *in antiqua editione, & in noua, n.* 148. dicentis si pensionarius moriatur ineunte anno, transmittere ad hæredes totam pensionem sibi pro eo anno debitam; quia pensio pro alimentis conceditur iuxta clausulam, Vt commodè sustentari valeas: atqui alimenta in principio anni præstanda sunt: igitur pensio ad hæredes transmittitur: maximè quia debitum annuum in principio soluendum est.

Resolutio sit. Cùm pensio pro alimentis concedatur, & loco eorum tribuatur, diuidenda est pro anni rata inter beneficiarium, & hæredes pensionarij. Ratio est, quia alimenta solùm debentur pro tempore, quo alimentandus est apud viuos, *l. cùm hi, §. vltim. vers. constat. ff. de transaction.* esse verò ita diuidendam pro rata anni inter hæredes defuncti, & beneficiarium tradunt Couar. *lib.* 1. *variar. c.* 15. *n.* 13. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 49. *n.* 101. Molin. *de primog. lib.* 3. *c.* 11. *n.* 40. Alter Molin. *de iustit. tom.* 3. *disp.* 635. *n.* 8. Gutier. *lib.* 1. *Canon. cap.* 33. *n.* 9. *cum sequentib.* Zechius *de Republic. Eccles. tit. de benefic. n.* 11. *ad fin.* Valasc. *de partition. c.* 36. *n.* 19. addit Molin. *de primog. d. c.* 11. *n.* 4. hanc partem esse vsu receptam in forensibus controuersiis. Proinde pensio Ecclesiastica vltimi anni, quo pensionarius obiit, pro rata soluenda est ipsius hæredibus pro eo tempore, quo pensionarius illo anno vixit; siue pensio soluatur in quantitate pecuniæ certa, siue in quota fructuum, veluti in tertia, vel quarta parte.

Nihilominus verius puto, non esse soluendam pensionem pro rata temporis, quo vixit pensionarius, sed diuidendam esse pensionem, si dies soluendæ pensionis cedat viuo pensionario, tunc enim pensionem transmitti ad hæredes defuncti, siue fructus beneficij sint collecti, siue non: quòd si decedat antequam dies soluendæ pensionis accedat, nihil defuncti hæredibus relinquendum: quæ resolutio fundatur in stylo Curiæ præcipientis dimidiam pensionem esse soluendam Natalitiis Sancti Ioannis Baptistæ, & alteram dimidiam Natalitiis Christi domini: & probatur *ex cons.* Roman. 388. & ex Gig. *q.* 51. dicentiom *ibi* pensiones assignari pro alimentis, & pro sustentatione; idcircò sicut alimenta morte alimentandi finiuntur, sic pensio, si non accedat dies soluendæ pensionis, non potest transire ad hæredes pensionarij pro tempore decurso post mortem illius: *l. cum pæfinitione, ff. quando dies legat. cedat*, quod de stylo Curiæ seruandum est. Vnde si pensionarius diem claudat ante festum Sancti Ioannis Baptistæ, nihil lucrabitur eius hæres: si verò post, lucrabitur dimidiam pensionem. Idem dicendum, si moriatur ante, vel post Natalitia Domini, & pro hac resolutione stant Nauarr. *in Apologia de redditib.* 2. *q. monit.* 16. vbi asserit id seruari de stylo Curiæ, Barbos. s. *p. l. diuortio, ff. solut. matrim. n.* 42. *&* 41. Gutier. *d. c.* 33. *n.* 35. addens *ibi* quāuis pensiones assignentur ad commodiorem sustentationem quasi in alimenta, non esse tamen verè alimenta illius naturæ, cuius sunt ea, de quibus in titulo *de aliment. & cibar. legat.*

Prior pars huius resolutionis de iure communi procedit: posterior verò de stylo Curiæ, cui omnino standum est, vt tradit Gutier *d. n.* 35. Sarmient. *in sua defension. libell. de redditib. Eccles.* 2. *p. monit.* 16. Barbos. *vbi proximè*, Valasc. *de partition. d. c.* 36. *n.* 21. maximè cùm stylus Curiæ his iuris principiis nitatur, & consonum sit rationi, teste Barbos. & Valasc. *vbi proximè*: quibus accedit Ioann. Orosci. *in l. de quibus, n.* 27. *ff. de leg.* firmans consuetudinem Romanæ Curiæ apud Hispanos esse seruandam.

Vnde non est audiendus Garcias *de benefic. p.* 2. *c.* 1. *n.* 116. dicens sibi non videri solitam huius styli comprobationem; & quamuis fateatur pensionem adinstar alimentorum, non esse transmittendam ad hæredes; nihilominus diem solutioni præfixum non impedire, quin saltem pro rata termini dies cedat, & possit pensio ad hæredes transire si pensionarius decedat antequam dies solutionis accedat: sed hoc intellige de iure communi, & secundùm terminos nostræ resolutionis: at secùs de stylo Curiæ, cui standum esse diximus; atque ita decedens ante terminum solutioni destinatum, nihil transmitti ad hæredes, vt citati Doctores tradunt; quibus accedit Castil. *de vsufruct. lib.* 1. *cap.* 79. *n.* 11. à fortiori etiam dicendum est pensionarium non esse æquiparandum vsufructuario, vt minùs benè opinatus est Gigas *de pension. q.* 53. & Caccialup. *de pension. q.* 25 dicentes si fructus, super quibus pensio fuit imposita, sunt iam collecti, transire ad hæredes defuncti; secùs si non sint collecti: quòd si pars est separata à solo, & pars solo cohæret, transmitti ad hæredes pro rata fructuum perceptorum duntaxat. Multo minus est admittenda sententia Gambari *de officio delegat. lib.* 6. existimantis *q.* 24. *& sequent. à n.* 562. pensionem nondum solutam post diem etiam solutioni addictum non pertinere ad hæredes defuncti; quia quamuis fructus sint percepti, cùm adhuc pensio non fuerit soluta, nec de ea sit dispositum ante obitum pensionarij, post eius mortem remanebit pensio successori in beneficio; non verò pensionarij hæredibus: quia cùm sint bona Ecclesiastica, in illis non succeditur iure sanguinis, sed ad successorem in beneficio pertinent: iuxta id quod habetur *in c. præsenti, de officio Ordinar. in* 6. Quod quantum aberret à vero, patebit intuenti.

De fructibus verò beneficiorum diuidendis inter hæredes defuncti, & inter nouum successorem, communis opinio est fructus collectos pertinere ad hæredes, colligendos verò ad successorem; & in hoc seruanda est regula *l. defuncta. ff. de vsufruct.* non verò *l. diuortio, ff. solut. matrim.* secundùm quam fit diuisio pro rata inter vxorem superstitem, & hæredes mariti: pro qua communi opinione facit *l. si vsufructuarius, ff. quibus mod. vsusfructus amittat. l. si in singulos, in fin. ff. de ann. legat.* Quæ resolutio est communis teste Castro *in d. l. diuortio*, idem censent Scribentes *in cap. si propter, de rescript. in* 6. *verbo. primi anni, & in cap. præsenti, verbo. reseruari, de officio Ordinar. in* 6. docentes fructus beneficij acquisitos transmitti ad hæredes: quam fatetur etiam communem Alberic. *in d. l. diuortio, n.* 12. & alios referens Cou. *lib.* 1. 5.

*variar.cap.*15.*num.*12.Nauarr.*in Apologia de redditib. Eccles.quæst.*2 *monit.*13. *per totum*,vbi ait esse seruandam in praxi,præter quàm in Episcopis, Abbatibus, & Prioribus conuentualibus.

6. Quod si inferas ex obseruantia huius doctrinæ posse contingere, vt beneficiarius deseruiat beneficio parochiali per medium fermè annum absque vllo commodo, nimiùm, si post fructus omninò perceptos succedat in parochia? Responde antecessorem teneri illi soluere,quantum satis sit ad honestam ipsius sustentationem: ita Nauar. *supra*, Valasc. *de partition cap.*36. *num.*8. & refert Gotier. *d cap.*33. *num.*3. Barbos. *in d.l.diuortio,num* 58. ex Nauarr. *in d. monito*, 13. *ad fin.* vbi dicit quòd successor Ecclesiæ parochialis cùi antecessor seruiuit, & nullis fructibus perceptis decessit, defuncti hæredibus teneri restituere, quantum stipendium defuncto pro seruitio Ecclesiæ debebatur ad suam honestam sustentationem, iuxta dispositionem *l. secundùm naturam, ff. de regul.iur.*

7. Quidquid tamen repugnet Barbosa *in d. num.* 58. tradatque *vers. ex his igitur*, hanc communem opinionem esse veriorem, quæ regulatur secundùm *d. l. defuncta, ff de vsufruct.* Mihi tamen magis placet opinio, quæ docet fructus beneficij collectus,& colligendos pro rata anni,quo beneficiarius obiit, esse diuidendos secundùm quod habetur *in d. l. diuortio*, de marito: quæ resolutio est grauissimorum Iurisperitorum, videlicet Conar. *d lib.*1. *variar.cap.*15.*n.*21. Molinæ *de primog.lib.*3.*cap.*11 *num.*4. asserentis se vidisse hanc receptam apud Tribunalia forensia: sequitur Gutier. *lib.*1. *Canon.cap.*33. *num.*9. & 10. Sarmient. *de redditib. Eccles.lib.*4.*cap.*6 *num* 13.& multo fortius *in defension prædict. tract.* 2. *q monit.*13. affirmantes ita passim obseruari in Hispania: quibus adhærent Bero. *cons.*23. *num* 7. Auendan. *respons.*5.*n.*1. *concl.*1. Valasc. *de partition cap.*36.*n.*9. & vbi tradit id ex constitutione Synodali 20. §. *vltim* in Eborensi diœcesi seruari. Eandem decisionem probant,& amplectùtur P.Molina *de instit tom.*3.*disp.*635.*n.*7.& Zechius *de benefic.& pension.c.*13. *n.*8. *vers. ex his* quamuis dicat contrariam esse iuri conformiorem, & hanc solùm vocet æquam, *sub n.*11. *de republic. Eccles tit.de benefic.* Hanc tamen nostram vocat Flamin. *de confident.q.*35.*n.*49. receptiorem, & *lib.*1.*de resignat. q.*6.*n.*79. valde probat: sequitur Zerol. *in praxi Episcopali,*1.*p.verbo,beneficium,*§ 6.& 2.*p.verbo,renuntiatio,*§.2. Castill. *de vsufruct.cap.*79. subditque Zerola *d.* §. 6. se illam vidisse practicari: & in Episcopatu Abulensi, & Archiepiscopatu Cæsaraugustano per synodales constitutiones obseruatur: & probatur primò ratione, quia beneficium datur propter officium, & seruitium Ecclesiæ, *cap cùm secundùm Apostolicum,de prabend.cap fin.de rescript.in* 6. etiam propter onera, quæ subeunt in administrandis Sacramentis, sicut dos propter onera matrimonij, *l. pro oneribus,C. de iur. dot.* Igitur inducenda est decisio,& diuisio *l.diuortio*, in hac opinione; sicut in matrimonio putant Doctores *citati*; cùm etiam suo modo beneficiarius sit dominus fructuum. Secundò probatur, quia vt colligitur apertè ex *c. fin* §. *porrò, de officio Ordinar.lib.*6. fructus Ecclesiastici deputantur ad sustinenda onera per annum totum, donec alij percipiantur: atqui inter onera connumerantur stipendia ministris Ecclesiasticis debita; igitur dicendum est fructus esse diuidendos secundùm regulam *l. diuortio, ff. solut. matrimon.* Tertiò ostenditur, quia si fructus non diuidantur pro rata inter hæredes defuncti, & nouum successorem, sequeretur quòd collectis fructibus,& vindemia facta si Parochus obierit, & ineunte mense Octobris succedat alter, isque decedat exacto mense Aprilis, quo mense nulli adhuc fructus extant, nec sunt percepti, sequeretur inquam, si communem opinionem amplectamur, deseruire illum per tot menses beneficio, & nullam inde percepisse commoditatem; quod non est dicendum: proinde sicut fructus dotis propter onera matrimonij sustinenda, marito præstari solent; illisque fruitur pro rata temporis, quo durat matrimonium; sic etiam diximus redditus Ecclesiasticos esse beneficiariis destinatos pro oneribus sustinendis totius ni: Gutier. *citat.n.*15.

Nihilominùs per hanc nostram sententiam non tollitur seruandam esse consuetudinem regionis, & secundùm illam esse fructus pro rata temporis diuidendos, vel reseruandos successori; vt tradunt Barbos. *in d.l.diuortio,num.*58. *ad fin.* Gutier. *d.c.*33. *n.*13. Valasc *supra,c.*36.*n.*12. subdens ex *constitutione* 20.§. 2. *Vlissiponensis diœcesis*, sic decidi quæstionem, nempe si moriatur post Natalitia Sancti Ioannis Baptistæ vsque ad Natalitia Christi Domini, posse disponere de mediis fructibus, reseruata integra altera medietate nouo successori: quòd si contingat mori post domini natalitia,& ante festum Beati Ioannis non posse disponere de fructibus, neque de illis sibi, neque hæredibus quicquã acquisiuisse: sicut etiam seruatur in Commendatariis ordinum Militarium ex statuto Ordinum. Nam quando Commendatarius emoritur ante festum Sancti Ioannis, hæredes illius ex fructibus nihil acquirunt, sed integri reseruantur successori. Contra verò si decedat post Natalitia ipsius, omnes fructus pertinent ad hæredes defuncti: ita Barbos *supra,num.*59. quod non habet locum in Præceptoriis, quæ vacant ex resignatione: Gama *decis.* 528. *à num.*2.

Huic quæstioni affinis est illa, quomodo sit facienda partitio fructuum, quando beneficia vacant per resignationem? In qua dubitatione inuenies sex opiniones apud Ceuall. *in commun. contra commun. quæst.* 161. *à num.* 39. Omissis igitur aliquibus; Dico primò, etiamsi secundùm aliquos post admissam resignationem à Superiore, resignans omne ius in beneficio competens amittat, simúlque & fructus ab eo tempore ad successorem pertineant; vt tradit Barbos. *in d.l.diuortio. ff. solut.matrim. n.*45. & priuetur titulo Canonico habito vsque ad illud tempus à se ipso: *cap post translationem.vers.rursus de renuntiat.*& recipiens fructus teneatur illos restituere: Glossa *in cap.duo sunt,verbo proprietatem,ad fin.*12. *q.*1. Garcia *de benefic.*2.*p cap.*1. *n.*126. limitanda est huiusmodi resolutio in permutatione, vbi reperitur mutua resignatio, proinde à die Datæ vnusquisque desinit acquirere fructus sui beneficij à se resignati, nullo habito respectu ad ignorantiam, vel scientiam resignationis admissæ: vt ait Garcias *citatus, num.*137. nec obstat quod tradit Flamin. *de resignat. lib.*1.*q.*6.*n.*38. quem sequitur Zech. *de benefic.& pension. cap.*13. *num.*8. dicens quòd à die præstiti consensus,& non a die Datæ, resignantem amittere fructus suos, quia consensus trahitur retrò ad tempus Datæ, teste ipso Flamin. *d.lib.*1. *q.* 12. *n.* 19. & *lib.*2. *q.*3.*num.*42.& *lib.*3.*q.*8.*n.*8. & 10. & *lib.*8.*q.*7.*n.*108. 8.

Quocirca intelligenda est resolutio secundùm Flamin. *d.lib.*1. *quæst.*4. *a num.*18. & *q.* 6. *num.*68. *ad n.*74 *cum sequent.* in omni resignatione conditionali, & in fauorem, etiam in forma *dignum*, atqui ita purificata conditione censetur per resignationem vacare beneficium à tempore datæ; & resoluit Rota *in antiquis, decis.*2.*de renuntiation.*& teste Garcia *citat. n.*130. fuit resolutum 28. *April* 1597. *coram Illustrissimo Pamphilio*, quòd facta resignatione in fauorem alterius in forma *dignum*, non vacat beneficium per obitum resignantis, etiamsi resignans decesserit ante approbationem resignatarij, quia per gratiam in for- 9.

ma

ma *dignum*, vel mandatum du prouidendo de certo beneficio iu fauorem certæ personæ, dicitur illi acquisitum ius ad rem; quod facit, vt alteri conferri non possit; & tale, quod cedit, & resignari potest: Ita Rota. Confirmat Flamin. *de resignat lib.8 quæst.7. num* 108. vbi ait per resignationem receptam, vacare beneficium ex persona resignantis, & consensum postea præstitum retrotrahi ad diem Datæ, vt sæpe fuit resolutum in Rota teste Cassador. *decis.2. de renuntiat.* & Caputaq. *decis.71. lib.1.*

10. Sed verius, & tutius puto quoad fructus à die præstiti consensus pertinere ad resignatarium; ita iudicasse fatetur Flamin. *in quadam causa Monteregalis, lib.1. quæst.6. num* 38. post Hieronym. Gabriel. *cons.192. num. 5. & sequent.* quia in resignationibus correspectiuis, ac conditionalibus considerandum est tempus præstiti consensus, qui requiritur pro forma: vt Scribentes *in cap. cum vniuersorum, de rer. permutat.* Item quia vsque ad diem præstiti consensus potest resignans pœnitere: Bursat. *cons.393. vol.4.* & non dicitur perfecta resignatio, nisi post præstitum consensum: Puteus *decis.106. lib.3.* & praxis obseruat, & consequenter ab illo die spectant fructus ad resignatarium, & vsque ad illum diem ad resignantem, quia tunc fit, verè dominus resignatarius; cùm sint accessorij ad dominium: *l.1. ff. de condict. indebit. l. indebiti*; cum *ibi* notat. *ff. eodem*, & apud omnes certum est in omni contractu regulariter fructus deberi ab articulo, quo transfertur dominium: vt habetur *in l. fructus, de rei vendicat. l. traditionibus, C. de pact.* & ante diem præstiti consensus non erat resignatarius verè dominus, cùm resignans adhoc poterat pœnitere, & resilire à contractu: at post datum formaliter consensum iam non poterat pœnitere, cùm ius, & titulum à se abdicauerat irreuocabiliter, & desierat possidere ciuiliter saltem, & ex tunc translatum esset ius irreuocabile in resignatarium, ac proinde illi ex eo puncto acquiruntur beneficiales prouentus.

Ex quibus patet quid dicendum ad eos, qui putant fructus deberi resignatario à tempore Datæ, vt credit ipsemet Flamin. *lib.1. quæst.6. num.37.* & Samient. *in regul de publicand. quæst.7. num.2.* quia resignans in istis correspectiuis resignationibus, etiamsi videatur ab se abdicare ius, & titulum, adhuc potest pœnitere ante consensum formalem, qui extenditur post admissam resignationem: ideò ante consensum istum dicitur abdicare, & transferre titulum & ius reuocabiliter, non verò irreuocabiliter; nec resignatarius dicitur plenum ius in beneficio acquisiuisse, nisi post præstitum consensum; & hinc omnes fructus facit suos, etiamsi post litteras expeditas, possessionem non accepisset per aliquos menses: sic Hieronym. Gabriel. *d. cons.192. num.6. vol.1.* cùm sit omninò dominus resignatarius ab eo tempore, quo consensus fuit præstitus etiam ante captam possessionem: Alexand. *cons.121. num.6. vol.4.* post Geminian *num.2. in cap. si tibi, de prebend. lib.6.* & Franc. *ibi, num.7.* Nec refert quòd practica Cancellariæ, *§. Consultus, pagin.106.* dicat quandiu ignorauerit renuntians fuisse suam renuntiationem à Superiore admissam interim facere fructus suos, quia est in bona fide, non tamen eos facere, si sciuerit fuisse admissam, quia est in mala fide; quod in specie tradidit Rebuff. *in regul. de publicand. resignation. gloss.13. num.5. & in Concordatis, tit. de collat. §. volumus vero vacantia, ad fin. & in praxi tit. de simonia in resignatione, num. 42.* & Probus ad Monach. *cap.2. num.5. de renunciat. in 6.* ignorans enim propter bonam fidem facit fructus suos: Quia respondeo primò id non procedere sufficienter, nec satis esse quamcunque scientiam ad constituendum resignantem in mala fide per relationem, & literas missiuas; sed opus esse, quòd videat literas expeditas, & sic procedet sententia Rebuffi, quem sequitur Cæsar Ortneilus *cons. de redditib. num.* 80. vbi ait ad constituendum aliquem in mala fide non requiri intimationem literarum, sed satis esse si videat literas expeditas: vt declarat Garc. *d. cap. num.135. p.2.* Quinimò addit Rebuff. *cons. 22. num.19.* posse resignantem fructus percipere vsque ad notificationem resignationis factæ, eò quod potest præsumere Superiorem noluisse admittere resignationem, vel procuratorem ad resignandum constitutum noluisse resignare: Quod etiam Probus firmat *in additionib. ad Monachum, cap.2. num.30. de renunciation. lib.6.*

Sed dices adhuc, si hoc ita esset, quòd secundùm hos Doctores vsque ad notificationem resignationis potest resignans percipere fructus? Ergo etiam poterit insistere possessioni, & audire confessiones, & cætera administrare Sacramenta? Respondet Flamin. & benè *lib.1. quæst.7. num.9.* in resignatione conditionali posse resignantem incumbere possessioni, & omnia pertinentia ratione illius beneficij exercere, donec resignatarius capiat possessionem. Ratio, quia resignatarius non potest suscipere curam beneficij resignati, nisi post adeptam possessionem: Ne ergo Ecclesia sit destituta Parocho, potest resignans, vt antea, fungi officio suo: Rebuff. *in praxi, de simon. in resignat. num.27. & in tract. de nomination. quæst.14. num.157.* Rossiniac. *de benefic. cap.23. num.8.* & Franc. Marc. *quæst.49. in 2. part.* Nec enim ius abdicatur à resignante conditionaliter, nisi fuerit ius acquisitum cum effectu resignatario. Quæ resolutio est communis, & communiter recepta: secùs si renunciatio sit facta simpliciter, & absolute sine conditione; quia tunc renuncians simpliciter, statim perdit ius, nec potest insistere in possessione, à quo ea aufertur, & potest confestim ille, ad quem spectat collatio, conferre; vt probatur ex Concil. Trident. *cap.18. sess.24. de reformat.* Flamin. *d. quæst.7. à num.* 11 11. post alios.

Quod verò attinet ad fructus, poterit resignans dum persistit in possessione, eos percipere non sibi, sed resignatario, reseruato sibi honesto stipendio pro ratione seruitij impensi; vt benè notat Barbos. *in d. l. diuortio, num.58. ff. solut. matrim.* Nauarr. *de redditib. quæst.2. monit.13.* quibus adhæret Garc. *de benefic. 2. part. cap.1. num.157.* quia proprietario debentur fructus à tempore, quo transfertur dominium: *vt in d. l. fructus, ff. de rei vendicat. & l. traditionibus, C. de pact.* & à præstito consensu factus est resignatarius dominus: Archidiac. *in d. cap. si tibi, de prebend.* Atque ita resignans tenebitur restituere eos fructus à se perceptos resignatario, post acquisitum plenum ius, ac dominium: vt etiam sentit Hieronym. Gabriel. *d. cons.192. lib.11.* quale resignatarius dicitur acquisiuisse post præstitum consensum vtriusque in Cancellaria, vel in Camera; & per consequentiam ad resignatarium, tanquam ad dominum spectant fructus: *l. fructus, l. in fundo, l. non solum, §. meum, ff. de vsufruct.*

Fateor non deesse, qui teneant fructus non deberi resignatario, nisi à puncto captæ possessionis, inter 12. quos est Christophorus Rossiniac. *de benefic. cap.14. num.26.* & Rebuff. *cons.186. num. vltim.* sibi contrarius vt patet ex dictis. Sed hæc opinio potest procedere in illis præbendis, seu Canoniis, vbi fructus non consequuntur, nisi qui resident, & diuinis intersunt: Ratio, quia cùm resignans adhuc post consensum in Camera, seu Cancellaria præstitum, incumbat possessioni, & resideat, resignatarius verò minimè; rationi consonum est, vt fructus recuperet, qui vtique satisfacit: Garc. *d. cap.5. num.169.*

p. 2. Non tamen id habebit locum in resignatione facta in fauorem in forma *dignum*; quia licèt resignans possessioni insistat, & administret, donec constet de idoneitate resignatarij, non tamen inde sequitur facere fructus suos, sed eos percipere nomine resignatarij, solùm sibi reseruando honestam sustentationem pro ratione sui laboris, vt diximus: ita Hieronym. Gabriel. *d. conf.* 192. *lib.* 1. cùm possessio resignantis non sit absoluta, purificatisque conditionibus censetur facta resignatio à die præstiti consensus, à quo fructus pertinent ad resignatarium; nisi maluetis adhærere opinioni Rebuffi, *tit. de simonia in resignatione*, *num.* 41. *& in regul. de publicand. gloss.* 18. *num.* 7. *& de nomination. quæst.* 14. *num.* 157. dicentis resignantem facere fructus suos, maximè quando beneficium est curatum, & resignatur in forma *dignum*; donec sibi sunt intimatæ literæ expeditæ pro iure resignatarij, & consequenter antequam iudicetur habilis ab Officiali Episcopi persistere in possessione, retineréque titulum, esséque parochum legitimum, & omnia posse administrare sicut antea, saltem de consuetudine: quod etiam repetit idem Rebuff. *in Concordatis*, §. *volumus*, *tit. de collation. verbo*, *vacantia*, *in fine*, & Additio Rotæ *decis.* 4. *de renunciat. in nouis*, *verbo*, *proprietate*: Quod quamuis non putat verum doctissimus Barbos. *in d. l. diuortio*, *num.* 49. hanc tamen decisionem tanquam veram tradit Ceuall. *in commun. contra commun. quæst.* 561. *n.* 58. *&* 59. adhærens Rebuffo dicenti posse resignantem, dum resignatur beneficium in forma *dignum*, percipere fructus, donec sibi literæ expeditæ in fauorem resignatarij sint notificatæ, & resignatarius pro idoneo reputatus, & ad hoc tempus vsque semper titulum retinere, & esse verè parochum.

Quòd si resignatio fit in forma gratiosa, à tempore præstiti consensus fructus pertinent ad resignatarium, & sic fuisse iudicatum refert idem Ceuall. *quæst.* 561. *dict. num.* 58. *&* 59. Quare ab hac decisione tradit non esse recedendum in consulendo, & iudicando: quam opinionem puto probabilem: probabiliorem tamen, quæ tenet à die præstiti consensus fructus ad resignatarium pertinere, cùm purificatis conditionibus à die præstiti consensus resignatarius efficiatur dominus, etiam ante adeptam possessionem, & ex tunc ius beneficij transferatur in eum: pro qua sententia plures decisiones referuntur à Flamin. nec non rationes, *lib.* 1. *quæst.* 6. *à n.* 38. *vsque ad finem quæstionis*, quibus nostra confirmatur sententia.

13. Admissa verò hac tanquam veriore; dicendum est verum esse quod tradit Rebuff. *suprà*, non posse scilicet recipere fructus, nisi post receptas literas, resignatarium; sed hoc non tollit, quòd ei non competant fructus antea debiti. Ad secundam opinionem, quam sequitur Garci. *de benef.* 2. *part. cap.* 1. *num.* 126. post plures, quibus adhæret *ibi*; dico, vt iam dixi verum esse, quòd admissa per Superiorem resignatione, abdicari ius, ac dominium à resignante reuocabiliter ante consensum præstitum; sed post consensum, irreuocabiliter: Puteus *decis.* 106. ita fuit in Rota resolutum, quia is consensus extensus seu præstitus in Camera est formalis, & ante illum est locus pœnitendi partibus; post illum minimè: nec post illum si resignans decedat, vacat per obitum beneficium, sed per resignationem: Flamin. *de resignat. lib.* 10. *quæst.* 6. *num.* 59. Quòd si moriatur resignans post admissam resignationem, ante tamen consensum præstitum in Camera, secundùm communem opinionem, beneficium vacat per eius obitum: Puteus *decis.* 92. *num.* 6. *lib.* 2. Flamin. *lib.* 1. *de resignat. quæst.* 4. *num.* 42. Deinde multò minùs fatendum est consensum retrotrahi ad tempus Datæ, quia hic consensus est formalis in resignationibus conditionalibus, & cùm in istis requiratur pro forma, non trahitur actus retrò: vt tenet Bald. *in l.* 1. *sub num.* 1. *C. ad Macedon.* & Innocent. *in cap. dudum*, *de rebus Eccles. non alien. & in cap.* 1. *de eo qui duxit in matrimonium*: retrogreditur tamen, si resignatio fiat coram Papa simpliciter, aut coram Ordinario, vt est intelligendus Sarmient. *de publicand. quæst.* 7. *num* 2. *vers. Confirmat*; teste Paris. de Put. *d. quæst.* 6. *num.* 65. Nec quicquam refert quod à multis asseritur, nimirùm in acto conditionali ante purificatas conditiones, nullum ius acquiri: Quia verum est, quòd illis purificatis tribuatur vsque à principio, vt benè resoluit Staphil. *de liter. grati. de mandat. de prouid. in* 5. *forma*, *ad fin.* Sicut nihil vrget Rossinac. *de benefic. cap.* 14. *num.* 26. dicens deberi resignatario fructus à puncto captæ possessionis; Quoniam hoc non negat illi etiam deberi fructus à principio debitos, cùm ante captam possessionem iam resignatarius sit dominus beneficij: ita Archidiac. *in cap. si tibi*, *col.* 1. *de præbend. lib* 6. & *ibi* Franc. *num.* 7. Quod adeò verum est, vt si per resignatarium steterit, quòd post literas expeditas non capiat possessionem per aliquot menses; nihilominùs fructus eo medio tempore collecti, & colligendi post præstitum consensum spectabunt ad ipsum resignatarium: vt ait Gabriel. *d. conf.* 92. *vol.* 1. *num.* 6. sicut fructus tam pendentes, quàm futuri post perfectam venditionem pertinent ad emptorem: Tiraquell. *de retract. conuent.* §. 2. *gloss.* 1. *num.* 34. *cum sequent.* Molin. *de iustit. tom.* 2. *disp.* 368. *in princip.*

Denique restat sciendum, an parochus resignans possit administrare Sacramenta ouibus illius parochiæ post præstitum consensum, & literas expeditas, donec resignatarius capiat possessionem: Ex dictis deducitur posse in resignatione conditionali facta in fauorem. Ratio quia cùm resignatio sit conditionalis, conditio inest tacita vt non abdicetur ius à resignante, nisi resignatarius illud assequatur, nec dicitur ius plenè obtentum, nisi capta possessione; atque ita ante possessionem potest resignans administrare omnia: ita Christophorus Rossiniac. *de benefic. cap.* 14. *num.* 26. *& cap.* 23. *num* 10. Rebuff. *de simon. in resignat. num.* 27. *& num.* 31. *in praxi*: Neque resignatarius tenetur residere nisi à die captæ possessionis, quia ex tunc est verè beneficiatus. Decius *in cap. cùm omnes*, *num.* 6. *lectur.* 1. *de constit.* Marc. Anton. Marsil. *de redditib. Eccles. cap.* 10. *num.* 1. Idcircò sine possessione non potest resignatarius seruire beneficio: Flamin. *lib.* 1. *de resignat. quæst.* 10. *num.* 18. *cum sequent.* Item, quia quandiu quis toleratur in officio, potest administrare, *cap. vltim.* 8. *quæst.* 4. *cap. ad probandum*, *de re iudicat.* cùm hoc fiat saltem ex consuetudine propter communem fidelium vtilitatem, sicut dicitur valere gesta per excommunicatum etiam publicum, donec denuntietur ob fidelium cum eo participantium emolumentum: Sanchez *lib.* 3. *de matrim. disput.* 22. *à num.* 32. 14.

Nec obstat dicere resignantem carere titulo post præstitum consensum, & à fortiori post literas expeditas, ergo gesta per illum non sustinentur. Quia respondeo, quòd quamuis resignans sciat renuntiationem fuisse admissam, & consensum præstitum, adhuc tamen possit seruire Ecclesiæ, & esse valida per eum gesta; cùm in resignatione sua semper subsistat conditio postquam successor adueniat, qui Ecclesiam gubernet, & antequam adueniat posse possessioni incumbere, & omnia administrare: *l. meminisse. ff. de officio proconsulis*, *Authen. de administratorib.* §. *fin.* vbi ponitur ratio, *collat.* 7. Quæ iura, quamuis procedant in officio temporali, ab hoc ad spirituale fit transitus: argument. *cap. ne pro defectu*, *de election.*

Rebuff.

Rebuff. *in praxi, tit. de simon. in resignat. num.* 29. proinde nihil facit contra sciens iam habere successorem, si nondum est in possessione; præsertim quia successor non potest capere possessionem, nisi literis expeditis, & ostensis, & ante dictam possessionem resignans, vt antea sua vtetur iurisdictione ordinaria, ex ratione expressa *in d. l. meminisse, ff. de offic. proconsul.* Idem multò fortius est dicendum valere gesta per parochum, quamuis ille sciat consensum præstitum, & admissam resignationem irreuocabiliter, si hoc communiter ignoratur: nam secundùm *l. Barbarius, ff. de offic. prætor.* non attenditur scientia, aut ignorantia priuata, sed communis; quia Parochus ille habet iurisdictionem, illámque confert titulus præsumptus, dum adest communis error: Sanchez *de matrim. lib. 3. disput. 22. num.* 13. *&* 14. *&* 59. valent enim gesta per ipsum, etiam resignante conscio consensus præstiti, *per d. l. Barbarius.*

15. Quòd si resignans nesciat quid factum sit, quamuis non detur communis error, adhuc valent gesta per resignantem, donec resignanti intimetur se non posse administrare, *per l. si fortè* 17. *de officio præsid.* ibi: *Si fortè Præses prouinciæ manumiserit, vel tutorem dederit, priusquam cognouerit successorem aduenisse, erunt & hæc rata*: ita Lex. Quæ doctrina, vt iacet, negatur ab aliquibus apud Boetium, *decis.* 347. asserentibus omnia acta esse inualida post reuocationem Vicarij ab Episcopo factam, etiam Vicario non intimatam: quod non est dicendum cum Bartolo *in d. l. Barbarius, in 2. lectura, num.* 18. *ff. de officio prætor.* & *ibi*, Bald. 2. *lectur. num.* 28. docentibus iurisdictionem non adimi ignoranti: Gloss. *in d. l. si fortè, in verbo, cognouerit*, vbi ait iurisdictionem illius durare vsque ad aduentum successuris, ibi: *Vsque ad cuius aduentum durat eius iurisdictio.* Sequitur Boët. *ibi*, Selua *de benefic.* 2. *p. quæst.* 14. *num.* 13. Rebuff. *in praxi, tit. de forma Vicariatus, num.* 210. Roland. *cons.* 46. *num.* 28. *vol.* 1. Flamin. *de resignat. lib.* 7. *quæst.* 24. *num.* 41. & confirmatur à simili exemplo Vicarij Episcopi reuocati ab ipso Episcopo, qui antequam ei intimetur reuocatio, valent actus ab eo gesti, vt præcitati Doctores tradunt, quibus accedit Bettachin. *in repertorio, litera V.* Anton. Cucchus *lib.* 2. *Institut. maior. tit.* 8. *num.* 146. subdens benè, *num.* 149. necessariam esse reuocationis tunc intimationem, ne culpa Vicarij alius præiudicet: Contra aliquos, qui tenebant non esse necessarium fieri intimationem Vicario, quando ipse propter culpam reuocatur, quod non est dicendum: Non tamen sufficit qualiscunque notitia reuocationis, sed exigitur, quòd certior Vicarius reddatur de reuocatione per ipsum Episcopum, aut per eius Epistolam, aut per procuratorem, vel nuntium, ad id ab eo missum, aut ab alio fide digno, eius nomine: ita Boët. *d. decis.* 347. *à num.* 14. Cucchus *vbi proximè, num.* 147. Sanchez *d. disput.* 30. *num. vltim. & lib.* 1. *disput.* 6. *num.* 28.

DISPVTATIO XIII.

De Laudemio.

§. I.

De Laudemio, & pro quibus alienationibus debeatur?

EPITOME.

1 *Quid sit laudemium, & vnde dicatur, & de iure communi quæ sit quantitas?*
2 *Laudemium debetur directo domino, & nunquam censetur remissum.*
3 *Contractus præsumitur emphyteuticus ex solutione laudemij.*
4 *Laudemij præstatio est exhibitio quædam reuerentiæ ab emphyteuta domino facta, a qua non liberatur.*
5 *Potestas exigendi laudemium non est personalis, sed realis.*
6 *Laudemium, an sit soluendum vsufructuario, an proprietario?*
7 *Laudemium non debetur domino ex venditione facta, cum pacto legis commissoriæ, vel additionis in diem.*
8 *Laudemium an debeatur de alienatione necessaria, quando venduntur ædes ad ædificandum templum?*
9 *Quæ dicatur causa necessaria excusans à præstatione laudemij?*
10 *Laudemium debeatúrne, quando filia habens bona dotatur a patre de bonis emphyteuticis.*
11 *Laudemium an debeatur quando socer tradit genero emphyteusim æstimatam ea æstimatione, quæ facit emptionem?*
12 *Emptor an teneatur soluere laudemium, aut venditor?*
13 *An debeatur vnum laudemium ex venditione cum pacto retrouendendi, an duplex?*
14 *Dominus directus concedens facultatem alienandi emphyteutæ, non sibi nocet in sibi soluendo laudemio.*
15 *Laudemium an debeatur ex locatione ad longum tempus?*
16 *Laudemium an soluatur ex datione in solutum, quæstionis est?*
17 *Pars negans placet multis; sed affirmans magis placet, & num.* 18.
19 *Laudemium non debetur ex dotatione, aut donatione: notificabitur tamen dominus per donantem, & dotantem.*
20 *Debeatur ne laudemium de fructibus pendentibus, quando vinea simul cum fructibus alienatur?*
21 *Laudemium non debetur ex pretio promisso ab emptore, sed ex illo, quod venditor recipit, deducta gabella?*

BREVITER dicam de laudemio, quòd aliqui putant ita vocari à laudando domino directo, cui debetur, pro eo quòd nouum emphyteutam, seu emptorem ad emphyteusim admittit, & approbat; eò quia in iure idem est Laudare, quod Approbare: conceditur inquam, vt dominus nouum emphyteutam laudet, hoc est approbet, teste Bertucio *in Lexic. iuris, verbo, Laudare*: atqui ita dicitur potiùs laudemium ab approbatione facta à domino emptori, quàm à laudando domino. Quantitas soluenda domino, est quinquagesima pars pretij pro illa approbatione contractus: Alciatus *lib. 1. parergon, cap.* 45. *ad fin.* & de iure communi, vt *in l. fin. Cod. de iur. emphyt.* & *ibi* Iason *num.* 39. obseruauit, & Iul. Clar. *lib.* 4. *receptar.* §. *emphyteusis, quæst.* 23. Caldas Pereira *de extinct. emphyteus. cap.* 16. *num.* 18. In Lusitania tamen soluitur quadragesima pars pretij *lib.* 4. *Ordin. titul.* 38. ibi: *Pagara ao senhorio a corentena, ou o costumado em seus contractos.* Quare non obstante lege soluetur domino pro laudemio id, in quo fuerit conuentum, nimirum decima pars pretij, vel octaua præstabitur, vel integri pretij pars dimidia; atque ita stabitur pacto, seu conuentioni in ipsa emphyteutica concessione adiectæ, ex notatis *in* §. *adeo, Institut. de locat.* Gregor. Lop. *l. fin. tit.* 8 *part.* 5. 1.

Dictum est domino directo deberi laudemium, & hoc nunquam censetur remissum ab illo per quamcunque 2.

quamcunque concessionem, seu facultatem alienandi, aut aliam similem immunitatem, nisi expressis verbis remittatur: Menochius *cons.* 297. *à num.* 27. *lib.* 3. Surdus *decis* 200. *num.* 5. Vnde si debitor alicuius redditus, hypothecas eiusdem redditus alicui vendat, vt fas est cum suo onere, non obstante pacto de non alienando, non est soluendum laudemium creditori redditus, quia creditor non est dominus directus hypothecarum, vt benè tuetur Gaspar Rodericus *de redditib. lib.* 1. *quæst.* 3. *num.* 6. contra plures, & graues Doctores; & cùm debitor sit ipsarum dominus, potest eas alienare: quia in re propria quisque est moderator, & arbiter: *l. in re mandata, Cod. mandati*, & laudemia non debentur nisi dominis directis, quales non sunt creditores; ideò non debetur illis laudemium: sic Motus Pij V. *super forma creandi census: vers. quia volumus.*

3. Quòd si in contractu census reseruatiui, sibi reseruauit ius creditor ex venditione rei ad percipiendum laudemium, quam censuario concedit, præsumitur contractus emphyteuticus, non verò census reseruatiuus: Menoch. *lib.* 3. *præsumption. quæst.* 105. *num.* 7. Gaspar Rodericus *de redditib. lib.* 2. *quæst.* 22. *num.* 26. *ad fin.*

4. Item præstatio laudemij ex parte illud soluentis, est exhibitio quædam reuerentialis ab emphyteuta facta domino directo, qua suscipiendo inuestituram dominum recognoscit; *l. vltim. Cod. de iur. emphyt.* Menoch *cons.* 197. *num* 26. ius tamen exigendi illud est exorbitans, & consequenter strictè est interpretandum; neque vltra casus expressos est extendendum: ita Author incertus 1.*p. consuetud. Paris.* §. 55. *gloss.* 3. *num* 4. qui etiam *in d prima parte*, §. 23. *num* 22. dicit quòd qui actionem vendit ad rem, rem ipsam non vendit, sed quid inferius; *l. alienatum, ff. de verbor. obligat.* cùm igitur ius exigendi laudemium sit odiosum, & stricti iuris, non admittit hanc interpretationem, vt rem ipsam vendere dicatur, qui actionem ad emphyteusim vendit: Bartol. *in l. nemo, ff. de in integrum restit.* Cald. Pereira *de extinction. cap.* 16. *num.* 76. post alios Barbos. Vimarens. *in remissionib. lib.* 4. *tit.* 38. *ad princip. num.* 54. *fol.* 79.

Dictum est præstationem laudemij esse exhibitionem reuerentialem, quam facit emphyteuta, dum suscepta inuestitura dominum recognoscit, à qua præstatione, & à quo obsequio emphyteuta non est liber etiamsi ampla immmunitas, & priuilegia ei concedantur: non enim propterea videtur laudemium remittere, qui licentiam præstitit, aut emptionem probauit; *l. vlt. in fin. C. de bon. libert & in l. si non sortem, §. libertus, ff. de condict. indebit.* & tradunt Angel. & Imol. *in l. alia*, §. *Eleganter, ff. solut. matrim.* Accedit quòd post Oldrad. scribit Roman. *in singular.* 480. incipit, *Episcopus*, vbi ait quòd si Episcopus, vel dominus eximat Castrum à sua iurisdictione, non dici liberare Castrum à iure reuerentiali: quare quantumcunque emphyteuta facultatem habeat liberè alienandi, non eximitur à munere suscipiendi inuestituram, & soluendi laudemium: Menoch. *d. cons.* 297. *num.* 26. & 27. cùm præstatio laudemij sit de natura contractus, nempe susceptionis inuestituræ propter consensum, quem præstat dominus dum laudat, atque approbat emphyteusis alienationem; *l. vltim. C. de iur. emphyt.* & *ibi* Iason *n.* 44. post Alberic. *in fin.* & Oldrad. *cons.* 24. *col.* 1. *vers. secunda ratio.* Cùm ergo exhibitio reuerentialis præstandi laudemij sit de natura contractus sub concessione etiam amplissima, non comprehenditur, nisi de illa fiat mentio indiuidua; cùm ea, quæ sunt de natura contractus, semper censeantur excepta: Bald. *in l.* 1. *C. de vsufruct.* Menoch. *in d. cons.* 297 vt tradit Socin. iun. *lib.* 3. *titul.* 70. *num.* 29. quem referens sequitur Cald. Pereira *de extinction. cap.* 16. *num.* 37. *ad fin.*

Hæc autem potestas exigendi laudemium non est personalis, sed realis; ideò sequitur res alienatas, & 5.
bona emphyteutica, & cum eisdem transit ad successorem: Stephan. Gratian. *disceptat. forens. cap.* 272. *num.* 2. *cum sequent.* & *cap.* 377. *num.* 24. Menoch. *cons.* 444. *num.* 18. *cum sequent. lib.* 5. Barbos. *in remissionib. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 38. *in princip. num.* 55. quasi sit decima prædialis, seu rei emphyteuticæ, continens ius reale rem ipsam alienatam afficiens, vt in decimis prædialibus tradit Feder. *cons.* 31. Canonistæ *in cap. pastoralis, de decimis*, Rebuff. *eod. tit. quæst.* 9. *num.* 9. Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 17. *num.* 8. Vnde actione personali potest compelli emptor soluere laudemium, vel actione ex *l. fin. C. de iur. emphyt.* quæ actio, & exactio laudemij cùm competat ratione rei, transit cum ipsa re, diciturque onus reale ordinarium, non verò extraordinarium, nec publicum: Menoch. *d. cons.* 297. *num.* 1. & *num.* 34. Quare sequitur bene cauisse Amedæum de Ponte *in quæstionib. de laudem. quæst.* 45. Menoch. *d. cons.* 444. *num.* 21. Francisc. Salsona *in sua lucern. laudemior. col.* 1. *num.* 9. & 12. pro laudemio esse obligatam rem emphyteuticam, quibus adhæret Modern. Paris. *in consuetud. Paris.* §. 52. *gloss.* 1. *num.* 139. & §. 53. *gloss.* 1. *num.* 18. Proinde minus bene dixit Marinus Freccia *de subfeud. lib.* 2. *tit. de Authen. Baron. authoritat. tertia, num.* 4. *pag.* 312. quem referens sequitur Surdus *decis.* 31. *in fin.* oppositum esse verius; quia in iure non reperitur cautum pro laudemio rem emphyteuticam obligari: sed fallitur, quoniam ad hoc satis est obligatio facta in instrumento emphyteutico ab ipso emphyteuta, in qua pro obseruatione contractus obligat se, & sua bona: tunc enim, & vtile dominium rei emphyteuticæ, erit pro canone, & laudemio obligatum: ita Antel. Corbul. *de caus. emphyt. de caus priuat ob non solut. canon. quæst.* 6. *num.* 5. & Amedæus de Ponte *in d. quæst.* 45. *laudemial.* 2. *col. ad fin. limit.* 2. *l. Item quia ff. de pact. l. certi iuris, C. de locat. l. in prædiis, §. fin. ff. in quib. caus. pign. tacitè contrah.*

Dubium est cui soluendum sit laudemium, vsufructuatióne, an proprietario, quando dominus directus decessit relicta hæredi proprietate, & alteri vsufructu, & durante vsufructu alienatur ab emphyteuta emphyteusis: laudemium deberi vsufructuario volunt Tiraquell. *de retract. lignag. ad fin. num.* 107. Menoch. *cons.* 66. *num.* 36. Surd. *decis.* 31. *num.* 12. Vezin. *tom.* 1. *commun. opinion. lib.* 3. *tit.* 20. *num.* 28. & Guido *decis.* 447. Quod procedit siue vnus sit dominus fundi, & alter habeat vsumfructum illius, siue sit dominus domus, & alter habeat ius percipiendi pensiones: in vtraque euentu si alienetur fundus, seu domus, dicunt præcitati deberi laudemium vsufructuario, quia omne emolumentum proueniens ex re fructuaria debetur vsufructuario: *l. item si fundi, ff. de vsufruct.* sequitur Syluest. *verbo, emphyteusis, quæst.* 22. Socin. iun. *cons.* 70. *num.* 31. *lib.* 30. Iul. Clar. *eodem verbo, emphyteusis, quæst.* 24. *num. vltim.* vbi refert se ita vidisse seruari, eò quia vtilitas ex re, vel propter rem proueniens censetur fructus: ergo ad vsufructuarium debet pertinere; cùm ergo laudemium sit emolumentum propter rem ipsam proueniens, debetur vsufructuario: sequitur Molin. *tom.* 2. *de instit. disput.* 459. *pag.* 1319. *litera C.* dicens hanc partem esse communem; quia quamuis laudemium soluatur ratione proprietatis, fructus tamen est proprietatis: qua ratione vtitur Syluester *citatus*, *q.* 22. propter quod argumentum resoluit ibi, si filius familias sit proprietarius, laudemium deberi patri habenti vsumfructum in bonis filij: idem tradit post plures Cald. Pereira *de extinction. cap.* 16. *num.* 40.

deberi

deberi scilicet vsufructuario, per *l. item si, ff. de vsufruct.* vbi Vlpian. per hæc verba fatur: *Si fundi vsusfructus sit legatus, quicquid in fundo nascitur, quicquid inde percipi potest, ipsius fructus est*: & *§. 3. eod. Sed etsi metalla post ipsum vsumfructum legatum, sint inuenta, cùm totius agri relinquatur vsusfructus, non partium, continentur legato*: & *§. 4. in fin. Nam & vbi latet incrementum, & vsusfructus augetur*: ita Lex. Horum tamen opinio videtur satis probabilis.

Probabilior tamen mihi videtur in hoc casu, & similibus, quæ tradit laudemium præstandum esse proprietario, non verò vsufructuario, ex eo quòd laudemium non venit appellatione pensionis, vel vsusfructus, sed recipitur tanquam pars pretij in recognitionem dominij pro consensu, quem præstat dominus dum approbat, ac laudat emphyteusis alienationem: *l. vltim. C. de iur. emphyt.* quæ laudemij præstatio est de natura contractus, nempe susceptionis inuestituræ propter consensum à domino præstitum. Quare quamuis ad fructuarium pertineat omnis vtilitas proueniens ex re fructuaria, semper excipitur vtilitas laudemij præstandi, quæ est de natura contractus, & semper censetur excepta, & reseruata proprietario: vt in simili scribit Bald. *in l. 1. in fin. C. de vsufruct.* Item quia laudemium præstatur in recompensationem laboris, & damni ipsius domini emphyteusis, dum approbat, & consentit alienationi, & nouam inuestituram concedit, & est quædam exhibitio obsequij reuerentialis: Menoch. *d. cons. 297. num. 13. cum sequentib. & ex num. 24.* Igitur nomine vsusfructus non intelligitur præstatio laudemij debita duntaxat domino directo, quasi ius reuerentiale, nec concesso vsufructu, tale ius reputatur concessum, sed reseruatur proprietario: ita Nauarr. *in summa Latina, cap. 23. n. 65.* Ludouicus Lop. *de contractib. cap. 32. ad fin. §. iam penultimam quæstionem, vers. oppositum.* Peralta *in l. Titia cum testamento, § Titia cum nuberet, de legat. 2. num. 9.* Concordat Bursat. *cons. 165. num. 62.* Quoad illum, qui censum præstat, spectabit ius laudemij, & deuolutio rei emphyteuticæ, & satis constat consensum præstari à proprietario, non verò ab vsufructuario: Lex Lusitana *lib. 4. Ordin. tit. 38. l. fin. C. de iur. emphyt. cap. potuit, de locat. & conduct.* Molin. *disput. 461.* Gama *decis. 283.* Cabed. *1. p. decis. 103. & 104.* Ergo proprietario, quia consensum præstat, non verò vsufructuario, laudemium est reddendum.

7. Porrò non debetur domino laudemium ex venditione facta cum pacto legis commissoriæ, vel addictionis in diem, Guido *decis. 47.* aliàs 48. donec venditio pura, aut irreuocabilis fiat: quia huiusmodi pacta in ipso cótractu apposita verbis directis resoluunt ipsum contractum, & faciunt haberi pro non facto: Glossa, & Scribentes *in l. ab emptione, ff. de pact.* Petr. Iacob. *tit. de action. in rem pro re emphyt. quæ cecid. in commiss. col. 8. vers. item si ex pacto*, & iterum *col. 15. vers. quarto in omni translatione.* Camill. Borrel. *in summa, decis. tit. 35. de laud. num. 87.* quia ante impletam conditionem, nihil operatur contractus, ita Cacher. Pedemont. *decis. 5. num. 9.* & Magon. Florent. *decis. 128.* post alios.

8. Quid ergo de alienatione necessaria? Dicendum est non deberi laudemium: Iason ita *in l. fin. num. 48. Cod. de iur. emphyt.* Roland. *cons. 21. num 16. vol. 1.* Auendan. *respons. 13. ante num. 9.* Additio Capell. Tholos. *quæst. 75.* Quare non debetur laudemium quando quis coactus à magistratu rem suam vendit propter aliquam ædem sacram ædificandam; aut ob aliquas causas publicas, aut vtilitates communes, quoniam necessitas excusat ab onere, & à munere vectigalis, & à laudemio præstando: *l. Cæsar §. si propter necessitatem, ff. de public. & vectig.* Iason *in d. l. fin. C. de iur. emphyt. num 47.* Nam plerumque necessaria alienatio excusat, vbi voluntaria non excusaret, *l. cum fideicommissum, ff. de fideicommiss.* Parlador. *lib. 2. rerum quotidian. cap. 3. num. 19.* Ludouic Lop. *d. lib. 2. de contractib. cap. 32. de laudem. soluend. num 4.* vbi vult ex dote data filiæ à patre, si non habet alia bona non deberi laudemium, quia est alienatio necessaria, & semper necessaria censetur excepta; vt notatur *in l. 1. ff. de fund. dotal. l. alienationes, ff. famil. erciscund.* Aymon Crauet. *cons. 125. num. 3. & 4. vol. 1.* dicens constitutionem dotis esse alienationem necessariam, & posse fieri à patre inconsulto domino, per text. *in §. emphyteusim, in Authent. de non alien.* nec ex ea solui laudemium, Brun. *cons. 44. dub. 3. a num. 9.* quamuis emphyteusis detur æstimata à patre; vt placuit Boëtio *in consuetudine feud. & cons. §. 20. post princip.* Aymon *vbi proximè, num. 6.* Bertrand. *lib. 2. cons. 380.*

Sed oppositum est verius de iure Lusitano *lib. 4. titul. 38. in princip. vers. E no caso que aquizer doar, ou dotar, nam lhe pagara corentena*, hoc est, domino non soluetur laudemium; quod de iure communi valde controuersum est; imò neque ex donatione per legem nostram, ibi, *doar*; quod secundùm ius commune verius putat Guido *decis. 48.* quamuis in opposita opinione sedem suam faciat Iason *in d. l. fin. C. de iur. emphyt. num. 10.* Cabed. *1. p. decis. 104. n. 5.* subdens nec pro dote æstimata gabellam deberi, & ita fuisse iudicatum refert ex articulis gabellarum, *cap. 39. §. 1.* sequitur Valasc. *tom. 2. cons. 113. num. 23.* dicens legem nostram *d. tit. 38. in princip.* quoad laudemium corrigere ius commune: atque ita siue dos sit æstimata, siue non, laudemium non deberi: dummodò pater, qui filiæ dotem æstimatam tradit, alia bona non habeat, ex quibus filia dotari possit; quo casu excusatur à laudemio; secùs si alia bona habeat; ita expressè probat Aymon *d. cons. 125. num. 7.* intelligens in hoc casu non dari alienationem necessariam, ratione cuius negatur proprietario exactio laudemij: Cald. Pereira *de extinction. emphyteus. cap. 16. num. 25.*

Dubitatur tamen quænam dicatur in hoc proposito causa necessaria excusans à præstatione laude- 9.
mij? In primis vltra causam dotis censetur etiam causa necessaria alienandi, quando fit incapitatio emphyteusis in vno, qui soluat alijs cohæredibus portiones suas per æstimationem, cùm sit alienatio necessaria: Valasc. *de partitionib. cap. 25. num. 29.* Camill. Borrell. *in summa, tit. 35. num. 44. & 45.* vbi volunt causas necessarias excusantes à laudemio esse, quæ redundant in fauorem religionis, & in fauorem libertatis, & intuitu ædificiorum publicorum, & ex consequenti de necessarijs vocantur omnia, quæ ad vrbis decus, vel ad publicum vsum pertinent: August. Barbos. *in suis additionibus, lib. 4. tit. 38. num. 152.* Addo illam esse necessariam alienationem immunem à laudemij exactione, quando quis compellitur ex legis dispositione vendere, diuidere, vel alteri alienare, siquidem sine facto suo proprio, & absque suo consensu ad id faciendum cogitur; *l. communi, ff. commun. diuidund.* Auendan. *respons. 19. post num. 8. vers. Admissa*, vbi magistraliter docet illam esse necessariam alienationem, quæ à sola lege ortum habet, nullo præmisso vendentis assensu: Menoch. *lib. 2. de arbitr. iudic. casu 182. num. 66.* Ex qua alienatione nec Regi gabella, neque proprietario laudemium debetur, vt benè notant Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric. 10. §. 9. sub num. 4.* Auendan. *vbi suprà, num 8.* Cald. Pereira *de extinction. cap. 16. num. 32. & num. 61. & cap. 6. a principio, vsque ad num. 9.* vbi resoluit non deberi gabellam, nec laudemium propter alienationes ex causa dotis factas,

vel

vel ex diuisione in iudicio familiæ erciscundæ; cùm sint omninò necessariæ.

Attamen vtrumque deberi, gabellam scilicet Regi, & laudemium directo domino ex venditione in publica auctione, seu subhastatione facta ostenditur; vbi emphyteusis plus licitanti addicitur: quia quamuis videatur alienatio necessaria, quando quidem fit auctoritate Iudicis, non tamen vrget necessitas ex parte emptoris, quod requiritur vt sit necessitas præcisa: vt bene notat Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric.* 10. §. 9. *num.* 3. *cum sequent.* Neque etiam hæc necessitas à lege purè procedit: & quamuis fiat executio à Iudice, alienatio potiùs voluntaria, quàm necessaria censetur. Item quia necessitas, quæ à lege procedit, est necessitas præcisa: hæc autem est necessitas causatiua, in quam quis voluntarius relabitur, sicut est omnis necessitas, quæ proficiscitur ex contractu, & consensu contrahentis producitur, quæ est voluntaria in causa: Bald. *in l. fin. Cod. de ædilit. action. col.* 3. *& in l. magis puto*, §. *pupillus*, *ff. de reb. eorum*. Bartol. *in l. vbi*, §. *sed & marcellus*, *ff. de in diem addict.* Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *cas.* 182. *num* 51. Vnde colliges quamuis necessaria dici possit alienatio facta authoritate Iudicis per viam executionis sententiæ, esse tamen alienationem voluntariam, quoniam eo ipso, quo se obligauit virtute alicuius conuentionis satisfacere creditori, videtur consensisse se velle in iudicium vocari, & condemnari nisi satisfecisset, & bona sua alienari posse: sic Bartol. *in l. Papinian.* § *sed neque*, *ff. de inofficios. testam.* Auendan. *respons.* 13. *ad fin.* & firmat Gloss. *in l.* 3. §. *sed verum, verbo, inuito*, *ff. de minor.* Quare debetur laudemium pro hac alienatione: Chassaneus *suprà, rubric.* 10. §. 9. *sub num* 4. & Auendan. *d. respons.* 13. *num.* 9. *ad fin.*

Neque contra hoc facit Lex Lusitana *lib.* 3. *Ordin. tit.* 93. *num. vltim.* vbi vocat huiusmodi alienationem factam mandato Iudicis per viam executionis, necessariam, ibi: *Nam ha lugar na venda feita per necessidade, emandada da iustiça, por quanto*, ibi subdit lex, *será porem o senhorio requerido ao tempo da arrematação se a quer tanto por tanto.* Quod etiam notat Auendan. *citat. num.* 6. Vnde nulla est differentia inter alienationem merè voluntariam, & inter hanc, quæ fit Iudice mandante, qui partes agit emphyteutæ debitoris, & negotia illius gerit, vt creditoribus satisfiat, nec creditores possunt apprehendere possessionem aliter: quòd si apprehendant, contrahunt caducitatem: Auendan. *d. respons.* 13. *num.* 7. iuxta regulam *l. fin. C. de iur. emphyt.* quia hæc alienatio est voluntaria de se, & necessaria non præcisè; idcirco permittitur saluo iure dominicali: proinde omnia seruari solita in alienatione voluntaria, sunt etiam ad vnguem obseruanda in hac alienatione; vt bene notat Alexand. ad Bartol. *in l. si finita*, §. *si à vectigalibus*, *ff. de damn. infect. verbo, feudatario.*

10. Quæritur an debeatur laudemium quando filia dotatur à patre habens alia bona? Responsio est negatiua, si filia est de comprehensis in inuestitura emphyteutica, quoniam post mortem dotantis erat ad filiam peruentura, & cùm filia iam sit locata, neque debeat accipere inuestituram à domino ob quam soluitur laudemium, non tenetur illi soluere quinquagesimam: Salycet. *in l. fin. C. de iur. emphyt. num.* 15. tradens non teneri filios, & nepotes, pro quibus conceditur emphyteusis soluere laudemium. Concordat Brun. *cons.* 44. *num.* 12. Roland. *cons.* 169. *num.* 8. *lib.* 1. Cephal. *lib.* 1. *cons.* 17. *num.* 18. *cum sequentib.* Aymon *d. cons.* 215. sequitur etiam ex traditis laudemium fore præstandum, quando emphyteusis datur in dotem personæ extraneæ, non comprehensæ in concessione, quia cessat in extraneo illa necessitas, quæ reperitur in patre, & in filiabus, in quibus necessitas dotandi vrget: Cald. Pereira *de extinction. cap.* 10. *num.* 28. *& cap.* 16. *num.* 27. Valasc. *cons.* 113. *num.* 18. *vers. Ego attento iure communi.* Sed etiam in hoc casu non esse præstandum tradit August. Barbos. *in additionibus ad Patrem, num.* 105. *cum aliis.* An autem teneatur filia dotata à patre, quando habet alia bona, soluere laudemium; dictum est *suprà, num.* 8. *ad fin.*

Sed quid de iure communi, quando dos datur à fœmina marito æstimata ea æstimatione, quæ facit venditionem? Respondeo quando emphyteusis tradita est ad fœminam soluto matrimonio, eo modo, quo priùs erat, non esse præstandum laudemium, quia res in effectu non mutat dominum: *l. in rebus, C. de iur. dot.* Sic Modern. *tom* 2. *consuetud. Paris.* §. 16. *gloss.* 1. *à num.* 40. Quòd si maritus soluto matrimonio velit æstimationem emphyteusis restituere, & emphyteusim in dotem datam retinere, præstabit laudemium: censetur namque consummata venditio, non ab initio, sed quando maritus eligit pretium potiùs reddere, quàm rem æstimatam: Valasc. tamen *d. cons.* 113. *num* 6. meliùs respondet rem datam in dotem ea æstimatione æstimatam, quæ fiat venditio, desinere esse dotalem, fierique mariti; & posse ab eo alienari, periculum illius ad maritum pertinere; *l. quod si per eam, ff. de iur. dot.* Castrens. *in l. si æstimata, ff. solut. matrim.* & in hoc casu maritum manere debitorem pretij, & ex tempore dotis venditionem perfectam fuisse, præsertim, si vxor emphyteusim marito tradidit, & consequenter laudemium domino deberi. 11.

Ex quo infertur si socer tradat genero emphyteusim in dotem ea æstimatione æstimatam, quæ facit emptionem, & tradatur illi plenum ius emphyteusis, nec penes filiam remaneat, debetur domino laudemium, cùm emphyteusis transeat ad extraneum per venditionem: *l. fin. C. de iur. emphyt.* ad quam etiam celebrandam requiritur dominicalis consensus, cùm non sit alienatio necessaria, sed voluntaria: sic Additio Capell. Tholos. *quæst.* 278. & Petr. Iacob. *titul. de action. in rem pro re emphyt. col.* 9. *vers. Item excepta datione in dotem*; nam huiusmodi donatio habet vim venditionis: Guid. Papæ. *cons.* 214. *Circa materiam, vers. sed restat aliud, & cons.* 118. *Indubitanter, vers. Ad octauum.*

Accedit illa difficultas, an emptor teneatur soluere laudemium? Affirmant omnes ad vnum communiter: Iul. Clar. § *emphyteusis, quæst.* 23. *num.* 4. vbi vult generaliter nouum emphyteutam, vel acceptatorem ad solutionem Laudemij teneri proprietario, cùm soluatur propter nouam inuestituram; Gloss. *in d. l. fin. C. de iur. emphyt. verbo, accipere, & ibi* Iason, *num.* 41. *l. etiam, fin. tit.* 8. *part.* 5. & *ibi* Gregor. Lopes, *verbo, Non le deue tomar.* Gaspar Roderic. *de redditib. lib.* 2. *quæst.* 22. *num.* 24. Chassaneus *in consuetud. Burgund. in rubric.* 11. §. 1. *num.* 3. Socin. *lib.* 2. *cons.* 147. *n.* 2. & Caball. *in* 2. *part. consuetud. Paris.* §. 55. *gloss.* 2. *in princip.* vbi negat domino actionem contra emphyteutam vendentem ad exactionem laudemij: quod videtur verum de iure communi, & quando aliud non fuit contractum: at de iure Lusitano venditori, & non emptori incumbit onus soluendi laudemium; vt constat *ex lib.* 1. *Ordination. tit.* 62 §. 48. ibi: *Entam o dito foreiro podera vender, e do presso que assi vender pagará à Capella, senhorio, à corentena*; hoc est emphyteuta poterit vendere, & ex pretio soluet domino quadragesimam: idem reperit postea *eadem l. Regia, lib.* 4. *tit.* 38. *in principio*, ibi: *Entam podera vender, & pagara ao senhorio à corentena, ou ocontehudo em seu contracto.* Ex quibus locis planum est ad venditorem pertinere solutionem laudemij, non verò ad emptorem. Attendenda tamen est consuetudo locorum in soluendo 12.

soluendo laudemio, vt volunt Corbul. *titul. de caus. priuat. ob alienat. irrequis. domin. ampliat.* 17. *num.* 4. Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric.* 10. §. 9. *n.* 1. *pag. mihi, in forma magna*, 341. Vnde non probo distinctionem traditam à doctissimo Cald. Pereira *de extinction. cap.* 16. *num.* 16. dum probat, legem nostram esse accipiendam, vt venditor soluat laudemium, quando nondum inito contractu requisiuit dominum, & ab eo facultatem alienandi obtinuit; at verò postquam celebratus est contractus, emptor accedens ad dominum, & procurans ab eo inuestiri, & mitti in possessionem, tunc vt id consequatur debet soluere laudemium, quia lex nostra huius distinctionis neutiquam meminit, & vbi ius non distinguit, nec nos distinguere debemus, *l. pretio, ff. de public.* & vbi verba non habent locum, neque dispositio, & consequenter non est admittenda ea distinctio, quando verba legis illi nequeunt applicari; *l. omnis diffinitio, de regul. iur. l.* 4. §. *toties, ff. de damn. infect.* imò verba legis in dubio propriè debent capi: *l. ferri, ff de verbor. significat.* notatur *in l. hoc legatum, ff de legat.* 3. & in potentiori significatu, *l.* 1. §. *qui in perpetuum, ff si ager vectigal.* eòque modo verba sunt accipienda, quo prolata fuerunt, & eo respectu, *l. si quis domum*, §. *quod autem, ff locati, l. profectitia*, §. *vlt. ff de iur. dot.* Flamin. *de confid. quæst.* 34. *num.* 27. & 39.

13. Non leue etiam facessit nobis negotium, an debeatur vnum laudemium ex venditione cum pacto de retrouendendo, quando etiam contingit rescindi contractum, an duplex? Respondetur, quando prima venditio fuit celebrata introducto pacto postea reuendendi, laudemium debitum fuisse domino directo pro approbatione alienationis; ita Modern. *in consuetud. Paris. lib.* 1. §. 22. *num.* 7. *ad fin.* Massuetus *tit. de locat. & emphyt.* §. 1. Petr. Iacob. *in tit. de action. in rem pro re emphyteut. col.* 15. *vers. secus in pacto reemptionis*, Cald. Pereira *d. cap.* 16. *num.* 53. & 54. At verò de resolutione venditionis non debetur aliud laudemium, si pactum de retrouendendo, vel de retroemendo fuerit interpositum in eadem scriptura, in eodem loco, mense, & die, coram notario, & testibus: sic Camill. Borrell. *in summa decis. tit.* 35. *n.* 74. & 75. quia ex distractu, cùm sit resolutio prioris contractus, non debetur de eo laudemium, nisi de nouo fiat alius contractus: Ratio est, quoniam huiusmodi resolutio contractus, potiùs est restitutio priori emphyteutæ facta, quàm alienatio, & res ad pristinum statum redit: proinde non debetur laudemium, cum ex huiusmodi pacto venditio rescinditur: Bald. *in l. ab emptione, ff. de pact.* Tiraq. *de retract. conuent.* §. *secundum gloss.* 2. *à num.* 7. Boër. *quæst.* 182. *num.* 39. Albéric. & Iason *in d. l. ab emptione*, Cagnol. *in l.* 2. *C. de pact. inter emptor. & venditor.* Vnde ex hac secunda venditione, vt est resolutio prioris, nihil debetur. Nam eo ipso, quòd dominus priori venditioni assensum præstitit, etiam huic posteriori censetur consensisse; vt bene notat idem Auctor *in* 2. *p. in consuet. Paris.* §. 52. *n.* 47. & *n.* 55. Quod procedit etiāsi in eadem charta non apponatur pactum de retro, sed in alia separata, dummodò re integra, & incontinenti fiat scriptura: ita Decius *in l. legem, num.* 18. *C. de pact.* Alber. & Iason, & Bald. quos referens sequitur Surdus *decis.* 321.

Nihilominus Camill. Borrell. *d. tit.* 35. *num.* 74. subdit, si perfecta venditione, emptor & venditor vnanimes ab ea discedant, deberi laudemium; ex resolutione tamen venditionis de retro, nec laudemium, nec gabellam deberi: ita Molin. *tom.* 2. *de iustit. disput.* 374. §. *maius dubium est verum ex distractu*, quoniam distractus non est secunda venditio, sed resolutio prioris ex vi pacti de illa dissoluenda appositi in priore venditione, antequam illa perficeretur. Atqui ita concluditur solui laudemium de venditione cum pacto de retrouendendo, vt probatum est; & tradit Borrell. *d. tit.* 35. *num.* 72. & Gabellam, vt ait Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 31. & *in l.* 70. *Tauri, num.* 30. Pinell. *l.* 2. *C. de rescind. vendit. p.* 2. *cap.* 3. *num.* 36 Lassart. *de decim. vendit. cap.* 14. *n.* 36. & Lex Lusitan. *in art. sisarum pag.* 2. §. 1. vbi præcipitur gabellam esse soluendam gabellario, qui fuit eo anno, quo contractus fuit celebratus. Contrà verò de distractu, seu resolutione venditionis, hoc est ex retrouenditione, nec laudemium deberi, Borrell. *d. titul.* 35. *num.* 73. & Thesaur. *Pedemont. decis.* 73. *num.* 5. néc similiter gabellam: Molin. *citat.* post Gomes. & Pinell. *proximè relatos.*

Illud tamen non est obliuiscendum, dominum directum non sibi nocere in consecutione laudemij ob facultatem factam emphyteutæ alienandi emphyteusim, quia potest non obstante licentia laudemium exigere, neque censetur remittere ex tali concessione: Socin. iun. *cons.* 70. *num.* 11. *lib.* 13. Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 23. *num.* 3. quia solutio laudemij venit ob nouam inuestituram, post alios Cald. Pereir. *de extinct. c.* 7. *n.* 33. *ad fin.* Sequitur frequens quæstiuncula an debeatur laudemium ex pecunia data socero, vt concedat emphyteusim in solidum genero, ne posteà cæteri fratres possint conuenire generum pro sua quisque portione meliuramentorum? Ratio dubitandi, quia si res meliorata vendatur ex integro pretio, quod emphyteuta consequitur, est soluendum laudemium; vt docet Boër. *q.* 19. *n.* 2. & *in consuet. tit. de feud.* §. 19. *pag.* 48. Hier. Gabr. *concl.* 168. *dub.* 6. post Alber. *in l. fin. C. de iur. emphyt.* Ex quo infert Valasc. *de iur. emphyt. q.* 10. *n.* 7. si pro ingressu in emphyteusim soluatur dimidium veri valoris, censeri potiùs venditionem rei emphyteusis, quàm contractum emphyteuticum: quod ante illum dixit Afflict. *decis.* 72. *n.* 9. addens si pater vni filiorum sine aliorum consensu concedat emphyteusim, accepto ingressu excessiuo pecuniæ, censeri potiùs venditionem in fraudem legis, quàm concessionem emphyteuticam.

Dicendum tamen est ex hoc contractu non deberi laudemium, cùm hic contractus sit innominatus, do, vt des, non verò sit venditionis ac emptionis, & pecunia detur à genero, vel à parente illius, vt socer satisfaciat aliis cohæredibus pro rata suæ portionis meliorationum, vel vt liberetur ab ære alieno à possessore contracto: ita iudicauit Senatus Portuens. teste Barbos. filio, *in suis castigationib. ad Remiss. leg. Regia, lib.* 4. *tit.* 38. *n.* 146. vbi subdit, si quis consanguineus emphyteusim donet, vel dotet, alteri consanguineo, qui nō sit pater, accepta pecunia, quæ vel adæquet, vel excedat dimidium iusti pretij, tunc soluendum esse laudemium: secùs si non adæquet dimidiū, quia tunc censetur potiùs donatio quàm vēditio.

Controuersum etiam est an ex locatione ad longum tempus debeatur quinquagesima? Negat Cou. 15.
lib. 5. *variar. c.* 16. *col.* 3. Pinell. *l.* 1. *C. de bon. matern.* 3. *p. n.* 68. *illat.* 6. *in fin.* Gomes. *de contract. tit. de Locat. n.* 11. & alij, quorum sententia de iure communi vera est. Sed verior est contraria, etiam considerato iuris rigore, & multò receptior; quia ex locatione ad longum tempus inconueniens sequitur, nō posse scilicet fieri illam absque dominicali consensu, & dominus directus contractum debet approbare, & conductorem in possessionem mittere: ita Alex. *cons.* 165. *lib.* 2. Chassan. *in consuet. Burg. rubr.* 11. §. 7. *n.* 3. Spec. *de locat.* § *nunc aliqua, vers.* 123. Dec. *cons.* 204. *n.* 2. Felin. *in c. quæ in Ecclesiarum, n.* 87. *de constitut.* Imola *in c. potuit. de locat. col.* 14. Multò fortius de iure nostro soluetur laudemium ex locatione ad longum tempus, cùm ea sit alienatio; vt constat *ex lib.* 4. *Ordin. d. tit.* 38. *in princip.* Cabed. 1 *p. decis.* 92. *num.* 2. Valasc. *de iur. emphyt. q.* 29. *num.* 16. Cald. Pereira *de extinct. cap.* 16. *num.* 33.

& fusiùs *num.* 38. & conductor ad longum tempus est dominus vtilis, & de consensu domini mittitur in possessionem, & inuestitur; ergo laudemium debetur. Non tamen debetur à censuario, quia non tenetur requirere illum, cui censum soluit, nisi consuetudo sit præscripta; at ea remota potest censuarius irrequisito domino rem censualē cum suo onere alienare, nullo soluto laudemio: Vnde ab emphyteusi ad censum non valet argumentum; Valasc. post plures *de iur. emphyt. q.* 32. *à n.* 32. *§. tertia differentia.*

16. Potest adhuc verti in dubium, an soluatur laudemium ex datione in solutum? Pro explicatione sciendum, dationem in solutum reperiri, cùm fundus scilicet soluendi causa datur: ita *l. vel soluendi, ff. de public. in rem act.* siue cùm pro soluto datur; ita loquitur *l. eleganter, in princip. ff. de pignor. action.* Nam ea datio subit vicem venditionis, *l. si prædium, Cod. de euict.* & pro ea reputatur, & quidquid de venditione dicitur, generaliter habet locum in datione in solutum: Aretin *cons.* 32. incipit, *Diligenter consideratis, col.* 2. *& cons.* 148. *In quæst. proposita, col.* 2. *vers. his tamen non obstantibus, & cons.* 160. *Longa est ista consultatio, col.* 5. *vers. venio ad quartum.*

17. His positis, sunt qui dicant non deberi laudemium ex datione in solutum, ex eo, quia emphyteusis irrequisito proprietario dari potest in solutum; ita Iason *in l. fin. C. de iur. emphyt.* Afflict. *decis.* 191. Roland. *lib.* 1. *cons.* 21. *à num* 13. Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 1. *gloss.* 14. *num.* 10. post Bartol. Bald. Fulgos. & Castrens. *in l. si ideo, ff. de condict. furtiu.* vbi dicunt non deberi laudemium in hoc casu, quamuis ex venditione habeatur, cùm datio ista non prohibeatur fieri, sine domini consensu: sequitur Bellacomb. *tom.* 1. *commun. opinion lib.* 4. *tit.* 44. *num.* 307. *pag.* 698.

Sed melius alij dicunt deberi ex dicta datione in solutum laudemium, cùm veniat sub veræ venditionis appellatione, quando fundus creditori pro pecunia debita adiudicatur, aut addicitur; nàm omnia, quæ in venditione insunt, in ista datione in solutum reperiuntur; nempe consensus debitoris, & emphyteutæ, & creditoris res, & pretium. Vnde sicut in venditione laudemij exactio non negatur, sic etiam non est neganda in datione in solutum: ita Bald. sibi contrarius *cons.* 306. *vol.* 1. Modern *in consuetud. Paris. lib.* 1. *§.* 13. *gloss.* 15. *num.* 48. Tiraq. *de retract. lignag. §.* 1. *gloss.* 14. *num.* 14. Barbos. filius *in castigation. ad Remiss. Ordin. Regia, lib.* 4. *tit.* 38. *num.* 113. vbi pro hac parte
18. refert Camill. Bortel. *d. tit.* 35. *num.* 37. & 38. vbi id ampliat procedere etiam quando fit datio in solutum auctoritate Prætoris: & Barbos. pater *in Remiss. ad d. tit.* 38. *num.* 58. post alios, quos *ibi* allegat. Nec dici potest alienatio ita facta, necessaria præcisè, sed voluntaria, esto fiat authoritate Iudicis, considerato obligationis principio, cum à voluntate originem habuerit: nam quod fit à Iudice creditori rem ipsam adiudicante, vel alteri vltimò licitatori, ab ipso debitore fieri dicitur, qui sibi voluntarius debitum creauit: sic Bald. *in cap.* 1. *col penult. vers. si verò sequestratio, de sequestr. possess. & fruct. & cons.* 36. *verbo, Inuestitura, post medium, lib.* 1. *& cons.* 61. *In ista quæstione, col.* 2. *vers. secundo, ex alio fundamento, lib.* 2. Idem Bald. *in cap. quoniam frequenter, §. vlt. in fine, vt lit. non cont.* affirmans ipsum debitorem dedisse rem creditori cum Iudex creditori rem debitoris dat in solutum ex præcedenti debitoris contractu: sequitur Tiraquell. *suprà d. gloss.* 14. *num.* 13. *& sequent.* quibus accedit Cald. Pereira *d. cap.* 16. *num.* 64. Ideò ex hac datione in solutum æquè domino debetur quinquagesima, ac si ipse debitor, & non Iudex vendidisset; vt etiam censet, ac sentit Petr. Iacob. *tit. de action. in rem pro ro emphyt. col.* 8. *vers. item in datione*, & Mansuer. *tit. de execut. & subhastat. §. item in pretij distributione*; & iterum *in titulo de locat. & iur. emphyt. ad fin.* & nouissimè Modern. *in consuetud. Paris. tit.* 1. *§.* 13. *gloss.* 5. *num.* 48. Ex eo quòd lex prohibens alienationem procedit etiam in datione in solutum voluntaria, & necessaria secundùm quid, quæ fit mediante decreto Iudicis. Vnde emphyteuta alienare prohibitus citra domini consensum, non potest dare emphyteusim in solutum; siquidem qui non potest alienare, etiam illi interdicitur id, ex quo sequitur alienatio, etiam ex legis dispositione; tanquam nihil intersit, alienes, an id facias ex quo sequitur alienatio: *l. codicillis, §. matre,* & *ibi* Bartol. *ff. de legat.* 2. *& in l. peto, §. fratre, ff. eod.* Bald. *in Authentic. præterea, col.* 2. *vers. vlterius etiam, C. vnde vir & vxor.* Tiraq. *lib.* 1. *retract. §.* 1. *gloss.* 14. *num.* 14. post plures, quos de more suo allegans sequitur, & nouissimè Cald. Pereira *de extinct. cap.* 5. *num.* 47. *cum sequent. & cap.* 16. *num.* 64. subdens *num.* 66. priorem sententiam procedere, quando sine obligatione aliqua emphyteuta ait Titio, se illi daturum centum aureos, & postea mutata voluntate ex aliqua causa Titio vtili emphyteusim loco illorum concedit, tunc non debetur laudemium, quia non dicitur dedisse emphyteusim in solutum: secùs si centum aureos promisit Titio dare, & postea pro illis dederit in solutum emphyteusim; tunc temporis, dominus obtinebit quinquagesimam; quia vera, & realis venditio est: pro qua parte allegat Modern. Paris. *in* 2. *p. consuetud. §.* 55. *gloss.* 1. *num.* 108. De quo maximè dubito, quia neque in primo, neque in secundo euentu video realem venditionem, nec veram; sed in vtroque donationem liberalem primo loco simpliciter factam; posteriori, promissione intercedente, quibus satisfit ex datione emphyteusis subrogatæ loco donationis, siquidem subrogatum sapit naturam subrogati cum omnibus suis qualitatibus; vt *in vulgari §. qui iniuriarum,* Iason, & Scribentes, *in §. fuerat, Instit. de action.* Ideo cogitandum relinquo, siquidem ex donatione non soluitur laudemium, vt patet ex lege nostra *d. lib.* 4. *tit.* 38. *in princip.* ibi: *E no caso que aquizer doar, ou dotar, o fara toda via à saber ao senhorio: porem neste*
caso nam paguara corentena: hoc est si voluerit em- 19.
phyteusim donare, aut in dotem constituere, nihilominus proprietario denunciabit, non tamen soluet quadragesimam. Quod adeò verum est, vt ex alienatione voluntaria per donationem non deberi laudemium, tradant Cald. Pereira *d. cap.* 16. *n.* 21. *& n.* 42. Camill. Bortell. *d. tit.* 35. *n.* 61. Gerar. Maynar. *Tholos. decis.* 41. *lib.* 1. modò donatio non fiat ad fraudandum laudemium, & gabellam, Ioseph Ludouic. *Perus. decis.* 8. *num.* 1. Quod extendit Bortell. *d. tit.* 35. *num.* 63. *&* 64. etiam ad donationem causa matrimonij factam, nec non æstimatam, dicens adhuc non deberi laudemium; deberi tamen, si fiat donatio fauore matrimonij ab extraneis, ac insuper si fiat donatio omnium bonorum ea conditione vt ministret donanti alimenta, dum vixerit, vel vt eum ære alieno, quo obstringitur, liberet: Idem Bortell. *n.* 67. Quod etiam in donatione remuneratoria obseruat Guido Papæ. *singul.* 878. incipit, *Donatio mutua,* & Petrus Iacob. *tit. de action. in rem pro ro emphyt. col.* 9. *vers. item excepta datione in dotem*, quoniam similes donationes censentur venditiones; idem Guido *cons.* 214. & Ioann. Faber *in l.* 1. *vers. quod si duo, Cod. de inofficios. donat.* & alij, quos allegans sequitur Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 25. *gloss.* 2. *num.* 2. *&* 3. *per totum.*

Adhoc quæritur an debeatur laudemium de fru- 20.
ctibus pendentibus, quando vinea simul cum fructibus alienatur? affirmat Boët. *quæst.* 229. Iacob. de Aretio *in l. qui concubinam, §. si fundum,* per text. *ibi, ff. de legat.* 3. Quia fructus dum pendent sunt partes rei: *l. fructus pendentes, ff. de rei vendic.* Item

quia

quia laudemium debetur domino ex pretio meliorationum integro, quod emphyteuta obtinuit: Boër. quæst. 19. num. 2. & in consuet. tit. de feud. §. 19. fol. 48. Brunus de augment. conclus. 14. num. 12. habetur in vol. 11. tract. diuersor. Doctor. fol. 120. in antiquis, sicut quando super area extructum est ædificium, dicitur illud pars rei, cui adhæret: sic Paul. consil. 377. vol. 1. Hieronym. Gabriel consil. 168 dub. 6. Atque ita ædificium areæ superadditum, & dominium illius sicut ipsius areæ ad dominum directum pertinet, neque alienari potest ipso inconsulto, & illi laudemium debetur, quoties res distrahitur; per text. in d. l. qui quatuor, §. si fundum, ff. de legat. 3. ibi: Quia id pretium ad totam causam fundi pertinet, vbi Glossa declarat tam ad fructus, quàm ad fundum: & per textum in l. fin. §. non solum, ff. quæ in fraud. credit. Guid. Papæ. singul. 492. vers. si venditur fundus. Siquidem vendito prædio fructus pendentes, aut solo cohærentes etiam venduntur, cùm sint vna res cum fundo, & pars eiusdem: l. Iulianus, § si fructib. ff. de action. empt. & vendit. Idem dicas quæso, si domus vendatur cum vtensilibus, & aliis rebus mobilibus in ea existentibus vno pretio, si hæc mobilia sint affixa parietibus, vel vt ibi perpetuò sint, quamuis non sint affixa; l. cætera, §. hoc Senatus consult. & ibi Alberic. & in §. sed si separauit, ff. de legat. 1.

Secùs si vtensilia mobilia non sint affixa, nec perpetuò annexa; quia hæc non censentur partes domus, ideò pretium eorum deducitur ex venditione domus, hoc est ex pretio domus: Quid verò contineatur appellatione fundi, colliges ex l. cum fundus, ff. de fund. instruct. legat. & ex l. fundus, ff. de action. empt. & vendit. Quare fons qui oritur in fundo est pars fundi, l. is, qui puteum, in princip. ff. quod vi, aut clam. Sicut vsusfructus etiam est pars fundi, ac dominij fundi; l. 4. ff. de vsufruct. l. si à reo, §. si reo, ff. de fideiussor. & ostium domus est etiam pars domus, l. cætera, §. hoc Senatus consult. vers. item non prohibetur: ibi: ostiis, ff. de legat. 1. & ibi Alexand. in l. 1. §. 1. vers. Cloaca, in verbo, Tribus, vbi appellatione Cloacæ venit ostium Cloacæ, & ibi Bartol. Vnde vendita domo, aut fundo simpliciter, censentur simul prædicta cætera vendita per leges citatas, & Alberic. in d. §. Senatus consult. vers. Et facit iste, & Bald. & Alexand. in fin. & Iason in vers. nota septimo: quinimò seræ, & claues censentur tamquam portio domus venditæ; l. quæsitum, in principio, & ibi Bartol. & Alexand. ff. de fund. instruct. legat. Ex quibus sequitur conclusio huiusmodi; Ex toto pretio fundi cum fructibus pendentibus, seu solo cohærentibus, vel domus venditæ cum vtensilibus parieti affixis, debetur laudemium: at verò de fructibus à solo separatis, neque de vtensilibus, ac mobilibus parietibus non affixis, non debetur: imo eorum æstimatio debet deduci ex pretio rei venditæ.

21. Illud etiam ex dictis sequitur, laudemium non deberi ex integro pretio ab emptore promisso, sed ex eo duntaxat, quod venditor recepit deductis expensis necessariis, pro gabella scilicet, & pro aliis, si quæ fortè extant; vt constat ex l. sed etsi, ff. de condition. & demonstr. in §. quidam, ibi: quasi id non capias, quod eroges, vbi Bartol. num. 1. ait illud esse pretium, quod ad venditorem peruenit, quamuis emptor maius soluat: & est singularis text. in l. aliud est capere, ibi: non videtur quis capere, quod restituturus est, ff. de verbor. significat. Atque ita illud pretium computandum est, quod vendens recipit, nec videtur recepisse quod aliis est restiturus. Similiter gabella est soluenda de eo pretio, quod venditor recepit deductis priùs expensis; ita Bartol. in l. quantitas, ff. ad l. falcid. & Iason in l. non amplius, ff de legat. 1. Tiraquell. de retract. lignag. §. 15. gloss. 1.

num. 5. Lassarte de decim. vendit. cap. 10. num. 16. quem sequitur Molin. tract. 2. de iustit. disput. 384. fol. 849. §. dubium est; si quis centum, vbi census venditus fuit in prædio centum quadraginta aureis in vno prædio, & postea prædium venditum fuit cuidam tertio trecentis aureis, ea lege vt emptor venditori solueret centum sexaginta, & locum aliorum centum quadraginta cognoscat, ac soluat censum prædio impositum; & quæsitum fuit, num gabella deberetur ex trecentis aureis, an ex centum sexaginta solum? Et resolutum fuit deberi solum ex centum sexaginta aureis, qui peruenerunt ad emptorem: Molin. ibi.

---

§. II.

Ex quibus alienationibus non debeatur laudemium, & quid pro foro conscientiæ?

EPITOME.

1 *Laudemium non debetur ex venditione nulla, neque gabella.*

2 *Dominium ex contractu nullo non transfertur.*

3 *Quod nullum est nullum producit effectum.*

4 *Maritus vendens fundum, & immobilia nulliter vendit, nec laudemium debet; quòd si soluat restitui debet.*

5 *Laudemium an debeatur si venditio annulletur per læsionem enormissimam beneficio* legis 2. C. de rescind. vendit.

6 *Cui debeatur laudemium in hoc casu emptori primo, an venditori?*

7 *Contractus nullus si reducatur ad æqualitatem iusti pretij, cui gabellario soluenda est gabella.*

8 *Laudemium an debeatur ex venditione conditionali?*

9 *Laudemium, & gabella cuinam debeantur; illis ne, qui tempore contractus existebant; an illis, qui sunt tempore conditionis impleta?*

10 *Laudemium an debeatur ex permutatione rei immobilis cum æquali re immobili facta?*

11 *Sententia Auctoris in hoc casu, quando permutatio est in omnibus æqualis.*

12 *Quando dubium est de soluendo laudemio in foro conscientiæ, potius est soluendum.*

13 *Laudemium an debeatur ex venditione perfecta, sed communi voluntate resoluta: Idem quæritur de gabella?*

14 *Laudemium non debetur de venditione vsusfructus.*

15 *Laudemium de venditione redditus verius est non deberi.*

16 *Laudemium non debetur ex venditione actionis personalis, sed ex venditione actionis realis.*

17 *Laudemium non debetur ex venditione seruitutis prædialis, neque ex transactione, neque ex diuisione emphyteutica inter filios nisi fiat inter cohæredes tamquam inter extraneos: & num. 18.*

19 *Laudemium an debeatur si subemphyteuta emat ab emphyteuta ius suum? Pars negans probabilis; sed affirmans probabilior.*

20 *Quale dominium habeat emphyteuta, qui de licentia domini subemphyteuticat, & cui competat ius petendi renouationem finita emphyteusi?*

HActenus præscripsimus ex quibus alienationibus deberetur laudemium de ceps ex quibus 1.
non debeatur videndum resta[illegible]ue in primis constat non deberi ex venditione, seu alienatione nulla, Ioan. Faber in l. vlt. col. 2. in verbo, in irritum, C. commun. de leg. & in l. 1. quando liceat ab empt. disced. vbi ait,

ex venditiooe nulla, seo inutili non debeti laude-
mium: sicut non debeti gabellam, tradit Bartol. in
d.l.vltim. §. fin autem, & ibi etiam Bald. in §. sed quia
nostra maiestas, col. 1. vers. quærit hic, & Paul. Castrens.
col. 2. Thomas Vaz tom. 1. allegat. iur. allegat. 87. num. 9.
Barbos. Pater in Remission. ad Ordinat. Regiam, lib. 4.
tit. 38. num. 59. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gloss. 2.
num. 6. Eò quia alienatio nulla non est in considera-
tione, l. non putauit, §. non quæuis, ff. de bon. possess. con-
tra tabul. l. continuus, §. cum quis, ff. de verbor. obligat.
Bald. in l. quid ergo, §. cum autem, ad fin. per text. ibi, ff. de
his qui notant. infam. Idem Tiraq. in legib. connubial. gl. 8.
2. num. 25. & est alia ratio, quia ex contractu nullo non
transfertur dominium; vt tradit Bartol. in l. 1. § si
vir vxor. ff. de acquir. possess. Non ergo debetur lau-
demium ex contractu nullo, & ex venditione oulla,
vt in specie scribens resoluit etiam Foller. in tract. de
censib. num. 55. fol. 229. & Chassaneus in consuetud.
3. Burgund. rubric. 11. §. 1. sub num. 3. Item quia quod
nullum est, nullum iuris producit effectum per re-
gulam, non præstat, de regul. iur. in 6. Iuuat quoniam
quod nollum est, non potest diei factum, l. 4. §. con-
demnatum, ff. de re iudicat. l. 2. in fin. ff. quemadmodum
4. testamenta aperiantur. Ideireo si vir authoritate pro-
pria, sine tamen authoritate vxoris vendat bona im-
mobilia, contractus est nullus, ex lege nostra lib. 4.
Ordin. tit. 48. in princip. & ex consequenti, ex vendi-
tioue emphyteuticæ rei non debetur laudemium, si
tradatur emptori fundus sine consensu vaotis, quia
maritus nulliter alienauit: Bald. in l. 2. C. de Episcop.
audient. Quare quod attinet ad propositum nostrum,
siue alienatio sit inutilis, & nulliter facta à parte
ante, siue à parte pòst, rescindatur tamen ex causa
de præterito non debetur laudemium; vt eaponit
Modern. in 1. p. consuet Paris. § 23. num. 9. in 3 p. § 55.
num. 27. Atque ita restitui debet laudemium sic ac-
ceptum, vbi primùm constiterit de nullitate aliena-
tionis: vt bene notat Pinell. in l. 1. C. de rescind. vend.
p. 2. cap. 3. num. 35. vers. quoad laudemium.

Sed quid dicendum, si vendirio annulletur be-
5. neficio legis 2. C. de rescind. vendition. & declaretur
ea euormissima læsione oullius momenti? Respon-
deo laudemium debeti, vbi fuit facta transactio, si
per arbitros iubeatur suppleri pretium, quando al-
ter iam extitit dominus huic secundo esse redden-
dum: ita Barbos. filios in suis additamentis ad remis-
siones patris, lib. 4. Ordin. tit. 38. num. 145. §. Neque ex
venditione nulla, Cald. Pereir. de extinct. cap. 16. num. 51.
& expressè, num. 88. §. sed nihilominus, ex eo quòd
actio personalis competens ratione rei transit ad
successorem eum ipsa re: per text. in l. si tertius 6.
§. si quis prius, & ibi Glossa, verbo, transibit, ff. de aqu.
pluu. arcend. vbi Lex ait: Si quis prius quam aqua pluuia
arcenda agat, dominium ad alium transtulerit fundi, de-
sinit habere aqua pluuia arcenda actionem, eáque ad eum
transibit, cuius ager esse cœpit: propter quod funda-
mentum actione personali potest cogi emptor ad
solutionem laudemij, cùm illius exactio respiciat
rem, & propter nouam concessionem impendatur.
Faciont tradita à Guidon. Papæ. decis. 535. vbi re-
soluit pœnam pecuniariam incursam ratione male-
ficij patrati à Titio, tempore primi conducentis
easdem pœnas, esse adiudicandam secundo condu-
ctori, non verò primo; quia tempore secundi con-
ductoris fuit Titius damnatus ad solutiooem pœnæ:
per text. in l. qui explicandi, C. de accusation. ibi, cuius
finis in Iudicis potestate, ac motu situs est: & per l. fur-
ti §. sin autem, ff. de his qui not. infam. argum. leg. quod
ait, in princip. ibi, ff. de adulter.

6. Ego tamen po[illegible]us dixerim non secoodo domi-
no, hoc est emptori, sed primo venditori scilicet,
laudemium [illegible] uend[illegible], quia dum vendidit em-
phyteusim emphyteuta, proprietarius dominium
directum retinebat, ergo illi, & non successori de-
betur: ita Boër. quæst. 5. num. 16. vsque ad 22. vbi
concludit post Bald. Imol. Alexand. & Iason. in l. fin.
de iurisdict. omn. iudic. condemnationem pecunia-
riam non ad secundum, sed ad primom arrendato-
rem pœnatum pertinere; per l. quæcunque actiones,
ff. de obligation. & action. & l. seu, qui puteum, §. si
postea, ff. quod vi, aut clam. Et probatur à simili
exemplo gabellæ, vbi dicitur, quod quando ven-
ditor læsus est, & emptor vult reducere contractum
ad æqualitatem, persoluitque quod defuit ad iu- 7.
stum pretium; tunc incrementum gabellæ, quod
accrescit ex augmento pretij, soluendum esse gabel-
lario, qui erat tempore prioris venditionis; & si-
militer incrementum laudemij, quod ea augmento
pretij accreuit domino; non verò domino, ac ga-
bellario, qui fuerit eo tempore, qoo venditio ad
æqualitatem iusti pretij infimi redacta fuit; quia
non datur noua venditio modò diuersa à priori, sed
reductio prioris venditionis ad æqualitatem iustam:
ita Lassarte de decim. vendit. cap. 4. num. 14. quem se-
quitur Molin. de iustit. tom. 2. disput. 249. §. quod verò
attinet, subdens, si autem emptor fuit læsus vltra
dimidium iusti pretij emens, venditore volente re-
ducere ad æqualitatem contractum, restituereque
excessum, fiscum non posse retinere gabellam ex-
cessus pretij vltra dimidium acceptam, quando ven-
ditio iniustè fuit celebrata à principio: quod addi-
tum non puto verum; quia cùm illa venditio vltra
dimidium iusti pretij non fit omnino nulla ipso iu-
re, & fuit absolutè & perfectè valida, per illam
acquisiuit fiscus ius ad gabellam, & rescissio in fa-
uorem læsi non potest illi ius quæsitum auferre: ita
Lassarte vbi suprà, num. 17. per l. 1. tit. 17. lib. 9. noua
collection. quæ decernit, vt gabella totius pretij, pro
quo res fuit vendita, soluatur, quia venditio fuit
perfecta, & valida. Facit pro hac parte Pinell. l. 2.
C. de rescind. vendit. p. 2. cap. 3. num. 35. dicens si ven-
ditio rescindatur beneficio d. legis 2. Cod. de rescind.
vendit. & non reducatur ad æqualitatem, sed vter-
que discedat à contractu; sicco rescisso, laudemium
reddendum esse emphyteutæ; gabellam verò post
rescissionem contractus manere penes fiscum; ne-
que ab eo repeti posse. Quod etiam multò antea tra-
didit Modern. in consuetud. Paris. §. 22. num. 18. ad fin.
charta 206. col. 3. & num. 42. & 43. eod. §. 22. Secùs di-
cendum est, quando contractus est ipso iure nullus,
quia ex contractu nullo non debetur gabella, & so-
luta restitui debet, secundùm Doctores communiter
in l. 2. vbi Bald. C. de Eunuch. Auend. respons. 13. n. 3.
Lassarte de decim. vendit. cap. 14. num. 1. post plures,
Cald. Pereira, d. cap. 16. num. 68. Cabed. 1. p. decis. 18.
num. 4. & Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gloss. 2. n. 7.
multis ibi citatis, charta 17. Garci. de expens. cap. 18.
num. 48. & 49. opinatur, quando contractus fuit va-
lidus, etiamsi postea ea pacto, vel consensu, vel ex
remedio l. 2. C. de rescind. vendit. venditio rescissa sit,
laudemium non esse restituendum à domino, qui
consentit venditioni, quia verè emphyteusis muta-
uit manum, & verè emphyteuta nouus existit em-
ptor. Item dicit de venditione rescissa à minore be-
neficio restitutionis in integrum: lege illum num. 51.
dicens verè posse dominum retinere laudemium,
quia verè mutata fuit manus, & dominus rectè ac-
cipit laudemium.

Consequens est vt dicatur, an de vendirione con- 8.
ditionali debeatur laudemium? Decisio est negati-
na; sic Surdus decis. 305. num. 18. Tiraquell. de retract.
lignag. §. 1. gloss. 2. num. 21. Camill. Borrel. in summ.
tit. 35. num. 70. donec existat conditio: Parisiens. in
consuetud. 2. p. §. 55. gloss. 1. num. 39. subdens non de-
beri,

beri, quamuis ex vna parte ad pretij solutionem, & ex altera ad rei traditionem deuentum sit: quod etiam repetit *in 1. p. §. 15 gloss. 5. num. 24.* Ratio est, quia ante conditionem impletam non censetur venditio perfecta, sed ita pendet vt conditione deficiente possit contractus reddi irritus; ideò non debetur laudemium nisi ex pura, atque perfecta alienatione. Neque obstat quòd pendente conditione neutri contrahentium fas est, altero repugnante ab eo contractu resilire, vt tradit Lassarte *de decim vendit. cap. 5. num. 1.* multis *ibi* allegatis: Quia hoc non obstante antequam impleatur conditio, mutuo consensu possunt contrahentes à contractu deuiare. Quocirca non debetur quinquagesima nisi conditione aduenientе, & consequenter nec gabella soluenda est, vt est communis sententia: Gomes. *2. tom. variar. cap. 11. num. 30* Lassarte *d. cap. 5 à n. 1.* Eo quòd contractus adhuc non subsistit perfectè, & dissolui potest: post Bartol. *ex l. dotis fruct. § vlt. ff. de iur dot.*

9. Restat adhuc dubium cuinam gabellario, aut conductori laudemiorum sunt hæc onera soluenda, illisne, qui tempore contractus fuerant, an illis, qui fuerint tempore adimpletæ conditionis: Videtur dicendum illis, qui tempore contractus fuerunt, quia de natura contractus conditionalis est, vt impleta conditione retrogrediatur eius virtus ad articulum temporis, quo fuit initus contractus, & ab eo tempore debentur illi tributa domino, & gabellario, qui aderant celebrationi contractus: Lassarte *d. cap. 5. n. 10.* Gomes. *d cap. 11. num. 3. § tertius effectus*, vbi ait gabellam deberi primo conductori, argumento textus *in l potior, ff. qui pot. in pign. habe.* & expresse Bartol. *in l. cum Titio. ff ad leg. falcid 2. col* & *ibi* Paul. & communiter Doctor. Roman. *in l. si stichum, §. stipulatio, ff. de iurisdict. omn indic.* Ioann. de Firm. *in tract gabell. 6. p 1 q. vol. 1.* Similiter dicendum, quando venditio facta fuit sub modo; quia hæc venditio non suspenditur, sed confestim perficitur, etiam modo nondum adueniente; igitur statim, vt facta fuit sub modo debetur decima, vt vult ipse Lassarte *citat. num. 9.* cùm modus non suspendat, sicut conditio suspendit, & retrogreditur, si adimpletur, modò conditio sit casualis, aut mixta: quòd si fuerit conditio potestatiua, non trahit retrò contractum; ac proinde si venditio fiat sub conditione potestatiua, laudemium, & decima solui debet gabellario, ac domino, qui fuerint tempore existentis conditionis: ita Gomes. *d. n. 30 § Limit. tamen.* Couarr. *in practic. cap. 39. num. 2. vers. tertio est.* Ratio huius discriminis esse potest, quoniam quando conditio est casualis, non dependet à contrahentibus, sed à casu, vel natura, vel à facto Dei; sed quando est conditio potestatiua, in sua est potestate quando velit eam implere: Vnde non retrotrahitur, cùm eis imputetur: Bald. *in l. si is, qui pro emptore, ff. de vsucap. col. 4. num. 46.* & *ibi* Iason *num. 307.* Quòd si conditio potestatiua ita se habeat, vt impleri nequeat, si alter contrahentium recuset, retrahi nullo modo potest: nihilominus si altero inuito ex contrahentibus, alter eam implere potest, quamuis conditio sit potestatiua, retrogreditur ad tempus celebrati contractus impleta conditione, & tributa primo conductori debentur, non verò conductoribus qui extiterunt tempore conditionis existentis: ita Couarr. *suprà* contra Lassarte, *num. 13.* pro qua parte Couarr. adducit *l. qui balneum, §. amplius, ff. qui potior. in pig habe.* Ex quo §. *amplius.* apparet conditionem potestatiuam, quæ repugnante debitore potest adimpleri, retrotrahi: ideò de hac, sicut de conditione casuali, ac mixta, dictum restat: Couarr. *d. num 5. §. tertio est optimus textus.*

10. Quid de permutatione an debeatur laudemium, quando fit permutatio de re immobili cum re etiam immobili? Negant communiter Doctores, Bortel. *in summa decis. tit. 35. n. 78.* Boët. *decis. 263. in princip.* Alber. de Rosat. *1. p. Statut. q. 110. Statuto Parmæ cauetur,* Guido Papæ. *decis. 92.* post Petrum Iacob. quem refert; sequitur etiam Bessanius *in consuetud. Albernia, fol. 150. col. 2.* resoluens ita in praxi seruari. Ratio illorum est, quia huiusmodi contractus permutationis nullam venditionem continet ex se, vnde quando non constat ex mente contrahentium, quid agere voluerint, attenditur ad id, quod in contractu præponderet: quòd si præponderat species, non verò pecunia, est permutatio: ita Ioann. Andr. Ancharan. Panor. & alij *in cap. ad quæstiones*, per text. *ibi*, *de rerum permutat.* igitur non debetur pro ea laudemium; quandoquidem non est venditio.

Alij contra non perperam tradunt, quando emphyteuta permutat rem centum valentem, cum re quæ valet sexaginta; & quod superest, vt ad æqualitatem reducatur, recipit in pecunia, soluendum esse laudemium ex supplemento, non verò ex re: ita Bald. Cyn. & Angel. *in l. quæritur, ff. de statu homin.* sequitur Tiraquell. *de retract. lignag. §. 30. gloss. 1. num. 38. & gloss. 3. in princip.* quibus accedit Barbos. Pater *in Remission. ad Ordin. Regiam lib. 4. tit. 38. num. 59. §. laudemium non debetur,* & Barbos. Filius *in suis castigationibus ad Remission. Patris, super eundem titul. 38. fol. 19. n. 143.* vbi addit ex permutatione rei immobilis cum immobili non deberi laudemium: ex Bortell. *d. tit. 35. num. 78.* subdens *num. sequent.* deberi, si permutetur res immobilis, cum re mobili, vel cum re consistente in pondere, numero, & mensura: & *num. 84.* facta commutatione rei immobilis cum immobili, si addatur ex vna parte pecunia aliqua, vt adæquetur valor alterius partis, si maior sit pars pecuniæ, censebitur venditio, & debebitur laudemium: si autem sit minor pars pecuniæ, non debebitur; quia non erit venditio, sed permutatio: quæ doctrina est valdè probabilis, & in praxi potest admitti, nisi aliqua consuetudo obstet.

Salua tamen consuetudine, si qua est, probabilius puto ex permutatione indistinctè esse soluendum laudemium; quia ratio suadet, vt soluatur, quoties gabella soluitur: sed ex permutatione gabella soluitur, ratione cuius per Iudicem res permutatæ æstimantur, vt tradit Ludou. Lop. *lib. 2. instruct. de contract. c. 32. de Laudem. soluend. § respondetur ergo breuiter.* Quinimo P. Molin. *de iustit tom. 2. disp. 397. in princip.* ait non solùm deberi gabellam ex permutatione, vnam, sed duplicem, tam in Regno Castellæ, quàm Lusitaniæ secundùm rerum valorem quæ permutantur, siquidem in vna quaque duplex venditio reperiri censetur; iuxta *l. sciendum, §. si quis permutauerit, ff. de ædilis. edict.* Vna rei vnius, quæ permutatur, & altera rei alterius, quæ cum hac permutatur; quamuis non debeatur gabella de iure communi priusquam permutatio, mutua vtriusque partis traditione consummetur: Lassarte *de decim. vendit. c. 17. n. 25.* & Bertachin. *de gabell p. 3. partis octauæ, n. 48.* Quod etiam in Regno Castellæ, Mench. vult. *lib. 1. controu. c. 11. n. 21.* accedit Parlad. *lib. 1. rer. quotid. c. 3. n. 28. cum sequentib.* subdens *n. 32.* re tradita vectigal deberi publicano, qui fuit tempore conuentionis; non autem illi, qui erat tempore traditionis. Idem tradit Anton. Gomes. *tit. de contract. lib. innominat. in princip.* ex eo quòd quando finis necessariam habet consequentiam ad principium; attenditur, non ad exitum, sed ad principium; per text. & *ibi* Bartol. *in l. 3. § 1. ff. de minor. l. 3. C. ad Senat. consult. Maced l. 1. C. de impon. lucratiua descript. lib 10.* Auendan. *respons. 29.*

Nec obstat, si de scriptura inter partes conueniatur facienda, vectigal seu Gabellam deberi posteriori publicano, velit Gomes. *tom. 2. cap. 5. num. 17.*

Quia datur differentia; nam is finis non habet necessariam consequentiam ad principium, potest enim quisque ex contrahentibus resilire à contractu, altero repugnante, antequam scriptura rogata conficiatur, vt habetur *in principio, Instit. de emption. & vendition.* Proinde posterioris publicani, sub quo confecta fuit scriptura, potior est causa. Cùm igitur in nostro casu debeatur gabella, vt dictum est; similiter etiam in causa permutationis magis placet laudemio soluendo domino locum fore: quæ pars veritati magis accedere videtur: ita Capell. Tholos. *quæst.* 27. Faber *in l. fin. C. de iur. emphyt.* & *ibi* Iason *num.* 111. *ad fin.* Et probatur, quia emphyteuta non potest permutare domino irrequisito, cum permutatio sit affinis venditioni, *l. fin. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. 2. Cod. de rer. permut.* Quinimò, vt dixi, est species venditionis, *d. l. sciendum, §. deinde, ff. de ædilit. edict.* Ideo sicut non potest vendere emphyteuta, sic nec permutare inconsulto domino; alias cadit à iure suo: Iason *in d. l. fin. C. de iur. emphyt.* Sarmient. *lib. 3. selectar. cap. 2. num.* 20. Imol. *in cap. potuit, de locat.* Gregor. Lopez *in l. fin. tit.* 8. *part.* 5. *gloss.* 3. & constat ex Ordin. Lusitan. *lib.* 4. *tit.* 38 *in princip.* ibi: *Nam podera vender, nem escambar*, idest, nec vendere, nec permutare; & paulò inferius: *E querendo o foreiro vender, ou escambar deue o primeiro notificar ao senhorio*, hoc est debet priùs id domino denunciare si velit vendere, vel permutare. Cùm ergo emphyteuta dominum requirere debeat, vt permutationem laudet, & approbet, & nouum emphyteutam inuestiat, & recognoscat; ideò non est dubium illi deberi laudemium: quod etiam constat ex nostra ordinatione *d. lib. 4. tit.* 38. *in princip. ad fin.*

12. Quæstionis est quid sequendum in foro conscientiæ, quando ambigitur de soluendo laudemio? Responsio sit, reddendum domino in vtroque foro quando constat deberi: per *l. 3. ff. de eo quod certo loco, & l. 1. C. de sentent. quæ pro eo quod.* Gloss. *in cap. conquestus, de vsur.* quia exactio laudemij non est pœnalis, sed continet interesse domini directi, quatenus ipse rem tradidit in emphyteusim, pro minore pretio emphyteutæ, sperans ex venditione, seu alienatione decursu temporis facienda, se recuperaturum partem pretij per receptionem laudemij: Nauarrus *in Manual. Latino, cap.* 23. *num* 66. quem sequitur Ludouic. Lop. *c.* 32. *de Laudem. tom. 2. de contract. fol.* 180. Quòd si non constet de obligatione soluendi, & quælibet sententia probabilibus argumentis defendatur, ob multiplices Doctorum intellectus, non sunt emphyteutæ à Confessoribus cogendi ad soluendum laudemium, ne exponant se periculo spoliandi pœnitentes, quorum potiores sunt partes in hoc dubio, cùm possideant, ideò ante sententiam definitiuam vltimam, à qua non licet iam appellare, possunt laudemia retinere, donec vltima feratur contra illos sententia. Quæ doctrina defenditur argumento gabellarum in dubio an sint iustæ, & consequenter soluendæ; communis sententia est non deberi in conscientia, quando non constat de illarum iustitia: ita Molin. *tom. 3. de iustit. disput.* 674. post Caietan. *verbo, vectigal.* Angel. *verbo, pedagium, num.* 6. Syluest. *verbo, gabella* 3. *num.* 9. Gabriel *in 4. d. 15. quæst.* 5. *conclus.* 7. Medin. *de restit. quæst.* 13. & alios, quos citat; quoniam in dubio melior est conditio populi possidentis; sic in nostro casu est etiam decidendum.

13. Illud tamen non minus assiduè controuertitur; vtrùm venditione iam perfecta, partiúmque deinde communi voluntate rescissa, laudemium debeatur, ac gabella? Ex dictis §. *præcedenti, num.* 13. colligitur quid dicendum. Quare omissis in vtramque partem rationibus, scilicet nec laudemium, nec gabellam deberi, si contractus etiam perfectus incontinenti dissoluatur, antequam ad extraneos actus contrahentes diuertant: tunc enim perinde se res habet, ac si nihil actum sit, quia re integra rescissa fuit venditio: Camill. Borrell. *in summa decis. tit.* 35. *num.* 74. Modern. *in consuetud. Paris.* 1. *p.* §. 22. *n.* 100. & 2. *p.* §. 55. *gloss.* 1. *n.* 31. Quoniam antequam tradatur emphyteusis non est ius quæsitum domino directo ad exigendum laudemium, nec gabellario ad gabellam; vt in specie censet Martin. Laudens. *in l. iuris gentium, §. quinimo, ff. de pact. num.* 12. & re integra possunt incontinenti contrahentes discedere à contractu vsque ad traditionem absque vllo domini directi præiudicio: sequitur Cald. Pereira *de extinct. cap.* 16. *à n.* 45. *cum sequentibus, & n.* 78. *ad fin.* subdens cum cit. Authore 1. *p. consuetud. Paris. d.* §. 55. *gloss.* 3. *n.* 22. non deberi laudemium nisi ad traditionem ventum sit: quibus accedunt Surdus *decis.* 31. *n.* 8. & *decis.* 200. *n.* 3. Barbosa Pater *in suis remissionib. ad Ordinat. Regiam, lib.* 4. *tit.* 38. *n.* 59. vbi ait, nihil deberi ante traditionem; & Barbosa filius *in additionibus ad Patrem, eodem titulo* 38. *num.* 139. dicens deberi quando res non est integra: secùs si sit integra, idest si ad traditionem non factus sit transitus.

Neque quoad gabellam discordat Parladorius *lib. 1. quotidian. rer. cap.* 3. §. 4. *num.* 1. dum resoluit contractu absoluto, & de communi consensu rescisso incontinenti, vectigal non deberi: longè aliter si ex interuallo, & post traditionem denuò inter partes actum fuit, vt ab emptione discedant; tunc enim & laudemium domino, & vectigal fisco debitum ex primo contractu soluendum est; eò quod ius domino, & fisco quæsitum, partes ex sua noua conuentione auferre nequeunt. Quinimò ex resolutione contractus facta per nouum contractum, iam re non integra, alterum laudemium, atque alterum vectigal deberi tradit Molin. *tom. 2. de iustit. disput.* 373. *col.* 1. & 2. post Gomes. *tom. 2. variar. cap. 2. num.* 31. & Lassarte *de decim. cap.* 14. *num.* 9. & *num.* 70. id affirmantes ex communi Doctorum sententia in vtroque foro.

Superest videamus, an de venditione vsusfructus possit accipi laudemium? Pars affirmans ex eo videtur probari, quia emphyteuta non potest domino inconsulto vendere ius vtendi fruendi, ex ea ratione, quia emphyteutæ absolutè interdicta est alienatio; igitur non poterit nec ad vitam sine domini consensu constituere vsumfructum, per *l. vltim. Cod. de reb. alien.* vt tradit Molin. *de possess. maior. lib. 1. de primog. cap. 19. num. 29. & cap. 20. à num.* 8. Nihilominus resolutio negans deberi laudemium ex venditione vsusfructus est vera, & certa. Ratio principalis est, quia constitutio vsusfructus irrequisito proprietario valet saltem ad vitam constituentis, quia potius accedit ad commoditatem fructuum percipiendorum, quàm ad proprium vsumfructum, cùm extinguatur morte concedentis: *l. necessario, §. fin. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* Item quia hic vsusfructus impropriè appellatur sic, teste Pinell. *l. 1. C. de bon. mater. p. 3. num. 71. vers. Addo etiam.* Accedit, quoniam appellatio vsusfructus duraturi ad vitam concedentis non cadit sub prohibitione *vlt. leg. C. de reb. alien. non alien.* sed tantùm constitutio vsusfructus perpetuò duraturi: Barbos. *in l. vsusfructu, ff. solut. matrim. à n.* 15. Probatur etiam fortiter, quia si emphyteuta sine consensu domini alienet suas meliorationes, reseruato sibi suo vtili dominio, non incidit in Commissum: Bald. *in l. vlt. C. de iur. emphyt. n. 2. vers. oppo. & in c. Quæ in Ecclesiar. n. 2. c. de constit.* & sequitur Ripa *respons. 4. num. 9. de iur. emphyt. vol.* 2. & consequenter si alienet commoditates suas duntaxat, præsumitur sibi seruare vtile dominium. sic Ripa *d. respons.* 4. Bald. *in l. 1. num. 1. vers. caue tibi, C. si pig. pignor. dat. sit.* Item quia quamuis non possit rem emphyteuticam alienare, potest tamen ius suum cedere, quod habet: 14.

Mantica

Mantica *de tacit. & ambig. tom.* 1 *lib.* 22. *tit.* 28. *à n.* 15. Sed quando quis sine consensu domini potest alienare, cessat exactio laudemij, & à fortiori in nostro casu, vbi non apparet prohibita alienatio rei emphyteuticæ, sed alienatio commoditatum ipsius emphyteutæ: & in terminis huius opinionis sunt Petrus Auendan. *respons.* 13. *col.* 3. *vers. tertia conclusio.* Modern. *in consuetud. Paris.* 2. *p.* §. 55. *num.* 12. *& in* 1. *p.* §. 17. *gloss.* 4. *in principio*, *&* § 21. *num.* 9. *&* §. 23. *quæst.* 20. subdens 1. *part.* §. 22 *num.* 152. deberi laudemium, si vendat vtile dominium reseruato sibi vsufructu, & consequenter priuari iure suo, si id faciat domino inconsulto: Barbosa Pater *in remiss. ad ordin. Regiam*, *tit.* 38. *num.* 59. & Barbos. filius *in suis castigationib. super eodem tit. num* 140. quia vsusfructus differt à commoditate fructuum, vt nouissimè iudicatum fuit, teste Aloys. Riccio *in decis. Curiæ Archiepisc. Neapol.* 1. *p. decis.* 118. quem *ibi* Barbos. filius referens sequitur.

15\. De venditione reditus verius est non deberi laudemium, vt Molina *tom.* 2. *de iustit. tract. de censib. disp.* 381. *de reseruatiuo cens.* §. 3. Gutier *de iur. confirm.* 1. *p. cap.* 51. *num. penult.* Sotus *de iustit. lib.* 6. *quæst.* 5. *art.* 2. *col.* 3. *circa secundum argumentum*, & Modern. Paris. *in consuetud. Paris.* 2. *p.* §. 58. qui omnes fatentur de constitutione seu venditione horum redituum etiam specialiter super certis fundis censualibus, nulla laudemia dominis directis deberi: sequitur Gaspar. Roderic. *lib.* 2. *de annuis reditib. quæst.* 4. *num.* 4. & cauetur *in Motu Pij V. anno Domini* 1569. 4. *Kalendas Februarij concesso*, non posse repeti ratio venditionis rei, super qua est constitutus census redimibilis.

Similiter si debitor reditus alienet hypothecas eiusdem reditus, creditor reditus non potest exigere laudemium, quia creditor non est dominus directus hypothecarum; sic Rodericus *de reditib. lib.* 1. *quæst.* 3. *num.* 6. *& lib.* 2. *quæst.* 4. *num.* 14. *& quæst.* 22. *num.* 25. *eod. lib.* 2. Ratio, quia emptor reditus non emit domum, vel fundum, super quo reditus constituitur, & breui manu reddit venditori, vt super eum reditum constituat, vt non bene, nec caute asserunt Matienzo *ad l.* 3. *Castella, tit.* 15. *lib.* 5. *recopil. gloss.* 4. & *ibi* Azeued. post Gomes. *in l.* 68. *Tauri, num.* 2. quoniam hæc fictio nullo iure probatur, imo fictio eget lege, & ab homine non inducitur, teste Moderno Paris. *in consuetud. Paris.* 1. *p.* §. 1 *gloss.* 5. *num.* 40. post Bart. *in l. si is qui pro tempore, num.* 24. & *ibi* Iason, *num.* 175. *de vsucapion.* & aduersatur hæc fictio voluntati contrahentium, qui nolunt domum, seu prædium hypothecatum reditui emere, aut vendere, sed duntaxat reditui annuo obligare. Cùm igitur actus non operetur vltra agentium intentionem, *l. non omnis, in pr. ff. si certū pet.* dicendum est non emi fundum, dum reditus super eo constituitur, neque venditorem abdicasse à se dominium fundi, sed tantùm illum obligare ad solutionem reditus, sempérque manet fundus allodialis: vt bene censent Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 11. *num.* 5. Gregor. Lopes *l.* 28. *gloss.* 3. *tit.* 8. *part.* 5. Menoch. *cons.* 997. *num.* 1. *lib.* 10. & Gutier. *cons.* 47. *num.* 2. contra Pelaez *de maiorat.* 1. *p. q.* 40. *num.* 9. falsò asserentem debitorem reditus habere vtile dominium bonorum, quæ reditui obligantur, eò quòd in emptione reditus solùm emitor ius exigendi singulis annis certam pensionem, & res hypothecatæ reditui manent penes venditorem, seu debitorem: *l. pignus, C. de pignor.*

Resolutio igitur sit iuxta hanc doctrinam non esse soluendum laudemium creditori reditus reseruatiui, seu censualis, aut reditus consignatiui ex venditione hypothecarum; vt bene deciditur à Roderico *d. lib.* 2. *quæst.* 4 *num.* 14. *& quæst.* 22. *num.* 25. addens si contingat dominum in constitutione census reseruatiui, ius petendi laudemium etiam reseruasse, præsumi contractum emphyteuticum, quotiescumque vendatur res, super qua reditus fuit constitutus: Menoch. *præsumpt. lib.* 3. *quæst.* 105. *num.* 7. creditori enim reditus emphyteutici, si res emphyteutica vendatur, debetur laudemium: *l.* 1. *C. de iur. emphyt. l.* 1. §. *si conuenerit, ff. deposit.* Decius *cons.* 158. *n.* 5. *vers. & sic duplici ratione.*

Denique laudemium non debetur, quando quis non possidens actionem, vendit illam, non enim vendit rem, qui actionem ad illam vendit; sed ex venditione rei debetur laudemium: ita Fuller. *lib. de censib. num.* 58. Modern. 2. *p. consuetud. d.* §. 55. *gloss.* 3. *num.* 4. *& eadem* 1. *p.* §. 23. *num.* 22. iterum repetit; & probatur *ex l. minus, ff. de regul. iur.* vbi dicitur, *minus est actionem habere, quam rem.* Item, quia exactionis laudemij vis est odiosa, & stricte accipitur; ideò non est amplianda de actione ad rem, ad ipsam rem, idest ad ipsum fundum; non enim vendit fundum emphyteuticum, qui vendit actionem ad illum: Bartol. *in l. nemo, ff. de in integ. restit.* Secùs si quis vendat actionem realem, hoc est rei vendicationem, tunc debetur laudemium, nempe, si quis emat à Titio actionem ad emphyteusim, quam Titius habebat, ex titulo donationis, verbi gratia, à domino vtili; vbi primùm excluserit possidentem, & possessionem assecutus fuerit, debet laudemium: Doctor cit. *vbi supra* 2 *p.* §. 55. *gloss.* 3. *n.* 16. Item non debet laudemium qui vendit seruitutem prædialem, quia ea seruitus potest imponi ab emphyteuta dum viuit irrequisito Domino: Cald. Pereira *de extinct. cap.* 5. *num.* 22. neque ex hoc creatur præiudicium domino, quia finito iure dantis, resoluitur ius accipientis, *l. lex vectigali, de pignor.* 16.

Nihilominus hoc de iure Lusitano *lib.* 4. *tit.* 38 *in princip.* fieri non potest, cùm ibi prohibeatur alienare per hæc verba: *nam podera vender à cousa aforada, nem escambar, nem doar, nem alhear sem consentimento do senhorio.* Ideò non potest quis obligare rem alienari prohibitam, *l. in quorum, ff. de pignor.* & *ibi* Bartol. Laudemium tamen non est soluendum; quia non venditur ab emphyteuta ius emphyteuticum, nec seruitus, licèt sit onus, non est pars fundi: idem Auctor *in consuetud. Paris.* §. 55 *gloss.* 3. *n.* 3. 17.

Similiter etiam non debetur ex transactione laudemium: Ratio, quia emphyteuta præstando pecuniam agenti pro concordia, non alienat, cum semper emphyteuta fundum penes se habeat, neque ad hoc requiritur consensus dominicalis: Iason *in d. l. fin. C. de iur. emphyt. quæst.* 10. *num.* 121. Cald. Pereira, *de extinct. cap.* 9. *num.* 34. Atque ita non debetur laudemium, vt bene resoluit Modern. *in consuetud. Paris.* 1. *p.* §. 21. *num* 6. Bertrand. *cons.* 321. *lib.* 2. Quod intellige, dummodo pecunia non præstetur ab emphyteuta ob remedium *l.* 2. *C. de rescind. vendition.* eò quòd res fuerit empta pretio infra infimo, & ob id fuit addita pecunia in supplementum pretij iusti, quod defuit: nam tunc debetur laudemium ex supplemento, vt dictum est; ita Follet. *de censib num.* 63. Cald. Pereira *de extinct. cap.* 16. *n.* 6. post Rebuff. *in l. appellatione rei,* 72. *ff. de verbor. signif. vers. quinto etiam procedit.* 18.

Nec soluendum est laudemium, si inter hæredes fiat diuisio rei emphyteuticæ pro filiis, seu hæredibus concessæ, & vni eorum adiudicetur secundùm *l. Regiam Lusitanam, lib.* 4. *tit.* 96. §. 23. Ratio est in promptu, quoniam huiusmodi alienatio est necessaria, & semper adiudicatur vni ex iis vocatis, & comprehensis in concessione emphyteutica: nec ex hac alienatione fit præiudicium domino; ideò non debetur laudemium: Iason *in d. l. fin. num.* 42. *C. de iur.*

emphyt. Cephal.*lib.1.conf.27. à num.18. cum sequentib.* Quòd si hæredes discordent inter se, & velint vendere, vt præcipitur in eadem lege Regia *d.tit.96.* §. 23.ibi: *nam se acordando mandamos que elles seiam tendos de venderem os ditos bens assi aforados no dito tempo dos seis mezes*; in quo euentu, si aliquis ex cohæredibus totam emphyteusim emerit, tanquam quiuis alius extraneus, præstabit laudemium, detracta portione suæ parti respondente; quia tanquam extraneus, & quilibet de populo emit: Modern *in consuet. Paris.2.p.tit.55.gloss.1. n.170.* Cald.Pereir.*de extinct. cap.16.n.33.fol.186.col.2.*

19. Non tamen leue occurrit dubium vtrùm debeatur laudemium, si secundus emphyteuta à primo emphyteuta de licentia proprietarij constitutus ius emat, quod habet primus ille? Negat Valasc. *de iure emphyt.q.13. n.12.* ex Iasone *in l. fin.C. de iur.emphyt. num.40.* Ex eo quòd secundus emphyteuta habet vtile dominium, non verò primus: ideò cùm primus nullum omnino dominium habeat, nec secundus emat, potest venditio fieri inconsulto proprietario, & consequenter non debetur laudemium.

20. Oppositum tamen verius censeo ex contrario fundamento esse scilicet soluendum laudemium, quoniam secundus emphyteuta non habet vtile dominium, sed primus, qui retento sibi vtili dominio, transfert in secundum emphyteutam, seu subemphyteutam, vmbram duntaxat vtilis dominij, seu exercitium illius: ita Cald. Pereira *de renouation. emphyteusis, quæst.13.num.21.ad fin.* idem repetit *num.55.* tanquam verius; reiecta opinione Valasci *de iur. emphyt. quæst.13. num. 12.* Quod intellige, nisi primus emphyteuta expresse, dum fit subemphyteuticatio, transferat in secundum emphyteutam, seu subemphyteutam, totum suum vtile dominium: ita Valascus *cit.* post Iason. Gloss.& Alexand.*in l.3. §.ex contrario, num.35. de acquir. possess.* quod si id non declarat, non transmittit in secundum, nisi exercitium vtilis dominij, neque in rigore est emphyteuta, sed assimilatur potiùs conductori: vt diximus *disp.9. de nomination. emphyteus.* § 3. *num.19. vers. quæstio tamen est.* & primo emphyteutæ, non vero secundo competit ius petendi renouationem finita generatione, seu emphyteusi: Cald.Pereira *d.quæst.13.num.21. & num. 56.ad fin.* Ex quo constat nec primum emphyteutam posse vendere subemphyteutæ suum ius, seu vtile dominium, irrequisito domino directo: neque excusari à solutione laudemij facta venditione.

LIBER SEPTIMVS.

De obligationibus parentum petendi renouationem emphyteusis finita generatione.

DISPVTATIO XIV.

De obligatione renouandi.

§. I.

Quis debeat petere renouationem?

EPITOME.

1 *Dominum teneri renouationem facere est probabilius.*
2 *Ius renouandi est hæreditarium, transitque ad quoscunque hæredes.*
3 *Petens renouationem saltem debet esse de linea vltimi possessoris.*
4 *Ius renouandi legari, & prælegari potest. Et hoc est ex consuetudine. num.5.*
6 *Hæres defuncti emphyteutæ præferri debet cognatis illius.*
7 *Emphyteusis quando est concessa pro filiis, petens renouationem debet esse de illa generatione.*
8 *Cadente emphyteuta à iure suo non tenetur dominus renouare.*
9 *In petenda renouatione non est præferendus cæteris filius maior, nec filia maior.*
10 *Pater dum viuit potest præiudicare filiis eligendo vnum potius quàm alium, sicut dominus in renouando potest gratificare potius vni, quàm alteri.*

1. BREVITER nonnullis propositionibus rem concludam. Omissa parte negante hisce temporibus pro improbabili habita: Dominus directus finitis personis, quibus emphyteusis concessa fuit, tenetur eandem renouare hæredibus, aut descendentibus accipientis: ita Bartol. *in l.1. §. permittitur, ad fin ff.de aqua quotidian.* Mantic.*de tacit. & ambig.conuent tom.2.lib.22.tit.35.num.1.* Cabed.*1. p.decis.203. num.4.& 6. & num.10. ad fin.* vbi tradit sic fuisse iudicatum *anno domini* 1592. Cald. Pereira *de renouat quæst.8.num.2.* & nouissimè *in quæst.forens. cons.46. a num.3.* Pater Rebellus *de obligat. iustit p.2. lib.13.q.19.* P.Molin.*de instit.tom.2. disp.484.* Valasc. *consult.101.& 157.*Gam.*decis.41.*

Neque obstat domini directi paupertas, aut indigentia, ob quam aliqui concedunt dominum posse negare renouationem, & sibi assumere emphyteusim, quales sunt, de Ecclesiastica loquentes, Panorm. *in cap.bona, quæst.2. num.28. de postulat prælat.* Ripa *in l.1. num.9. ff.de priuileg.creditor.* Iul.Clar.§ *emphyteusis, q.43. num.vltim.* Cald. Pereira *de renouat. emphyt. q.8.n.17.* & Gam. *decis.41. num.1.* Ex eo fundamento, quia æquitas renouandi cessat vrgente dominum paupertate, & charitas incipit à propria persona; *l. præses, C. de seruit.& aqua*; Quoniam non obstante indigentia domini renouatio concedenda est, quando melioramenta extant in re emphyteutica, teste Decio *cons.131.* sicque accipienda est opinio Panor.*in d.cap. bone, quæst.2.* Cabed.*supra num 7.* vbi addit etiam posse admitti, quando necessitas superuenit inopinata. Quod etiam confirmat Gam. *decis.41.num.1. & num.8.* Quare si melioramenta reperiantur, non est neganda renouatio, n[illegible] superueniat post concessionem inopinata indigentia, soluto priùs pretio meliorament[illegible]m, vt diximus *supra disp.9.de nominat.§.12.num.4.* [illegible] 5.

Secunda propositio. Hoc ius renouandi est hæreditarium, & migrat ad quoscumque hæredes, quamuis in concessione emphyteusis adsit clausula, Quòd finitis generationibus libere redeat ad dominum, 2.

seu

seu Ecclesiam: Valasc. cons. 123. num. 13. vbi ait ita obseruari in iudicando, neque ex vi præfatæ clausulæ censeri sublatum ius renouandi: Gabriel. Pereira decis. 31. n. 4. quia tales clausulæ, imò & pacta, quòd emphyteusis cum melioramentis suitis ad dominum reuertantur, sunt quasi contra bonos mores apposita, ideò tanquam conuictui publico contraria, ac perniciosa reiicienda: quod priùs scripsit Caldas Pereira de renouation. quæst. 8. num. 19. & quæst. 11. num. 21. & 22. ad obligationem renouandi plurimùm iuuat reperiri melioramenta in re emphyteutica: Valasc. de iur. emphyt. quæst. 1. num. 20. & rursus q. 2. num. 7. quamuis Auctore Ioanne Garcia de expens. hoc non requiratur; sed sufficiat quòd res non sit deteriorata: lege illum cap. 15. num. 8. & Cald. Pereira de renouation. quæst. 8. num. 19. vbi ait coactum fuisse Monasterium Sancti Vincentij Vlissiponens. non obstante Indigentia pro se allegata, ad renouandum descendentibus, seu proximioribus agnatis vltimi possessoris. Quæ opinio est vtilior Reipublicæ, cùm in renouandi emphyteusi versetur ius publicum, non obstantibus iis, quæ in contrarium profert Gam. decis. 41. n. 6. & decis. 326 n. 8.

3. Tertia propositio. Petens renouationem, necesse est vt sit de linea, & agnatione, seu cognatione vltimi possessoris rei emphyteuticæ, neque requiritur quòd agnatus primi acquirentis sit, sed satis est quòd lineam agnationis ingrediatur; ita Tiraquell. de primog. quæst. 10. num. 21. Vnde sequenda est linea semel ingressa, & durante illa non est recedendum ab ea: cap. 1. ibi: ad eos omnes, qui ex eadem linea sunt, de natura successionis feudi, & tradidit Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 14. Et quandiu durant, qui ex linea vltimi possessoris procedunt, cæteris præferuntur, neque fit discrimen inter cognatos, & agnatos in materia renouationis, modò sint proximiores: sic Paris. cons. 101. lib. 1. Decius cons. 131. col. fin. Valasc. cons. 101. n. 1.

4. Ex dictis controuerti potest vtrùm ius renouandi vni ex liberis, sicut & personæ extraneæ prælegari possit? Cald. Pereira negat, de renouation. q. 17. num. 8. per text. in l. quod in rerum, 14. §. 1. ff. de legat. 1. ibi: si vsumfructum habeam, eúmque legauerim, nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est. Item quia hoc ius non est cessibile, cùm nullum ius in re quæsitum sit: idem Cald. quæst 9. num. 5. & quæst. 12. n. 13. & quæst. 19. num. 10. de renouat. vbi ait hoc ius esse personalissimum, & ideò non potest separari à persona, sed cum ea necessariò extinguitur: proinde ad hæredem etiam verum transferri non potest, l. priuilegia, ff. de regul. iur. ibi: quæ personæ sunt, ad hæredes non transeunt. Meliùs tamen Gabriel Pereira filius illius decis. 31. ait posse vltimam personam illud ius prælegare ex vsu & consuetudine, & praxi, quæ seruatur: & priùs illo asseruit Valasc. consult. 157. num. 11. tradens ius renouandi competere defuncto, quamuis sit suspensum, dum viuit, & illo defuncto incipit
5. competere cum effectu in persona hæredis, eritque in bonis defuncti ius renouationis tanquam pars patrimonij, & tanquam ius in re: Valasc. vbi promè, dict. consult. 157. num. 32. & Gabriel. Pereira supra dict. decis. 31. num. 4. vers. per quandam tacitam allusionem.

6. Quarta propositio. In petenda renouatione hæres defuncti emphyteutæ, quamuis sit extraneus, debet præferri cognatis defuncti: ita Alexand. ad Bartol. in l. si mihi, & Titio, ff. de verbor. obligat. num. 19. ad fin. & cons. 161. num. 2. lib. 6. Vnde fit, quòd si contingat maritum esse vltimam vitam, & relinquat vxorem hæredem, licèt ipsa sit persona extranea, obtinebit renouationem emphyteusis, modò illa sit eius naturæ, vt ad extraneos possit transire, sicut emphyteusis sæcularis, & Ecclesiastica, quæ fuerit de libera nominandi potestate, quamcunque voluerit. Ratio, quia in hoc casu satis est, quòd sit hæres, quamuis non sit descendens: Ripa in l. 1. num. 8. ff. de priuileg. creditor. Item quia hæres succedit in omne ius defuncti, l. hæres in omne, ff. de acquir. hæred. l. hæredem, ff. de regul. iur. Cùm ergo maritus, si viueret, haberet ius petendi renouationem, idem ius sibi assumet vxor ab eo hæres instituta. Iuuat Anchatan. cons. 134. num. 5. dum ait ius petendi renouationem esse hæreditarium, & ad hæredem pertinere, ideò præferendus est cognatis defuncti in petenda renouatione, etiamsi fuerit hæres extraneus: Alex. cons. 61. supra, n. 2. Hyppolit singul. 419. Valasc. ita consult. 157. num. 6. Gam. decis. 326. num. 30. num. 6. & 7. maximè, quia vxor, & vir non censentur personæ extraneæ, vt est text. in Authent. de non alien. collat. 2. & vxor dicitur coniuncta persona, l. cum aliena, C. de legat.

Quinta propositio. Quando emphyteusis est 7.
concessa pro se, & filiis, & descendentibus, vel in tertiam generationem, secundùm quod disponitur in Authentic. de non alien. §. emphyteusim, in hoc euentu post finitas tres personas petens renouationem debet esse de illa generatione, aut saltem de cognatione: Gam. citatus num. 7. vbi ait ex Decio cons. 78. esse ponderandam qualitatem concessionis; quæ si admittat descendentes, vel agnatos, esse admittendum hanc prærogatiuam habentem, quamuis hæres non sit vltimi possessoris; vt etiam firmat Ripa in d. l. 1. num. 8. ff. de priuileg. credit. & Gratus cons. 110. & Socin. cons. 9. num. 11. lib. 3. iuuat Bartol. in l. 1. §. permittitur, ff. de aqu. quotidian. vbi loquitur de descendentibus: quod esse receptum constat ex Curtio cons. 48. num. 9. Roland. cons. 3. num. 15. lib. 1. Itaque successor debet esse de descendentibus, vel etiam de agnatis, & cognatis, teste Anton. Gabriel. de iur. emphyt. conclus. 1. col. 4. num. 17. Valasc. consult. 101. n. 1. & 2. & consult. 157. ex num. 2. ad num. 6. quamuis non sint hæredes vltimæ personæ, nisi sit emphyteusis hæreditaria concessa pro hæredibus: Valasc. de iur. emphyt. quæst. 43. num. 2. Ruyn. cons. 12. num. 21. & cons. 151. num. 21. lib. 1. & Decius cons. 78. quia tunc oportet vt probet se etiam esse hæredem, & non sufficit, quòd sit descendens, vel agnatus, seu cognatus: aliter enim non ei debetur emphyteusis: nam tunc ius renouandi est hæreditarium, & sequitur hæredem: per Gloss. in l. 1. d. §. permittitur, ff. de aqu. quotidian. Atque ita si concessio fit cum mentione hæredis, ius renouandi competit hæredi: Valasc. de iur. emphyt. quæst. 44. num. 14. Si verò facta fuit pro descendentibus, vel agnatis absque mentione hæredum, tunc sufficit esse de illis, pro quibus facta fuit, quamuis non sit hæres vltimi possessoris: Decius cons. 78. Gratus cons. 110. ex n. 43. lib. 1. & Socin. d. cons. 9. n. 11. lib. 3. & alij, quos referens sequitur Cald. Pereira de renouat. q. 9. num. 18.

Sexta propositio. Si emphyteuta cadit à iure suo 8.
ob aliquam culpam, non tenetur dominus concedere renouationem petenti: ita Decius cons. 329. col. fin. vers. non obstat. Roman. cons. 112. in princip. etiamsi petens sit filius emphyteutæ; vt Bald. in l. 2. C. de liber. & eorum liber. Salycet. in l. 2. quæst. 23. & ibi Iason num. 21. C. de iur. emphyt. & à fortiori in hoc casu excludentur à petenda renouatione descendentes non comprehensi in concessione emphyteutica: ita Ruyn. cons. 152 col. fin. vol. 2. & cons. 151 eod. lib. Ripa in l. 1. num. 12. ff. de priuileg. creditor. Francisc. Viuius lib. commun. opin. verbo, emphyteusis finita, & docet Præpositus in cap. 1. quemadmod. feud. ad fœmin. pertin. num. 3. Curt. in tract. feudor. 2. p. quæst. 15. quia in hoc euentu caducitatis pater committens nocet filiis, & descendentibus etiam quando comprehenduntur

in

in concessione rei emphyteuticæ: Ales.*cons.*119.*ad fin.vol.*5. Riminal.iun.*cons.*257.*n.*64.*vol.*3. & tradidit oulio prius Speculat.*de locat.& conduct.*§. *nunc aliqua,vers.*78.

9. Sed illud non minus obuium, quàm satis insuium occurrit dubium, an filius minor natu sit præferendus in petenda renouatione filiæ natu maiori? Alexand.*cons.*19. *vol.*1. respondet re integra filiam esse præferendam aliis sororibus, imò & fratribus minoribus natu; per *l.proximus*, *ff.de verbor.signific.& in §. discipulus,in proœmio*, *ff.* *l. post consanguineos*, §. *hereditas*, *ff.de suis & legitim.hered.* quoniam ius istud renouandi pertinent ad proximiorem, & filia natu senior est proximior iure naturæ, & præcedit fratres masculos; cùm ergo ipsa sit proximior, ad illam renouatio spectabit.

Septima tamen sit propositio. Non est præferendus de iure filius natu minor, vel maior, nec filia senior in renouatione, sed potest dominus directus eligere quem maluerit ex pluribus existentibus in eodem gradu, ad quos renouationis ius spectat: ita expresse Patis.*cons.*22.*num.*36.*lib.*1. Palat.*in l.*45.*Tauri*, *num.*16. & *ibi* Gomes.*num.*57. Cald. *de renouat. q.*17. *num.*26.*& sequent.& quæst.*18.*num.*22. *& 23. vsque ad*
10. *num.* 35. nisi vltima vita ius renouandi alicui certo filio, seu filiæ prælegetur; quia secundùm communem sententiam patet potest præiudicare cæteris filiis, & vnum ex illis præeligere, quem maluerit: Tiraquell. *de retract.lignag.*§.1.*gloss.*6.*num.*23. & ita fuisse iudicatum in senatu Braccarensi refert Cald.Pereira,*de renouation.quæst.*17.*num.*20.

Similiter dominus directus, cuicunque filiorum, vel filiarum vltimæ vitæ, potest in hoc, cui ipse voluerit gratificare, eligendo potiùs hunc, vel hanc, quàm illum, vel illam; nec maior natu potest impedire: Valasc.*de iur.emphyt.quæst.*41.*num.*4. & Cald.*de renouation.quæst.*18.*num.*23. post Imol.*in cap.potuit,de locat. & conduct.* facit *l. vnum ex famil.* & probatur; quia si pater potest nominare vnum ex filiis, quem maluerit, cur non poterit proprietarius, finita tertia vita, vnum ex filiis eligere, omisso seniore? Quod fecisse constat Illustrissimum, ac Reuerendissimum D.D.Bartholomæum sanctæ memoriæ Archiepiscopum Primatem Hispaniarum in emphyteusis renouatione *da Campeam* eligendo filiam reiecto filio seniore: quod non semel fecit ex consilio Senatus Bracharensis eo tempore, vt etiam nunc; eruditissimi, ac sapientissimi.

§. II.

Renouatio emphyteusis infra quod tempus sit petenda.

EPITOME.

1. *Renouatio petenda est infra annum.*
2. *Elapso anno renouatio potest fieri cui voluerit dominus directus.*
3. *Mora, quòd non fuerit petita renouatio intra annum, purgari potest Iudicis arbitrio.*
4. *Intercedente pacto de renouando non cadit à iure, non petens renouationem infra annum.*
5. *Ex pacto de renouando non mutatur contractus emphyteuticus.*
6. *Causa non petendi renouationem excusat à pœna Commissi.*
7. *Quid si renouatio fiat remotiori agnato, proximiori relicto.*
8. *Annus incipit à die possessionis.*
9. *Neglectus debet requirere ab ipso domino, vt sibi renouationem concedat.*
10. *Renouatio est petenda congruo, & opportuno tempore.*
11. *Quid fiet quando non est facilis aditus ad petendam renouationem?*
12. *Si promittat dominus renouare, debet stare promissis.*

PRima propositio. De iure per text.*in cap.*1. §.*Titius filius*, *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum,& agnatos vasalli*, renouatio petenda est infra annum: si namque per annum, ex quo sciuit quis petere debuit renouationem, tacuit omninò, remouebitur. Est communis; ita Gozadin.*cons.*39. *col.fin.& cons.*71. incipit, *In causa domini*. Cardin. Alexand. *in c.*1.*vers.tamen istam facultatem, quemadmodum feud.ad filium pertin.* Ripa *in l.*1.*de priuileg.creditor.declarat.*3. *& num.*11. Ruyn.*cons.*35.*col.*4.*vol.*1. Barbat.*in cap.*1. *col.penult. de locat.* Quare si non petant renouationem intra annum, descendentes, vel hæredes, vel proximiores agnati excludentur à iure renouationis: Berous *cons.*119. *in præsenti causa*, *num.* 5. *vol.*1. Curtius senior *cons.*48. *col.*4.*vers.præmissa etiam.* Ratio, quia quis durante anno præfixo non petit, videtur renunciare: Tiraquell.*de retract. lignag.*§.1 *gloss.* 10.*n.*5. *& eod.tract.*§.3.*gloss.*4.*n.*2.*& de retract.conuentional.ad fin.tit.n.*10. Caldas *de renouat.q.*5.*n.*11.*& 12. cum sequent.* 1.

Secunda propositio. Elapso verò anno ad petendam renouationem assignato, poterit dominus emphyteusim concedere cuicumque voluerit, absque alia declaratione voluntatis præcedente; quia dicitur statim priuatus eo ipso, quòd passus est elabi annum: vt constat *ex cap.*1. & *ibi* Abb.*ad fin.de precar.* post Ostiens.*ibi.* Sed verius est, quod non petita renouatione intra annum, requiritur domini declaratio, vt non petens cadat in Commissum ex non petita in tempore præfixo renouatione. Quæ opinio est recepta communiter, teste Iulio Claro §. *feudum, q.nona, vers.item quæro.* 2.

Prior tamen sententia temperatur, si dicas, non petentem renouationem intra annum posse purgare pœnam, seu moram, intra modicum tempus, iudicis arbitrio considerandum; vt bene notat post alios Iul.Clar.§.*feudum,quæst.*49.*n.*9. Socin.sen. *cons.*125. *num.*21.*vol* 2. Guid Papæ *decis.*166. Decius *cons.*341. *num.* 16. Fallit tamen si in concessione fiat pactum cum domino de renouando: tunc, quamuis non petat intra annum, non proinde remouebitur à iure petendi renouationem intra triginta annos; cùm illi competat actio ex condicto, seu condictio ex lege oriens ex contractu emphyteutico: quæ actio cùm sit personalis durat tempore triginta annorum: & probatur *ex l.nec cui,C.de locato*, ibi: *nisi fortè pacta per scripturam specialiter inita cum dominis, vel cum his, qui postea conduxerint, legibus videlicet cognita, agentis intentionibus suffragentur.* Hæc lex: secus si pactum sit expressum, quòd emphyteuta, finita emphyteusi intra certum tempus, petat renouationem; quoniam elapso tempore ad petendum præfixo, poterit dominus emphyteusim alteri concedere, vel disponere de illa tanquam de re sua absque alia declaratione. Nam eo ipso non petens cadit à iure suo ex vi pacti expressi ibi adiuncti, declaratúrque voluntas domini ex eo quòd dominus post lapsum temporis de nouo emphyteusim alteri, concedit, & sub alia forma: ita Berous *cons.*119.*vol.*1. 3. 4.

Obiter aduerte ex pacto renouandi, cùm sit præter naturam emphyteusis, & quid accidentale, non mutari contractum emphyteuticum: proinde si concessio alteri fiat, sustinebitur, non obstante illo pacto: actio autem personalis competit ad interesse, sicut 5.

ficut dicitur de actione, quæ oritur ex promissione de vendendo. Angel. *cons.* 184. *num.* 2. & 3. incipit, *Ex forma, & serie, l. si sterilis, §. si fundum, ff. de action. empti.* Imo ista actio personalis competit solùm contra promissorem, non autem contra tertium possessorem: *l. actionum genera, §. 1. ff. de oblig. & action. & l. vltim. § Lucius Titius, de contrahend. empt.*

6. Tertia propositio. Renouatio est petenda infra annum, nisi detur causa non petendi: text. *in cap. fin. de prohibit. feud. alien. per Lotharium*; putà, si pestis grassetur, vel ob absentiam, & similes causas; vt tradit Ripa *de pest.* 3. *p.* 2. *p. num.* 19. Berous *cons.* 119. *n.* 6. *vol.* 1. vel si carcere detineatur petens, aut morbo diuturno impediatur: Cald. Pereira *de renouat. q.* 5. *à num.* 23. sed de his *infra* §. 6. vbi de causis excusantibus.

Item lapsus anni non nocet minori, non excedenti annos quatuor decim: *cap. imperialem, §. præterea, de prohib. feud alien.* text. *in cap.* 1. §. *si minori, si de feud. fit controuersia inter dominum, & agnat.* Nocebit tamen lapsus anni, si minor sit maior quatuordecim annis: nihilominus remedio restitutionis in integrum iuuabitur aduersùs negligentiam; secundùm Gloss. *in d. §. præterea*: sequitur Bald. Angel. Oldrad. Alberic. & alij, *in l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit. non est necess.* Reiecta *ibi* Bartoli opinione contraria; vt tradit Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric.* 3. §. 2. *num.* 7. dicens communem esse contra Bartolum. Confirmat Modern. *in consuetud. Paris. tit.* 1. *de mater. feudal.* §. 1. *gloss.* 7. *num.* 2. vbi multis allegatis docet minorem vigintiquinque annis maiorem tamen quatuordecim renouationem non petentem infra annum, in integrum restituendum fore ex remedio minoris ætatis; per *l. si ex causa, §. si in commissum, ff. de minorib.* ibi: *si in commissum*, inquit Vlpianus *incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio*: atque ita fuisse iudicatum refert Gam. *decis.* 117. *In causa, n.* 3. in casu minoris non petentis renouationem infra lapsum temporis anni, siue minor fuerit negligens in petendo, *l.* 1. & *penult. C. de in integ. restit.* siue contumax, *l. minor etiamsi quasi contumax*, 8. *ff. de minor.*

Similiter anni lapsus non currit ignoranti rem esse emphyteuticam, si propter ignorantiam intra tempus à lege præfixum, non petiuit renouationem: sic Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric.* 3. §. 1. *num.* 13. & Modern. *in consuetud. Parisien. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 7. *num.* 5. Idem consuluit in proposita specie Paul. de Castr. *cons.* 311. *Circa id, quod primo*, *vol.* 1. Eodem modo non currit tempus anni, & diei, quando emphyteuta non est in possessione emphyteusis: nam in eo euentu saluum illi superest ius suum; text. *in l. forma, § si cum ego, ff. de censib.* ibi: *Si cùm ego fundum possiderem, professus sim, petitor autem eius non fuerit professus, actionem illi manere placet.* ita lex: sequitur Felin. *cons.* 32. *num.* 17. & habetur textus cum Glossa, *in verb. pacificam, in cap. commissa, de electión. in* 6. & Scribentes *in cap. multa, de præbend.* vbi datur annus promoto ad beneficium curatum, & illi non currit, si turbetur in possessione: atque ita fuisse iudicatum pro quodam non possidente, contra Monasterium Sancti Vincentij Vlissiponensis, testatur Caldas *de renouat. quæst.* 5. *num.* 32. Vnde constat non nocere annale tempus effluxum non petenti, quando ipse pacificè non possidet. Quod intellige non procedere si emphyteuta non possideat culpa sua, Auctor *in consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 21. *num.* 151. *ad medium*, & Bertrand *cons.* 114. incipit, *Etiamsi sufficienter. vol.* 4. Ratio, quia tunc videtur non possidere ex dolo: ideò debet admittere emphyteusim; text. *in cap. fin. & ibi notata, de prohibit. feud alien. per Lothar.* cui, cùm non possideat ex culpa, dolus adscribi potest, nec debet illi præiudicare temporis lapsus, quandiu litigat super possessione: *l. quandiu, C. qui admitti.*

Denique anni lapsus ad petendam renouationem non nocet, quando dominus, à quo renouatio est petenda, non apparet. Oportet tamen in hoc casu fieri denuntiationem ad domum domini non apparentis. Quam sententiam vt communem tradit Rebuff. *tom.* 3. *ad leges Galliæ, in tract. de citation. gloss.* 1. *art.* 2. dicens esse consonum rationi, vt pars citetur in facie, vel ad domum: quod ita fieri vult Montalbus *in foro leg. lib.* 2. *tit.* 3. *de los emplazamientos*; quem sequitur etiam Rebuff. *vbi proximè*, *num.* 3. & Tiraquel. *in retract. lignag.* probat §. 9 *gloss.* 2. *n.* 2. tam in ciuilibus, quàm in criminalibus.

Quarta propositio: si contingat post lapsum temporis annalis dominum recipere ab emphyteuta solitam pensionem, censetur remissa pœna incursa caducitatis, & iuri expellendi emphyteutam renunciatum. Quod procedit, si dominus sciens recipiat, & emphyteutam admittat ad solita seruitia: ita Iul. Clar. § *feudum, quæst.* 49. *num.* 10. post Iason. *in l. non solum, § morte, ff. de noui oper. nunciat num.* 48. *ad fin.* Salycet. *in l.* 2. *C. de iur. emphyt.* & Alberic. *ibid.* teste eodem Iasone; quam propositionem dicit communem Socin. iun. *cons.* 115. *num.* 12. *lib.* 2. & probatur *in l. de lege, §. post diem, ff. de leg commissor.* vbi sic ait: *si post statutum diem reliquæ pecuniæ venditor legem dictam non exercuisset, sed partem reliqui debiti accepisset, videtur recessum à commissoria.* ita lex. Vnde constat per receptionem canonis, tempus præfixum petendi renouationem non currere, quia videtur remisisse caducitatis pœnam per acceptationem canonis, seu seruitij debiti: ita etiam tradit Gloss. 4. *in cap.* 1. *quo tempor. mil.* per *l. fin de eo, quod certo loco*, quam gloss. commendat Isern. *ibidem*, sequitur Iun. Curtius *in tract. de feudis* 4 *p. num.* 52. *vers. sexto limita*, & *cons.* 142. *num.* 14.

Sed quid si dominus renouationem faciat remotiori agnato proximiori reiecto? Agnatum proximiorem posse reuocare factum infra annum; eo verò elapso non esse audiendum; habetur *in cap.* 1. §. *præterea de prohibit. feud. alien.* & *cap.* 1. *de leg. Corrad.* & *vtrobique* docent Doctores, & *cap.* 1. §. *Titius filios, si de feud. fuer. controuersia inter domin. & agnat.* Quòd si dominus in extraneum renouationem constituat, tunc ius reuocandi proximiori agnato conceditur vsque ad triginta annos: ita Bald. *in d.* §. *Titius, in fin. de feud. fuer.* & Cardin. Alex. *ibidem num.* 2. *vers. sub vero alienatio.* Decius *cons.* 328. *num.* 4. dicens hanc esse communem opinionem, quos sequitur Mantic. *si de tacit. & ambig. convent. lib.* 22. *tit.* 32. *num.* 7. idem Decius *cons.* 144. incipit, *Quoniam ex facto, col.* 2. *vers. tertiò, non dato*, & *cons.* 208. *Ad clariorem, col.* 3. & *cons.* 395. *num.* 12. *In casu magnifici.* Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 1 *gloss.* 10. *num.* 8. quibus accedit Gam. *decis.* 117. *In causa, n.* 2. vbi ait secundùm hanc sententiam sic fuisse iudicatum. 7.

Quinta propositio. Annus petendi renouationem incipit ab eo die, quo emphyteuta possessionem obtinuit, & probabiliter sciuit, vel debuit scire rem ipsam esse emphyteuticam; proinde à pœna caducitatis, iusta excusat ignorantia: sic Bald. *cons.* 429. *Quidam nobilis*, *vol.* 1. nisi emphyteuta habeat apud se instrumenta emphyteutica, vel titulos emphyteuticos suorum prædecessorum, vel aliter de scientia probetur. Potest autem hic annus ad petendum conuentione coarctari ex conuentione facta per dominum in principio, quando res conceditur emphyteutæ, & ad breuius spatium, putà mensis, reduci; itaut obligetur infra mensem beneficium renouandi procurare. Nam hoc pactum licitum est: ideò est obseruandum: secundùm *l.* 1. *C. de iur. emphyt.* vbi, 8.

vbi, *iustum esse, validúmque contractum, in quo cuncta, quæ inter vtrasque contrahentium partes super omnibus pactionibus scriptura interueniente habitis placuerint, firma illibatáque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri.* Hæc ibi lex. Quod etiam firmatur ex textu *in l. in traditionibus, ff. de pactis*, quæ sic loquitur: *In traditionibus*, inquit, *rerum, quodcumque pactum sit, id valere manifestum est.* Vnde quamuis tempus biennij, seu triennij appositum ad contrahendam caducitatem ex defectu pensionis solutæ sit à lege statutum, coarctati tamen potest ad breuiores temporis angustias ex conuentione, seu pacto inter partes inito, quando conceditur emphyteusis; vt est communis opinio *in l. fin. C. de iur. emphyt.* Idcircò si intra tempus breuius ex pacto præfixum non soluerit, vel non petierit renouationem, cadet à iure suo, cùm se ad hoc obligauerit: text *in l. magnam, C. de contrahend. & committend. stipulat. §. sancimus*; nam dies interpellat pro homine. Et in specie hanc opinionem tradit Chassan. *in consuetud. Burgund. rubric. 3. §. 1. verbo, dedans l'an, num.* 11. subdens, vasallo consentiente, tempus reduci ad breuiores inducias posse ad petendam emphyteosis renouationem: sequitur Afflict. *in cap. quo tempore mil. num.* 19. Maximè si in conuentione reducendi tempus legale ad breuius addant contrahentes, quòd si solutio pensionis intra illud tempus breuius non fiat, seu renouatio emphyteusis non postuletur, emphyteuta ipso iure amittat ius petendi renouationem, seu retinendi emphyteuticam possessionem; quia conuentiones ad vnguem seruandæ sunt: *l. 1. ff. de pact.* & text. *in d. l. magnam, C. de contrah. & committ. stip.* Requiritur tamen sententia declaratoria vt expellatur à possessione, non obstante verbo, ipso iure amittat ius petendi renouationem, seu retinendi fundum emphyteuticum: per text. *in c. licet, de prabend. lib. 6.* vbi resoluit Archidiac. detentorem non posse expelli à possessione, nisi cognita causa.

9. Quæstio tamen est, quomodo possit interrumpi annale tempus præfixum ad petendam renouationem, ne noceat secundo loco petenti inuestituram? Respondeo, si dominus ad renouationem admittat alterum, quàm descendentem vltimi possessoris, esse requirendum ab eo, qui renouationem non obtinuit, quíque à domino neglectus est, vt sibi renouationem concedat tamquam successori vltimi emphyteutæ; quòd si neget, actionem personalem intra annum ex æquitate, & Iudicis officio intentet contra illum, & ita interrumpet præscriptionem annalis temporis, simplicíque citatione facta ex decreto Iudicis litispendentia inducitur; lite verò contestata, perpetuatur actio vsque ad quadraginta annos: *l. fin. C. de præscription. triginta, vel quadraginta annorum* Gloss. & Bart. *in l. cum notissimi, C. eodem.* Nam certioris est, quamcumque præscriptionem etiam fauore dignissimam interrumpi per litis contestationem: *l. mora, C. de rei vendicat. l. penult. ne de stat. defunct.*

Sexta igitur propositio. Petitio renouationis iudicialiter intra annum est facienda, secundùm Paulum de Castr. *in l. eum qui ita, §. quia ita, el 1. ad medium, ff. de verbor. obligat.* eò quod quando tempus interpellandi præscribitur à lege iudicialis interpellatio requiritur, ex text. *in l. aliena. 13. ff. pro emptore*, Tiraquell. *de retract. conuent. §. 4. gloss. 6. n. 38.* multis *ibi* de more allegatis, Caldas *de renouat. q. 12. n. 8.* per text. *in l. sicut, C. de præscript. triginta annor.* ibi: *nisi allegato sacro rescripto, aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conuentio*, vbi Gloss. *verbo, Executorem*, per quem facienda est interpellatio ex decreto Iudicis.

10. Septima propositio. Renouatio est postulanda congruo, atque opportuno tempore, non verò incongruo, neque extra illud: Glossa *in cap. cupientes, §. quòd si per viginti, verbo, proposita, de election. in 6.* text. etiam *in l. mora 32. ff. de vsur.* ibi: *id est, si interpellatus opportuno loco non soluerit*, vbi Gloss. vocat opportunum locum, in quo debitor etiam coactus, potest conueniri vt soluat: ideò non solùm opportuno tempore, sed etiam opportuno loco renouatio est petenda: secundùm Gloss. *in l. more Romano, ff. de fer.* Vnde potest fieri hæc petitio seu denuntiatio diebus feriatis, *l. 1. §. nunciatio, ff. de noui oper. nunciat. & l. miles, §. sexaginta, ff. de adulter.* ibi, *feriatis quoque diebus*; proinde hæc petitio renouationis, seu denuntiatio non videtur iudicium requirere, sed fieri posse extra iudicium: quod est contra resolutionem *§. superiori* traditam; vbi diximus ad effectum interrumpendæ præscriptionis legalis, non sufficere simplicem petitionem extraiudicialem, sed requiri iudicialem. Quod fateor esse verum, nisi fortè contrahentes tempus breuius, aut longius petendi renouationem citra legis dispositionem præfigant. In quo euentu, satis est extraiudicialis interpellatio opportuno tempore, ac loco facta, ad præscriptionem interrumpendam. Nam quando contrahentes conueniunt de tempore certo breuiori, seu longiori, intra quod renouationis petitio est facienda, eius temporis lapsus interrumpitur per solam extraiudicialem interpellationem: ita Tiraquell. *de retract. conuent. §. 4. gloss. 6. num. 37. §. nec tamen prætermiserim, l. mandato Titij, §. item illi*, iuncta Gloss. *ff. mandat.* quam ad hoc dicit singularem Castrens. *in l. eum qui ita, §. qui ita, el 1. circa medium, ff. de verbor. obligat.* vbi ait aliud esse quando hoc tempus à lege apponitur, per *l. alienam, ff. pro empto*: tunc enim non interrumpitur præscriptio legalis denunciatione, seu interpellatione extraiudiciali, vt notant Scribentes *in cap. olim causam, de censib.* Gloss. *in dict. l. vltim. verbo, acquirat*, & *ibi* Bald. & Alexand. *vers. per denunciationem, ff. de eo per quem factum erit*, Bald. *ibi* subdit esse speciale, vt in casibus certis protestatio interrumpat; *l. vt perfectius, C. de annal. exception.* Ergo in contrarium est ius commune: & idem voluit Bartol. *in l. naturaliter, col. 2. ff. de vsucap.* & *ibi* quoque alij, vt latè tradit Tiraquell. *citat. num.* 38. Secundùm quem, seu quos, interpellatio extraiudicialis, seu petitio renouationis à domino intra annum non interrumpit, nisi fiat iudicialiter, & ex Iudicis præcepto, seu decreto, oblata supplicatione, seu petitione Iudici in scriptis; & de eius mandato domino directo intimata per Officialem Iudicis: aliàs non interrumpitur præscriptio temporis à lege statuti ad petendam renouationem; Gloss. *in l. sicut, C. de præscription. trigint. annor. verbo, per executorem*, vbi notat interruptionem fieri per executorem: & Gloss. etiam *in cap. 1. de libell. oblation.*

11. Sed quid faciendum quando non est facilis aditus, vel tutus accessus ad dominum ad petendam renouationem? Dicendum est procurantem adipisci renouationem, posse Iudicem adire, & coram illo oblato libello supplici in scriptis protestari de suo impedimento ob quod personaliter non accedit ad renouationem petendam: per text. *in l. si præses, C. de Episc. audien.* & notat Salycet. *in l. fin. C. eodem*, ibi: quòd quando aduersarius est furiosus, vel absens, vel inimicus, vel in maxima potentia collocatus, per oblationem petitionis coram Iudice, Prætore, vel Episcopo interrumpitur præscriptio: & *ibi* Gloss. *fin.* addit hoc satis esse ad plenissimam interruptionem; eò quia non valenti agere, non currit præscriptio: *in l. fin. C. de annal. præscript.* nam impedito iuris impedimento non currit præscriptio ipso iure, vt ait Bartol. *in l. 1. §. si quis autem, ff. de itin. actúque priuato.*

Octaua

12. Octaua propoſitio. Quando renouatio procurátur ex æquitate,& petitur à domino legis beneficio, illa eſt petenda intra tempus à lege præſtitutum; & eo elapſo,actio non haber locum:intercedente verò pacto renouandi,durat actio ad triginta annos,ſicut quæuis actio perſonalis;neque actio ex illo pacto emanans minori tempore extinguitur:*l.ſicut,& l.omnes,C. de praſcript. triginta annorum*, & virtute huius pacti non dicitur perens excluſus à renouatione non obſtante longi temporis fluxu: ita Alexand.*conſ.*15. *Viſis,col.penult.verſ.non obſtat, vol.*5. Decius *conſ.*328. *num* 4.*&* 5. Atque ita quamuis non nitatur ad renouationem conſequendam intra annum, non proptetea priuabitur iure petendi: Cald. *de renouation. quaſt.*12. *num.* 13. quidquid in contrarium videatur dicere Romanus *conſ.* 22. *num.* 6. durare ſcilicet ius perſonale ortum ex pacto renouandi per annum duoraaat,vt obiter diximus *diſp.*9. §.11. *num.*6. *verſ. quale quaro.*

Nona propoſitio. Quamuis renouatio ex tacito domini conſenſu, & perſeuerantia in emphyteuſi non cenſeatur inducta, vt tradit Decius *conſ.* 328. *num.*1. Iaſon *in l.*1.*num* 66. *C.de iur.emphyt.*quia non dicitur renouatio per patientiam fieri,cùm in renouatione ſicut & in conceſſione requiratur ſcriptura, vt obſeruatur in praxi,per *l.*1.*C.de iur.emphyt.* Anton. Gom. *tom.*2. *cap.*2 *n.* 17. & conſtat *ex lege Luſitana lib.*3.*tit.*59.verbo,*aforamentos.* Nihilominus renouatio tacita inducitur ex receptione penſionis, ſi in prima conceſſione rei emphyteuticæ pactum de renouando fuit appoſitum, vbi primùm vltima vita fuerit extincta.Nam in hoc caſu cenſetur renouatio tacita induci ex receptione penſionis, propter obligationem præcedentis contractus; quia actus præſumitur factus ex cauſa neceſſaria: Caſtrenſ. *conſ.* 333. *& conſ.*410. *vol.*2 Crauet.*conſ.*149. *num.*12.Rimin.iun.*conſ.*9.*num.*19.*vol.*1. & alij. Hoc tamen non puto verum, quia ſecundùm multorum ſententiam in renouatione requiritur ſcriptura; *l.*1. & *ibi* Gloſſ. *in verbo,alienationis,C.de iur.emphyt.* Bald *in l.*1. *n.*32. *quando non per par.* Alexand.*conſ.*17. *num.*12. *lib.*4. *& conſ.*50. *num.*3. Ex quo, ſine ſcriptura non poteſt intelligi facta renouatio, quia deficit forma ſubſtantialis:*l.contractus,C.de fide instrument.* Nec ſufficit tacitus conſenſus, quando ſcriptura neceſſariò exigitur, per text. *in l.item quaritur*, *§. qui impleto*, & *ibi* Bartol.& Bald *ff.locat.* Ruyn.*conſ.*167. *num.*22. *lib.*1. maximè, quia tacita renouatio redundat in præiudicium domini directi, cùm ab ea transferatur vtile dominium: Gloſſa tamen *in l.*1.*C.de iur.emphyt.* in vltima opinione per conſuetudinem approbata, ait ſcripturam non eſſe de ſubſtantia emphyteuſis: idem ſentit Romanus *conſ.* 113. *num.* 5. *in fin. &* 6. quibus adhæret Mantic. aliis etiam *in vtroque loco* allegatis,nempe *lib.*22.*de tacit.& ambig.conuent.tit.*6. *num.*16.*cum ſequentib.& tit.*35.*num.*14.

Sed quidquid ſit de iure communi, de conſuetudine,ac de iure Luſitano *lib.*4. *Ordination.tit.* 19. *& tit.*59. dicendum eſt,ſi emphyteuſis eſt Eccleſiaſtica non fieri renouationem per ſolam patientiam,& receptionem canonis;cùm in conceſſione illius requiratur ſcriptura pro ſubſtantia contractus: lege *tit.*19. *in princip.* Idem dico de renouatione emphyteuſis ſecularis,ſeu priuatæ,quando à contrahentibus,vel ex verbis eorum elicitur, quòd conceſſio fuit facta in ſcriptis pro ſubſtantia actus;tunc pro renouatione requiritur etiam ſcriptura,nec ſatis eſt patientia, nec receptio canonis. Sed de ſcriptura, quando ſit de ſubſtantia actus,& quando requiratur pro ſolennitate probatoria,diximus *diſp.*9.§.2.maxime,quoad præſens dubium,*verſ.difficultas tamen eſt*: *vſque ad fin.*

13. Porrò ſi dominus promittat relocare, vel renouare,& nolit fidem poſtea adimplere, nec ſtare promiſſis,finito tempore poteſt conueniri actione perſonali,vel vt adimpleat,vel vt ſoluat intereſſe: Bart. *in l.actione,C.de tranſact.*nam ex promiſſione naſcitur perſonalis actio contra promittentem: Afflict. *lib.*3. *conſtit.rubr.*5.*n.*17.*fol.*77. vbi agit de locatione facta ad longum tempus cum promiſſione de renouanda locatione tempore finito;ad quam faciendam, teſte eodem, neceſſaria eſt publica ſcriptura, & ob id negat tacitam relocationem poſſe induci ex patientia domini, per aliquot annos tolerantis colonum poſt finitam primam locationem vti, & frui re locata,vt antea. Admittit tamen tacitam relocationem, quando prima locatio fuit facta ad modicum tempus:idem Afflict. *q.* 365. Felin. *in cap.ex literis*, *num.*13.*de fide instrument.*ſecùs de locatione ad longum tempus, quia æquiparatur emphyteuſi, & ob hanc cauſam tradit Ioan.Maria Riminal.*in l.pactum quod bona fide,col.*1. *verſ.in gloſſ.fin.C.de pact.* ſicut in conceſſione emphyteuſis eſt neceſſaria ſcriptura, ſic etiam in renouatione eiuſdem:& licèt *conſ.*421.*vol.*3.dicat renouari emphyteuſim per tacitum conſenſum domini,& per receptionem canonis ab emphyteuta: oppoſitum eſt verius; quia cùm emphyteuſis exigat ſcripturam in conceſſione, non poteſt aliter renouari niſi in ſcriptis: *d.§.qui impleto,verſ.niſi ſcriptis*, Cald. Pereira, *de extinct.cap.*1. *num.*38. *&* 39.P. Molina *tom.*2. *de location.diſp.*498. *fol.*1596. *§.vt cum autem,& diſp.*447.

§. III.

Vtrùm melioramenta exigantur ad cogendum dominum vt faciat renouationem?

EPITOME.

1 *Rationi conuenit vt dentur melioramenta ad faciendam renouationem.*
2 *Coloni facientes melioramenta non debent expelli.*
3 *Renouatio vt fiat, ſatis eſt quòd emphyteuſis non reddatur deterior, ſecundum veriorem.*
4 *Eccleſia, quamuis indigeat emphyteuſi, tenetur renouare.*
5.*&* 6. *Emphyteuta an poſſit remoueri propter deterioramenta,ſicut ob canonem non ſolutum?*
7 *Vtrùm emphyteuſis reuerſa ob deteriorationem ad dominum debeat redire cum fructibus.*

REſolutio videtur conſona rationi, ac legi,non eſſe renouandam emphyteuſim ſi melioramenta nulla facta ſint ab anteceſſoribus petentis renouationem; *l.*2. *C.de iur. emphyt.* Gomeſ.*in regul.de Trieunal. poſſeſſ.in caſib. negligen. caſ.*184. incipit,*Emphyteuta negligens circa meliorationem*, *in q.* 28. & ibi *in* 3. *caſu diligentia*, vbi notabiliter rem meliorantes nequeunt ab ea expelli; allegat *l. fin. C. de alluuion.* Gomeſ. *ibi*, ne doleant diligentes operam agri dediſſe culturæ: Ripa *de peſt. tit. de remed. praſeruat.* *§. item licet emphyteuſ.n.*256. *l.cognominus*,vbi Bart. *C.de mancip.& col.lib.*11. 1

Ex quo infertur non poſſe expelli colonos meliorantes emphyteuſim,ne doleant de melioramentis factis. Vnde carent iure petendi renouationem, qui nulla melioramenta in re emphyteutica fecerunt: ita Valaſc. *de iur. emphyt.q.*5. *n.*7. dicens poſſe negari renouationem ſucceſſori, quando fundus non oſtenditur melioratus: ſecùs ſi prædium, quod fuit incultum,arabile oſtendatur: ſecundùm Bartol. 2

receptum in *l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quotid. & astiu.* sequitur Gulliel.*in cap Raynuntius, verbo, & vxorem, n.423.* ad renouationem petendam meliorationes esse necessarias autumans. Idem sentit Gam.*decis.41, num.1.*

3. Resolutio tamen verior, non requiri vt petens renouationem ostendat melioramenta facta à decessoribus, sed satis esse si res emphyteutica deteriorata non sit; proderit tamen non parum ad renouationem faciendam, si meliorata res reperiatur: ita Ioan.Garcias *de expens.c.15.n.18.* quem sequitur eius discipulus Caldas Pereira *de renouat.quæst.8. num.19.* & eius filius Gabriel Pereira *decis.128. num.2. vers. sic videmus*, vbi Garcias carpit Doctissimum Valascum sentientem posse renouationem negari, nisi meliorationes probentur factæ in re emphyteutica; ex Bartol.*in d.§.permittitur*: at Bartol.*eo in loco* vt legenti patebit, de melioramentis necessariis ad faciendam renouationem nihil tetigit: proinde Garcias meritò opinatur non esse necessaria melioramenta ostendi, vt fiat renouatio; sed sufficere si res deteriorata non sit, valdéque prodesse si res meliorata inueniatur: Cabed.*decis.1 p.quæst.203.num.4.* dicens Ecclesiam teneri renouare emphyteusim, quando antecessores petentis plures meliorationes fecerunt in emphyteusi; aliàs erit damnosa diligentia eisdem, qui emphyteusim fecerunt vtiliorem: *l. penult.C.de omn.agr desert.lib.11.*

4. Quinimò neque Ecclesia finita emphyteusi poterit illam ob indigentiam sibi retinere; sed renouabit, quando melioramenta non modica in re emphyteutica repetiuntur: ex Decio, *cons.131.* Valasc. *consult.101. num.4.* idem Gabriel Pereira *supra d.n.2.* post Parrem *in quæstionib forens.cons.46.* nisi data vrgenti, & inopinata necessitate: Gam.*decis 41.* Cabed. *decis.203. n.7.* vbi tradit renouationem debere, quia melioramenta sunt vnum ex præcipuis requisitis ad petendam renouationem, idque præsertim in emphyteusi Ecclesiastica; vt tenent omnes Synodales constitutiones Episcopatuum Lusitaniæ: Valasc. *consult.101.n.4.* quamuis fateatur *lib.1.de iur.emphyt. q.2.n.7.* se id dixisse ubiter; sed opinari melioramenta non esse necessaria adesse, sed ad bene esse. Pater tamen Molina *de iustit.tom.2. disp.484. pag.1516. §. vtrum autem*, ex alio capite sentit ex vi melioramentorum non posse cogi dominum ad renouandum, neque ad id teneri, eò quòd id in iure non reperitur, & æstimatio melioramentorum persoluenda est vltimo emphyteutæ, aut eius hæredibus; vt ipse etiam decidit *disp.463.* Non est tamen negandum meliorationes valde conducere ad petendam renouationem, prout vult Ruyn.*cons.157.vol.1.n.14.* quatenus ait conductorem ad longum tempus, si rem sterilem arabilem, & fructuosam reddidit, & meliorauit, posse cogere proprietarium vt sibi eam tradat in emphyteusim perpetuam.

5. Cæterùm si detur deterioratio in re concessa in emphyteusi, potest propter illam priuari, sicut priuatur ob canonem non solutum: vt est text.expressus *in Authent.qui rem, C.de sacros. Eccles.* vbi Bald.*n. 2.in 2.notab.* Decius *n.5.* Vnde sicut dominus directus non tenetur renouare, quando emphyteuta priuatur emphyteusi, & consequenter iure renouandi propter pensionem non solutam, quia recipit ad meliorandum, & ad soluendum; sic etiam si rem deteriorem
6. reddat, quia cessante causa finali emphyteuticandi, rescinditur concessio, & extinguitur ius renouandi: Corbulus *de caus.priuat. ob rei deteriorat.13. caus.* vbi etiam addit *num.15.* deterioramenta facta per patrem nocere filiis, & aliis in inuestitura comprehensis, vt in terminis [illegible] Anton.Gabriel *in suis commumib. opinion. lib.3. de iur. emphyt. conclus.1. num. 32.*
vers prima ampliat. Imò propter deterioramenta emphyteusis redit ad dominum vnà cum fructibus 7.
pendentibus etiam maturis, si non sint in horreo reconditi, aut à solo separati: ità Corbulus *de emphyt. tit.de caus. priuation. propter non solutum canonem, ampliat. 37.* Sed Corbuli doctrina præcisè sumpta non subsistit: ideò vide quæ diximus *supra, de Commisso*, maximè *n.5.*

---

§. IV.

Quantum sit augenda pensio in renouatione rei emphyteuticæ?

EPITOME.

1 *Pensio an sit augenda in renouatione ad tertiam partem.*
2 *Pensio arbitrio bonorum virorum mensuranda est.*
3 *Circa emphyteusis renouationem, qualibet pacta apposita sunt obseruanda.*
4 *In renouatione, nulla pensione assignata, soluenda est pensio ante renouationem solui solita.*
5 *Pensio an debeat augeri in re emphyteutica propter illius augmentum.*

AN verò sit augenda pensio in renouatione ad 1.
tertiam vsque partem pensionis, quæ soluebatur in præterita emphyteusi? Aliqui affirmant, nimirum quando pensio hactenus soluta adæquabat summam nouem modiorum frumenti, facta renouatione esse addendam tertiam partem, quæ priori pensioni adiuncta, facit summam duodecim modiorum. Quæ resolutio elicitur ex doctrina Gammæ *decis.222.n.8.* & ex Valasc.*de iur.emphyt.q.11.n 4. cum sequentib.* dum volunt pensiones taxari posse secundùm consuetudines locorum, vel patriæ: cùm ergo in bonis traditis in emphyteusim ab Hospitali Olissiponensi Omnium Sanctorum, hæc seruetur consuetudo, & generaliter approbetur in ea vrbe, quæ est caput totius Regni, vt tertia pars pensionis augeatur, meritò in toto Regno id potest etiam obseruari.

Nihilominus cùm emphyteusis altera sit Ecclesiastica, & altera sæcularis; expendendum est quæ sit iusta pensio in re Ecclesiastica, & quæ in emphyteusi sæculari. Nam iusta pensio in sæculari emphyteusi illa dicitur, quæ in decem annis collecta conficit rei æstimationem. Ducuntur per Gloss. *verbo, iusta, in Authent. perpetua, C. de sacros. Eccles.* quam sequitur *ibi* Fulgos. & Paul. *sub Authent. si quas ruinas, n.2.* Alij autem tradunt, & fortè melius siue emphyteusis sit Ecclesiastica, siue sæcularis, præsertim in
in hac regione Interamnensi, pensionem esse augendam iuxta arbitrium duorum æstimatorum, qui ad 2.
hanc rem eliguntur; quorum alter partes Ecclesiæ, seu proprietarij agat, alter verò emphyteutæ: illis verò discordantibus, præstito priùs iuramento, tertius de consensu partium accedat, & decidat quanta sit pensio augenda, seu minuenda secundùm Deum, & suam conscientiam: & ita seruatur in praxi.

Hoc tamen non tollit omnia pacta iusta in his 3.
conuentionibus emphyteuticis, quę sunt ad vnguem obseruanda, *l.1. C.de iur.emphyt.* ibi: *Constituimus, &c. conceptionem, item definitionémque habere propriam, & iustum esse, validúmque contractum, in quo cuncta, quæ inter vtrasque cōtrahentium partes super omnibus pactionibus, scriptura interueniēte habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate, modis omnibus debeant custodiri:* sic *ibi.* & probat text. *in l. in traditionibus. ff. de pact.* per hæc verba: *In traditionibus rerū, quodcunque pactum sit, id valere manifestum est.* Confirmat Caldas *de renouat. q.11.*

q.11. num.2. concludens circa emphyteusis renouationem, quæcunque pacta apponi posse, cùm hoc dependeat à libera domini voluntate disponentis de re sua, & à partium consensu.

4. Quando tamen fit renouatio, & nulla assignatur pensio certa, neque exprimitur, intelligitur facta cum eadem pensione, & cum eisdem qualitatibus, & cum omnibus contentis in priori concessione; atque ita censentur omnia repetita in renouatione: Valasc. *de iur. emphyt. q.11. n.15.* ex doctrina Bartoli, quem ibi refert ac sequitur? Cald. *de renouat. q.3. n.6.* Molin. *de instit. tom.5. disp.498. §. in euentibus*, vbi ex traditis hoc deducitur: sequitur Mantica *de tacit. & ambig. lib.3. tit.9. num.48.* vbi ait tacitas, & ambiguas conuentiones ex consuetudine recipere congruam interpretationem, *l. excepto*, & *ibi* Gloss. *C. de locat.* Menoch. *cons.13. num.13.* idem Mantic. *lib.5. tit.6. num.1.* dicens quando non apparet, quid actum sit inspiciendum esse, quid sit solitum fieri, vel pacisci, inter homines illius prouinciæ: *l. vltim. C. de fideiussor. l. quodsi nolit, §. quia assidua, ff. de adilit. edict. l. cùm de lanionis, §. Asinam. de fund. instruct.*

5. Quòd si contingat fieri augmentum in re emphyteutica, non propterea emphyteuta maiorem pensionem domino soluet, imo potiùs omne augmentum pertinebit ad emphyteutam, nulla ob illud pensione addita: ita Ioan Andr. *in additionib. ad Speculat. in §. nunc aliqua, quæst. 136.* Iul. Clar. *§. emphyteusis, quæst. 41. num. 2.* Gregor. Lopes *l. 26. tit.28 part.5.* Neque etiam conductori augendus est canon propter incrementum alluuionis; siue augmentum sit solitum, siue insolitum, secundùm aliquos. Mihi tamen diuersa ratio videtur inter emphyteutam, & conductorem simplicem; quia emphyteutæ non fit remissio propter sterilitatem: at verò conductori fit; ideò in re emphyteutica augmentum pertinet ad emphyteutam absque additione pensionis: in re autem conducta minimè. Quare pro ratione augmenti pensio augeri potest: nam æquitas postulat vt aliquid conductor plus soluat pro ea fortuna augmenti: Valasc. *de iur. emphyt. q.16. à n.8. vers. sed si attendis.*

---

§. V.

In quo foro, Ecclesiasticóne, an in sæculari, faciliùs renouatio impetretur?

EPITOME.

1 *Dominus an compellatur ad renouandum ex clausula adiecta, Quòd finitis vocibus res emphyteutica expedita redeat ad dominum.*

2 *Per clausulam hanc renuntiatur iuri renouandi.*

3 *Sed oppositum est probabilius.*

4 *In foro seculari rarò, aut nunquam renouatio denegatur.*

5 *Non obstantibus quibuscumque clausulis, semper fit renouatio.*

6 *Oppositum paucis ab hinc annis fuit iudicatum Brachara.*

7 *Sed pluries pro contraria parte pronunciatum est.*

8 *Si ponatur dictio ad tres vitas duntaxat, & non amplius, nunquid renouabitur? De iure minimè, sed benè ex æquitate. & num.9.*

10 *Quid si partes in specie renouationi renuntient, aut fiat iuramentum de non renouando. & n.11.*

12 *Iuramentum non alienandi, seu non renouandi sine consensu Pontificis an obliget?*

13 *Alienatio prohibita quomodo intelligatur, vtrùm de prima vice, an de secunda.*

PRima quæstio, an dominus teneatur renouare, 1
quando ponitur clausula, Quòd finitis vocibus res redeat libera ad Dominum? Dico primò, si clausula adiiciatur in prima concessione emphyteusis, hæc, & alia similis, cum omnibus melloramentis, sine vllo impedimento, iudicatum fuisse à Senatu Lusitano dominum directum non esse cogendum ad renouandum, imò potiùs posse dominum fundum emphyteuticum sibi retinere, aut cui voluerit illum tradere in emphyteusim: ita Gam. *decis.41. incipit: In causa n.6.* & rursus *decis.326. n.8.* vbi ait se ita vidisse iudicatum in aliquibus causis, quia per huiusmodi
clausulam renuntiat emphyteuta, & eius hæredes, 2
omni iuri renouandi; & verbum *libera*, excludit omnem obligationem renouandi: *c. licet, de sepult. in 6. l. non dubito, §. liber autem, ff. de captiuis.* Et probatur ex speciali iure emphyteutico, vbi dicitur pacta in hoc contractu emphyteutico adiecta, esse ad vnguem seruanda, *l.1. C. de iur. emphyt.* idcircò hæc clausula, Quòd libera, & expedita emphyteusis redeat ad dominum est seruanda, cùm non sit contra leges, neque contra bonos mores: *l. pacta quæ contra, C. de pactis*: propter quam Senatus Portuensis sic solet iudicare, teste Valasc. *cons.123. n.15.* quam opinionem putat veriorem
ibi, secundùm strictam disputandi rationem. Oppositum 3
tamen est probabilius ex æquitate rationi consona, & ex frequenti consuetudine iudicandi, compelli posse dominum ad renouandum: vt latè diximus *supra §.12. per totum*, & probat Caldas *de renouat. q.8. n.6. & quæst.11. à num.14. vsque ad 25.* Valasc. *d. cons.123. num.13.*

Dico secundò, ferè nunquam denegari renouatio- 4
nem petenti, maximè in foro sæculari: ita Valasc. *de partitionib. c.13. n.135. & cons.123. n.13.* neque ex vi præfatæ clausulæ, *tornem liures*, non excluditur ius petendi renouationem saltem de æquitate: Imol. *cons.38. incipit, In casu, n.3.* nec obstat pacta in contractu emphyteutico esse seruanda: Quia id intelligitur nisi pacta commodo publico obstent, & noceant: per notat. *in d. l. pacta quæ contra, ff. de pact.* quod in praxi seruari docet Valasc. *d. cons.133. ad fin.* Cald.
q.8. n.18. dicens indistinctè faciendam esse renoua- 5
tionem emphyteuticam ab Ecclesia ex æquitate, quibuscumque clausulis non obstantibus, ex doctrina Bartoli communiter recepta *in d. §. permittitur, l.1. ff. de aqua quotid.* quæ doctrina æquè militat in Ecclesia, atque in quolibet priuato domino, vt ait
Cald. *ibi.* Sed oppositum paucis ab hinc annis iudi- 6
catum fuit à Senatu Bracharensi *in processu Abbatis de Tagilde, contra N. de Fonseca viduam*, vbi liber euasit Abbas ab onere renouandi; quæ sententia fuit confirmata in superiore Senatu *da legacia Olissiponensi.* Expedit tamen in foro sæculari, quod petens renouationem sit hæres vltimæ vitæ; aliter non petat: Decius *cons.131. p.1. num.2.* Rolandus à Vallé *cons.151.* Cald. *de renouation. quæst.9. num.35. vers. concludo ergo*: quia vltimi possessoris est consideranda agnatio, non primi acquirentis: sic Corneus *cons.23. col.6. vol.2.* Rubeus *cons.85. num.3.*

Sed pro contraria parte pluries fuisse iudicatum
tradit Valasc. *d. consultat.123. ad fin.* proinde absolu- 7
tè dicendum est, non obstante quacunque clausula de non renouando, semper vltimæ vitæ descendentem, seu hæredem, seu proximiorem agnatum habere ius petendi renouationem. Ratio est, quia in concedenda renouatione rei emphyteuticæ versatur ius publicum; ita Cald. *d. q. 8. de renouat. num. 23. & q. 11. num. 21.* Quare priuatorum pacto non potest communi bono, nec iuri publico renuntiari: per text. *in l. ius publicum*, iuncta Gloss. *ff. de pact.* nec vlla clausula tollit beneficium renouandi. Quod adeò verum opinatur Caldas *d. q.11. num.23.* vt existimet

non esse seruandam promissionem iuratam de non renouaodo finita emphyteusi, oeque obligareStatuta etiam iurata, si qoæ sunt in aliquibus Ecclesiis, extincta tertia vita noo renouandi, & iuramento confirmari ooo posse id, quud est contra fauotem, & ius publicum, & impedir beoefacere: Antoo.Gomes. *variar.tom.2.c.14. tit.de restit.minor.n.24.* Couart. *in cap. quamuis pactum, de pact.2.p.§.1.n.1.* & pateat qui huiusmodi iuramenta obseruat, cùm eorum obseruantia præcludat viam charitati; vt bene decidit Couar. *in d.c quamuis pactum, 1.p §.6. n.7.* cùm redundet in præiudicium tertij: per text. *in d.c.quamuis*, ibi: *ne redundet in alterius detrimentum*: Socinus *cons.116.Non potest negari,n.3.vol.1.* sed de iuramento *paulò infra.*

8. Porrò, si in concessione emphyteusis dicatur, vt emphyteusis duret vsque ad tertiam geoeratiooem duntaxat, & nihil amplius, aut non vltra, nunquid excludetur per huiusmodi verba renouandi beneficium? Respondeo videri impeditam renouationem; quia dominus ad illud duntaxat tempus limitatum, & non amplius, volnit tradere rem inemphyteusim: dictio enim, *tantum*, seu, *duntaxat*, excludit omnia non expressa; & quicquid oon exprimit, ceosetur auferri: per text *in l.3. §.cum Titio ff. de adimend. legat.* Bartol. *in l.1. ff si quis ius dicent.non obtemp.* & Hippolit.Riminal.in specie *cons.257.n.33. vol.3.* & expressiùs, *n.38.* subdens, quòd quamuis emphyteusis concedatur vsque ad tertiam generationem masculinam completam, si nihilominus concedens ponat clausulam, nempe pro tempore viginti oouem anoorum proximè futurorum tantùm, & ooo ampliùs, & tempus hoc præfixum effluxit io prima, seo in secuoda persona, tertiam vitam, quæ superfuit, noo esse audiendam, perinde ac si extincta fuisset. Hæc doctrina videtur vera si ius strictè accipiatur.

9. Considerata tamen æquitate, & communi consuetudine verius est, per nullam clausulam ex consensu partium appositam excludi beneficium renouandi: & ob id Supremus Senatus coëgit dominos renouare, noo obstante quacumque clausula, quibuscumque verbis, seu conditionibus in scriptura io-
10. terposita, quamuis ponatur clausula, in qua partes expressè, & in specie renouationi renunrient: Cald. *d.q. 11.n.18.* Nec obstat Ecclesiasticos præstare iuramentum, de non alienando, seu renouando finitam
11. emphyteusim: Quia huiusmodi iuramentum non comprehendit ea, quæ sunt consueta alienari, vel ab aotiquo renouari, d.Gloss. *in c.1.verbo, heresim, in fine, 24.q.1.* & Aogel *in l.non est nouum, col.1. ff.de legib.* quia non alienat, qoi semel alienata renouando iterum concedit. Chassaneus *in consuetud.Burgund.rubric.11. §.6.num.19.l.1.§.si quis ædificium, ff.de nou.oper.nunciat.* vbi dicitur non prohiberi refici, quæ de nooo fieri prohibentur. Vnde constat semper dominum teneri reoouare, etiamsi promittat sub iuramento id noo agere, cùm non obligetur virtute illius: sicut noo obligatur, qui iurauit non mutuare, neque commodare, oeque fideiubere, eum præcludatur via charitati. Similiter in oostro casu, Couar. *vbi supra in cap. quamuis pactum, 1.p.§.6.n.7.*

Ex dictis sequitur non esse valida statuta iurata de non renouando, cum prohibeant actum io fauorem poblicum prioclpaliter factum, quale est beneficium renouaodi: ita Abbas *in cap.cum contingat, de iureiur.* Gomes. *in d.cap.14.tit.de restit.minor.num.24.* & Couar. *supra, in cap.quamuis pactum, 2.p.§.1.n.1.* Ratio, quia secundùm commonem praxim dominus tenetur renouare emphyteusim descendentibus, quamuis promittat sub iuramento non facere, vt dictum est, eò quòd redundat iurameotum in damnum alterius, hoc est descendentium.

12. Ad hæc, iuramentum de non renouando noo ligat, quaodo sunt solita renooari ab antiquo: quare si qui iuret se noo alieoaturum, seo oon renouaturum absque summi Pontificis consensu, hoc iurameotum noo extenditur ad ea, quæ ab antiquo sunt solita renouari, seu alienari; ita Rebuff. *lib. de congrua portion.num.35.* Angel. *in l.non est nouum, ff.de leg.* Roland. *cons.1. n.82. vol.1.* Afflict. *in c.1 n.24. qui feud. dar.poss.* & *ibi* Bald. Paul.Paris. *cons.85.n.12. vol.4.* dicentes iuramentum de oon alienando noo iouoluere renouationem; noo enim ceosetur alienare, qui semel alienata renouare facit, oeque dicitur de nouo agere, qui reformat: Chassaneus *in consuetud. Burgund rubric.11.§.6.n.19.* sequitur Brun. *in libell.de refection.concl.5. & 6.n.67. per l.1.§. si quis ædificium,* & *ibi* Scribentes, *ff.de nou.oper.nuncias.* vbi prohibita de nouo fieri, non prohibentur facta reformari.

Accedit rursus, qoia quando aliquid prohibetur 13.
fieri, vel alienari, intelligitur de prima vice, quæ si solenniter fiat, iam noo prohibita est renouari; quia iam non dicitur alienari, sed refici, seu reformari: quòd si negetur ex vi iuramenti, fit iniuria petenti renouationem, ac præiudicium, & debet fieri renouatio, seu alienatio, non obstante iuramento; quia non ligat eum detrimento tertij, nec renouans est periurus: per *cap.cùm contingat, & cap.quamuis pactum, in 6.* Sanch. *in decalog.lib.3.cap.9.num.38. & 39.* multis *ibi* pro hac parte relatis.

§. VI.

Vtrùm res quæ non solent emphyteuticari, & traduntur in emphyteusim de consensu summi Pontificis, possint iterum beneficio renouationis concedi.

EPITOME.

1. *Quæ res dicatur solita tradi in emphyteusim?*
2. *Res solita concedi vno modo in emphyteusim, non potest in renouatione diuerso modo concedi.*
3. *Duæ infeudationes efficiunt, vt res dicatur solita infeudari. & an sufficiat vna emphyteuticatio?*
4. *Res solita emphyteuticari potest iterum concedi in emphyteusim.*
5. *Res steriles semel alienatæ sine solemnitate, si postea fiunt fructuosæ, an possint iterum sine solennitate tradi in emphyteusim?*
6. *Res semel alienata perpetuò fit alienabilis.*
7. *Ius diuinum semel limitatum manet perpetuò limitabile.*
8. *Sedimina, seu Passalia, vulgò* Assentos das greias *non sunt solita tradi in emphyteusim, ideò nequeunt emphyteuticari inconsulto Romano Pontifice.*
9. *Passalia, seu sedimina Ecclesiarum vnitarum possunt emphyteuticari sine consensu summi Pontificis, & renouari.*
10. *Passalia quando dicantur solita emphyteuticari vt possint renouari?*
11. *Quæ possessio sit necessaria vt Passalia emphyteuticentur, & eorum renouatio concedatur.*
12. *Ex diuturnitate temporis an præsumantur omnia requisita in concessione emphyteusis?*
13. *An requiratur authoritas Papæ quando alienatio rerum Ecclesiæ cadit in vtilitatem euidentem ipsius Ecclesiæ.*

HActenus egimus de renouatiooe emphyteusis 1.
de rebus solitis tradi in emphyteusim; nunc autem

autem ſermo eſt an poſſit fieri renouatio de emphyteuſi facta de re Eccleſiaſtica, quæ non erat ſolita concedi in emphyteuſim. Vt autem hoc fiat planum, oportet quòd dicatur, quæ res ſit ſolita tradi in emphyteuſim: Iul. Clar. § *feudum, q.13.n.4. & 5.* iodicat rem dici ſolitam infeudari, ſeu emphyteuticari, quando reperiontor duæ infeodatiooes: ex quo ſeqoitur, ſi conceſſio finiatur, poſſe iterum eiuſdem rei concedi renouationem, ſi ſimul concurrat tempus quadraginta annorom. Alij autem volunt ſufficere vnicam tantùm emphyteuticationem, ſeo infeudationem, ſi fiat ſolenniter, & ſeruato modo, quamuis non detur oiſi vnicus actus. Ex his duabus opinionibus prior creditur melior in fauorem Eccleſiæ: poſt Baldum *in l. de quibus, ff. de legib.* & Redoan. *de reb. Eccleſ. non alien. quæſt. 51. cap. 6. num. 20.*

Pater Molina *de contractibus, tom. 2. diſp. 468. litera B. fol. 1387.* opinatur ſufficere vnum actum emphyteuticandi, ſeu infeudandi, modò concurrat debita cauſa, & ſolennitas neceſſaria in re Eccleſiaſtica. Quamobrem vt renouetur emphyteuſis, non eſt neceſſaria nooa ſolennitas, qoia renouatio non eſt noua alienatio, ſed continoatio veteris actus, ſeu prioris ſolenniter inſtituti. Qoòd ſi non conſtet emphyteuſim à principio fuiſſe conceſſam cum cauſa, ac ſolennitate neceſſaria, præſumitur interpoſita fuiſſe, ſi res durauit in emphyteuſi per triginta, vel quadraginta annos, in quo euentu poteſt fieri renouatio ſi perſeueret cauſa iuſta, ſine noua ſoleonitate.

2\. Ex dictis opioatur Decius *in Authent. qui rem, num. 22. C. de ſacroſ. Eccleſ.* ſi res eſt ſolita concedi vno modo in emphyteuſim, non poſſe concedi in reformatione, ſeu renouatione alio modo: idem tradit Baldus *in l. ſi populorum, §. fin. ff. de reb. cor.* per text. *ibi* concludens non eſſe validam reformationem, ſeu reoouationem emphyteuſis io perpetuum, ſi ſolita erat tradi in emphyteuſim pro tribus generationibus; quod eſt verum, quando alteratur forma ſubſtantialis: ſecùs ſi muretor in accidentalibus: Alexand. *conſ. 9. lib. 3. Viſo themate.* Cald. *conſ. 11. tit. de feud.* & forma ſubſtantialis dicitur alterata, ſi aliquid additur quod conditionem Eccleſiæ, vel domini directi reddat deteriorem: ſecùs ſi faciat meliorem: Alexand. *conſ. 78. vol. 7. & conſ. 9. vol. 3. & conſ. 79. vol. 1.* Berous *conſ. 93. num. 31. vol. 1.* Quòd ſi contingat Prælatum concedere emphyteuſim ſimpliciter, inteligitur conceſſio fieri modo conſueto: Berous *conſ. 106. num. 25. lib. 1.* Aretin. *in l. qui in aliena, §. 1. verſ. tertio adde, de acquirend. hered.*

Quin addo potiùs ad maiorem intelligentiam, ſi emphyteuſis Eccleſiæ à Prælato concedatur modo ſolito, non eſſe neceſſariam canonicam ſolemnitatem: *cap. 2.* & *ibi* Gloſſ. & Scribentes *extra de feud* Innocent. Ioan. Andr. & alij *in cap. vt ſuper, de reb. Eccleſ. non alien.* Bald. *conſ. 221. num. 1. lib. 1.* Cotneus *conſ. 181. num. 16. lib. 2.* Couar. 2. *variar. cap. 17. n. 4. & 5.* Iul. Clar. § *emphyteuſis, quæſt. 6. verſ. ſcias tamen, & verſ. nunquid, & quæſt. 28. verſ. aut verò erat ſolita.* Quòd ſi accedat euidens vtilitas Eccleſiæ, nollum videtur dubium: vt colligitur ex *Paulina, Ambitioſa, de rebus Eccleſ. non alien.* ibi: *præter quam in caſibus iure expreſſis.* Quòd ſi Prælatus concedat in emphyteuſim modo non cooſueto abſque canonica ſolennitate, conceſſio eſt nulla, *cap. 1. de reb. Eccleſ. non alien. lib. 6.* Imol. *in l. quod dicitur, num. 14. de verbor. obligat.* Alex. copioſè *conſ. 9. num. 1. lib. 3.* Couar. *lib. 2. variar. cap. 17. num. 4. in fin. & n. 3.* D. Aldobran. *conſ. 42. num. 14. cum ſequentib. lib. 1.* ſubiungens mandatum ad inoeſtiendum intelligi, vt non aliter quis inueſtiatur, niſi modo antea ſolito.

Hinc colligit Bald. *in d. Authentic. ſi quas ruinas, num. 2. C. de ſacroſ. Eccleſ.* ſi emphyteuſis renouatio fiat in quartam generationem, cùm præcedens fuerit conceſſa ad tertiam, valere eo modo quo fieri potuit, & modum inſolitom haberi pro non ſcripto: *& §. neque illud, in Authent. de non alien.* & hanc eſſe communem opinionem reſtatur Couar. *lib. 2. variar. cap. 16. num. 3.* imò veriorem tradit Iul. Clar. *§. emphyteuſis, q. 6. verſ. ſcias tamen.* Quod procedit, quamuis vnica tantùm facta fuerit conceſſio. Idem dico, ſi conceſſa fuerit emphyteuſis renooatio pro maſculis, & fœminis, cùm pro maſculis tantùm fuerit conſueta concedi, quia cùm modus appoſitus poſſit ſeparari, vtile non vitiatur per inutile, *l. ſancimus, C. de donat.* idcircò valebit pro modo cooſueto: ità Bald. *citat.* Iaſon *in Authent. qui rem, n. 21. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Decius, *ibi, num. 12.* Mantic. *de tacit. & ambig. conuent. lib. 5. tit. 5.* vbi cum commoui reſoluit locationem factam pro pluribus aonis, debere ſortiri pro quibus fieri potuit.

Claritatis tamen gratiâ pro quæſtione propoſita ſit deciſio; ſi conſtat res ſemel fuiſſe licitè, & ſoleoniter infeudatas, ſeu emphyteuticatas, conſulto videlicet Papa pro rebus Eccleſiæ cum cæteris requiſitis, oihil amplius opus eſſe vt res dicatur ſolita emphyteuticari: probatur *ex cap. 2. de feud. & cap. 1.* Imol. *in l. 1.* vbi Bartol. *C. de impon. lucrat. deſcript. lib. 10. & in l. pater §. quindecim, de legat. 3.* Si autem præcedant duæ illegitimæ conceſſiones cum bona fide eorum, qui contraxerunt, concurrente ſpatio quadraginta aonorom, dicetur res ſolita tradi in emphyteuſim: ita Redoan. *de rebus Eccleſ. non alien. quæſt. 65.* Alex. *conſ. 9 Viſo themate ſupra ſcripto, num. 6. vol. 3.* dicens vt res dicatur ſolita infeodari, opus eſſe, quòd quando primò conceditur, fiat cooceſſio validè; id intelligi, quando vnica tantùm præceſſit conceſſio, qoamuis ſpatium quadraginta annorum non concurrat: & ſupra dicta accipe, quando cooſtat de principio cooceſſionis, ac progreſſo: ſequitur Berous *conſ. 154. vol. 2. n. 30.* Loazez *in conſ. Super opp. de Milla, charta 102. n. 24. & ſequent.* & Petr. Antoo. à Petra *in additionib.* Redoan. *q. 65.* An verò hoc habeat locum io Paſſalibus Eccleſiarum, dicetur *infra ex n. 8.*

Conſtat ergo rem ſolitam emphyteuticari finitis vocibus poſſe iterum concedi in emphyteuſim, neque opus eſſe recurſu ad Superiorem, hoc eſt ad ſummum Pontificem: ita Redoan. *allegatus, q. 35. & q. 36. & 42.* quando res emphyteuticatur ex cauſa iuſta, & cum debita iuris ceremonia: addens Extrauagantem *Ambitioſæ*, permittere in caſibus permiſſis à iure, cùm hæc duo concurrunt, cauſa ſcilicet iuſta, & ſolennitas à iure requiſita, nihil amplius deinceps deſiderari. Conſentit Nauarr. *vbi ſupra in manuali, c. 27. n. 136.* Quod eſt verum, quando res Eccleſiaſtica eſt ſolita emphyteuticari, tunc enim ſufficit prima vice recurrere ad Summum Pontificem: in renouatione autem id non requiritur ſed oportet qoòd renouatio fiat authoritate Epiſcopi, quod ſeruatur in praxi. 4.

Quid de re ſterili ſemel alienata ſine ſolenoitate, ſi poſtea fiat fructuoſa, an poſſit emphyteuticari, ſeu renouari ſine ſolennitate requiſita ab Extrauagante, *Ambitioſæ*? Dico primò à principio poſſe huiuſmodi terras emphyteuticari à Prælatis, non autem requiri recurſum ad ſummum Pontificem: qoia Paolina; *Ambitioſæ*, non intelligitur de rebus exiguis: ita Redoan. *citat. q. 13. n. 19.* Vnde Prælati etiam Epiſcopis inferiores, & à fortiori Epiſcopi poſſunt inconſulto Romano Pontifice alienare vineolas, ſeu terrolas; ita Vgo per text. *in c. Abbatibus, 12. q. 2.* quia ſunt minima hæc bona, & ideò ea poterit alienare Abbas inconſultis fratribus, & Epiſcopus ſine cōſenſu Capituli, quādo res alienāda eſt magis oneroſa Eccleſiæ, 5.

quàm vtilis. Neque ad hoc necessaria est solemnitas, quæ requiritur in magnis rebus alienandis, ita Hostiens.*in summa,de his quæ fiunt à prælat.* Guid. Papæ *decis.*156.sequitur Redoan.*de reb. Eccles.quæst.*51. *cap.*20.*n.*6. Lessius *de iustit.lib* 2.*cap.*25.*dub.*11. *n.*64. *fol.*331. Ratio potissima, quia modica sunt exempta à solemnitate: Angel. ita *in Authent. de alienat. & emphyteut. §.hoc etiam,in fine*, Abbas *in cap.vt super,n.* 15. *de reb. Eccles.* imò potius idem Angel. subdit, quòd solemnitas iuris in rebus modicis est remissa. Quocirca Paulina *Ambitiosæ, de reb. Eccles.non alien.* indistinctè limitatur in magnis,non autem in minimis,quia hæc possunt alienari sine iuris solemnitate: Redoan. *d.quæst.*13. *num.citat.per cap. terrulas*,12. *quæst.*2. & Glossa *ibi*, & dispositio *capit. Terrulas*,tria copulatiuè requirit, secundùm Redoan. *d. quæst.*13. *num.* 19. Primum, quòd res sit exigua. Secundum, quòd non sit vtilis Ecclesiæ. Tertium, quòd alienatio fiat ex causa necessitatis; & his tribus concurrentibus potest omitti consilium tantùm, vel tractatus Capituli, non verò aliæ solemnitates, qualis est licentia Superioris. Sed in hoc non videtur Redoan. sibi constare.

Dico igitur secundò,vrgente necessitate,si res est inutilis,aut modica, posse alienari sine debita solemnitate; quia terrulæ de iure sine solemnitate ab Episcopo alienantur. Vnde de re modica non intelligitur Paulina *Ambitiosæ*: ita Quaranta *de reb. Eccles.num.*41. §.*addo,fol.*31. dicens ex responso sacræ Congregationis nec Paulinam,*Ambitiosæ*,neque decretum Concilij Tridentini derogasse dispositioni *capitis,terrulas*,12.*q.*2. Atqui constat ex illo capite res immobiles exiguas, quales sunt viocolæ, prædiola, seu terrulæ,ex causa legitima etiam sine solemnitate alienari posse: quod etiam tradunt Glossa *ibi*, Archidiacon.& Scribentes;ergo exigua,& modica,nec non & bona sterilia sine solemnitate poterunt emphyteuticari,& finitis vocibus renouari intercedente vtilitate aliqua,aut necessitate.

Dico tertiò,res steriles datas ad culturam,si fiant postea fructiferæ industriâ emphyteutæ, esse iterum concedendas in emphyteusim eius hæredibus: per text.*in cap ad aures,de reb. Eccles.non alien.* non tamen concedendas aliis diuersis emphyteutis,nisi in casibus à iure permissis,& seruata forma & solemnitate requisita: sic Redoan. *supra*, post plures quos allegat *quæst.* 51. *cap.* 19. quia non sunt syluæ steriles: idem sentit Romanus *consil.*12. *&* 219. & Ancharan. *consil.*40. *& consil.*301. Atque ita quando fit renouatio rerum,quæ fuerunt steriles,& conceduntur hæredibus primi emphyteutæ, potest omitti ex æquitate solennitas debita, non autem si concedantur aliis diuersis emphyteutis.

6. Cæterùm res semel alienata, perpetuò fit alienabilis:sic Ripa *de legat.*1. *num.*65.*fol.*73. idcircò si res reuertatur ad Ecclesiam,potest iterum tradi in emphyteusim absque priori solennitate, non tamen sine solennitate ordinaria. Idem in re feudali secundùm Andr. de Isernia *cap.*1.*qui feud.dar.poss.* Imola *in l.quod dicitur,col. fin. ff. de verbor.obligat.* Curt.iun. *in tract.de feud.in quarta quæst.*2.*p.* non enim dicitur alienare,qui semel alienata iterum concedit, dum contractum renouat,seu reformat:Chassaneus *in consuetud.Burgund.rubric.*11. §.6. *num.*19. neque dicitur de nouo facere, qui reintegrat: Panorm. per text. *ibi, in cap. per tuas, de donation. notab.*4. nec resici prohibentur,quæ de nouo fieri interdicuntur; *l.*1. §.*si quis ædificium*.& *ibi* Scribentes. *ff. de nou oper.nuntiat.* Felin.*in cap consuluit,de Iudæis,& in cap.cum accessissent, num.*33. *de constitut.* Albert.Brun *in tract. de refection. conclus.*5.*&* 6.*num.*67.& Molin.*de primog lib.*4.*cap.*1, *num.*31.

Hinc fit quòd ius diuinum semel limitatum maneat perpetuò limitabile, & rem spiritualem semel factam laicalem perpetuò reddi laicalem: Panor.& & alij,quos referens sequitur Ripa,*vbi proximè*: faciunt,quæ tradit Concil. Trident. *sess.*21. *cap.*7. *de reform.* vbi vult posse Episcopum tanquam Apostolicæ sedis delegatum Ecclesias dirutas, & vetustate collapsas conuertere in profanos vsus, non tamen sordidos; quoniam hæc semel profanata, iam non manent Ecclesiastica: neque ad spiritualia idonea, sed profana: consonat doctrina Zerolæ *in sua praxi, 1.p.in verbo,visitatio*,§.4. 7.

8. Iam sequitur dicendum,an Sedimina, seu Passalia, vulgò, *Assentos das igreias*, possint tradi in emphyteusim inconsulto Romano Pontifice? Vt clariùs procedatur,hæc Passalia,seu Sedimina conceduntur Parochis, seu Abbatibus in Ecclesiis, vbi residere tenentur; & nomine *Passalium* veniunt omnes fundi, seu prædia eisdem assignata, (barbarè vocantur *Passalia*,latinè *Sedimina*,seu *mansus Ecclesiæ*)quæ sunt in ambitu illius Ecclesiæ, vbi Parochi,seu Rectores residentiam faciunt.

Resolutio ergo sit, Sedimina Ecclesiarum, quocunque nomine vocentur,nequeunt emphyteuticari inconsulto Romano Pontifice, cùm sint necessaria ad residentiam horum Pastorum, & in hoc vertitur ius publicum: vt deducitur *ex l.quemadmodum,C. de agricol.& censit. lib.*10. Cald. Pereira *de renouat.q.*15. *n.*15. Barbos.filius *in castigation. & additament.ad remission.patris,circa Ordin.reg.ad tit.*36.*in princ pag.*64. *lib.*4. dicens non posse fieri emphyteusim de manso Ecclesiæ, vulgò *de passalibus*, sine authoritate Papæ: sequitur Gabriel Pereira *decis.*22. *num.*8. censentur enim dotalia bona Ecclesiæ, quæ alienari nequeunt sine authoritate Pontificis:argument.*L.*4.*l.dotale*,13. *ff.de fund.dot.* Donellus *lib.*12.*iur.ciuil.c.*20. *n.*26. Accedit Extrauagans,*Ambitiosæ,de reb.Eccles.Pauli Veneti*, qua sancitum est Ecclesiarum bona alienari non posse vltra triennium, quia similia bona pertinent ad mensam Abbatialem, & sunt destinata pro alimonia,& pro habitatione Rectorum;idcircò non valent alienari,nisi seruata forma, & solennitate ad iure requisita. Quæ duo sunt necessaria copulatiuè, iusta scilicet causa,& solennitas necessaria à iure,cuius pars præcipua est consensus Papalis:*cap.*1.*de reb. Eccles.non alien.in* 6. *& Clement.*1.*eodem tit.* Decius *in Authent.qui rem,C. de sacros. Eccles.& cons.*113.*col.*1. Itē quia hæc bona sunt in pleno dominio Ecclesiæ, in quibus fructus spectant ad Ecclesiam pleníssimè.

Nec refert,si dicas Paulinam non fuisse vsu receptam; & quamuis agenti incumbat onus probandi Extrauagantem esse vsu receptam,vt ait Redoan.*de reb.Eccles.q.*36.*n.*1.in dubio,& facere ius commune, & præsumi vsu receptam tradit nouissimè Aloys. Ricc.*in praxi rer. for. Eccles.decis.*95. Barbos. filius *in additament.ad remiss. patris,n.*73. Gam.*decis.vlt.in fin.* vbi tradit esse receptam in hoc Regno,&fuisse confirmatam per Breue Pauli *lib. Motuum,fol.*367.quod tamen postea renocatum fuit per aliud Breue à Pio IV. *fol.*416.Nihilominus non est dubium esse in viridi obseruantia,Ecclesiarum bona non posse alienari vltra triennium: verba autem Paulinæ, quæ prohibent insolita emphyteuticari irrequisito Summo Pontifice,sic habent,

Omnium rerum, & bonorum Ecclesiasticorum, hac præsenti constitutione fieri prohibemus inconsulto Romano Pontifice: quòd si fiat alienatio, res alienata ad Ecclesias, ad quas ante alienationem huiusmodi pertinebant, liberè reuertantur. Et infra subiungit: *huiusmodi alienationes sint omninò nullius roboris, & momenti.* sequitur Quaranta *in verbo,alienatio, num.* 5. *vers.quælibet species alienationis*, Gonçallus de Villad. *in*

in tract. de leg. quæst. 11. *num.* 8. *vers. considera tamen.* Accedit esse nullam alienationem horum bonorum propter iuramentum factum ab Abbatibus, & Prælatis, quo se subiiciunt pœnis Paulinæ, *Ambitiosa*, vt habetur *in Pontificali, fol.* 81. & 120. his verbis: *Possessiones*, inquiunt, *meas ad mensam meam pertinentes non vendam, nec donabo, nec impignerabo, nec de nouo infeudabo, vel aliquo modo alienabo, etiam cum consensu Capituli Ecclesiæ mea inconsulto Romano Pontifice, & si ad aliquam alienationem deuenero, pœnas in quadam super hoc edita constitutione contentas eo ipso incurrere volo*: ita Prælati iurant. Et Abbates, vt habetur *in eodem Pontificali, fol.* 134. his verbis: *Possessiones ad Monasterium meum pertinentes non vendam etiam cum consensu Conuentus Monasterij mei inconsulto Romano Pontifice.*

Ex quibus colliges reliquos, qui non iurant, posse alienare in casibus licitis, & in Paulina *Ambitiosæ* concessis, seruata solennitate ante hanc Extrauagantem requisita. Possessiones autem non solitæ tradi in emphyteusim excipiuntur in prædicta constitutione in hunc modum: *Ac de bonis*, inquit, *ab antiquo concedi solitis*: Ideò insolita emphyteuticari, nullo modo nec validè, nec licitè possunt tradi apud nos in emphyteusim: & ita vsu, & praxi receptum est. Patet Molin. *tom.* 2. *de iustit. disput.* 449. §. *admone, fol.* 1219. Caldas *de renouat. quæst.* 15. *num.* 15. vbi addit quoad hoc, Extrauagantem hanc esse vsu receptam, & alienationem Sediminum, seu Passalium, sine licentia Papæ esse nullam: nec valere titulum pariter cum publica scriptura concessum ab inferiore Prælato, & multo minus titulum præsumptum ex continua præstatione vniformis pensionis, etiam per quadraginta annos. Ratio, quia quando ius resistit à principio, impedit transferri dominium. Quare requiritur quòd intercedat licentia Papæ, vt decernitur *in d. Paulina*, aliàs cùm Passalia sint ex bonis Insolitis emphyteuticari, nequeunt concedi in emphyteusim: Redoan. *suprà, quæst.* 36. *num.* 3. & 5.

9. Limitatur hæc doctrina in Passalibus Ecclesiarum filialium, quæ vulgò dicuntur annexæ, seu vnitæ principalibus Ecclesiis, seu matricibus; nec non Monasteriis, seu collegiis Religiosorum, in quibus non resident Rectores, seu Priores, seu Abbates. Nam huiusmodi Passalia, seu Sedimina possunt sicut alia bona Ecclesiastica concedi in emphyteusim ex causa iusta, & forma, de iure Canonico, seu de consuetudine introducta. Eò quia in his Ecclesiis annexis, seu vnitis Ecclesiæ matrici, aut Monasteriis, aut Collegiis, cessat vtilitas publica residentiæ: & ita iudicatum à Senatu Bracharensi fuit *super Passalia Ecclesiæ de Gualtar, & super Passalia Ecclesiæ de sancta Aziaz, & de Frecis huius Braccarensis Diœcesis*: Nec non idem fuit indicatum *in causa Passalium Ecclesiarum Constantini, & Barbella*, quæ sunt vnitæ Monasterio sancti Martini *de Chiamyde* in Senatu supremo Olissiponensi, teste Melchiore Phœbo 1. *p. decis.* 82. nec de hac re potest esse in hoc nostro Regno altercatio; vt tradit doctissimus Gabriel Pereira *decis.* 12. *num.* 9. quoniam huiusmodi Sedimina, & Passalia Ecclesiarum vnitarum deflectunt à prima natura, & ius primæuum deperdunt, & ideò possunt concedi in emphyteusim liberè, sicut alia quæcunque bona Ecclesiarum, & cum eisdem solennitatibus, quæ regulariter requiruntur, absque eo quòd necessaria sit Summi Pontificis authoritas.

Vnde sequitur hoc habere locum non solùm in prima emphyteuticatione, sed etiam in renouatione, sicut res consuetæ emphyteuticari, vel infeudari, possunt iterum in emphyteusim concedi, si ad Ecclesiam redeant, sine solennitate in alienatione rerum Ecclesiasticarum requisita à principio; textus *in cap.* 2. *de feud.* Cened. *ad sextum, collect.* 32. *num.* 3. Menoch. *de arbitr. casu* 81. *num.* 5. & *cons.* 66. *num.* 31. & *cons.* 79. *num.* 1. *cum sequentib.* & *cons.* 90. *num.* 22. Ceuall. *commun. contra commun. tom.* 4. *quæst.* 897. *à num.* 899. Phœbus *decis* 82. *num.* 34. Aloys. Ricc. *in praxi rer. for. Ecclesi. decis.* 125. & alij, quos referens sequitur Cald. Pereira *de renouat. quæst.* 16. *num.* 71. & Gam. *decis.* 24. & *decis.* 36. *num.* 6.

Quando ergo dicentur Sedimina, seu Passalia solita emphyteuticari, vt possint finitis vocibus rursus in emphyteusim concedi? Dico primò, quando legitimè, & licitè, & seruatis seruandis, Passalia semel fuerunt emphyteuticata, si postea vacent, posse iterum concedi inconsulto Romano Pontifice, concurrente tamen post primam emphyteuticationem tempore quadraginta annorum: ita Gam. *decis.* 343. incipit, *Ioannes, num. vltim.* quia res semel alienata debito modo semper manet alienabilis: Caldas Pereira *de renouation. quæst.* 11. *num.* 30. Menoch. *de arbitrar. quæst.* 54. *num.* 24. per eandem rationem, quia semel effecta alienabilis res, perpetuò manet talis: & quamuis aliqui requirant duos actus vt res dicatur solita concedi; nihilominus si cum vnò actù concurrat tempus quadraginta annorum, & titulus legitimus, absque dubio in Passalibus inducetur hæc consuetudo. Quinimò sufficere semel datam fuisse rem in emphyteusim, etiam sine cursu quadraginta annorum, tenet Cald. *de renouat. quæst.* 12. *num.* 31. & dictum est *suprà in principio, num.* 1. quod totum Iudicis arbitrio relinquit Menoch. *de arbitr. casu* 81. *num. vlt.* vltra quos egregiè Garcias *de expens.* refert *cap* 9. *num.* 47. 10.

An autem possit allegari possessio quadragenaria contra Rectores, seu Abbates Ecclesiarum principalium, in quibus resident, itavt temporis diuturnitas, & possessio faciat titulum præsumptum possidentibus eadem Sedimina Matricum, quæ pertinent ad mensam, & habitationem eorundem Rectorum, seu Abbatum? Negat Caldas *de renouat. quæst.* 15. *num* 15. & Molin. *de iustit. disput.* 449. *in d.* §. *admone*, dicúntque in hoc casu non habere locum præscriptionem, neque titulum suppleri posse absque scientia & patientia Papæ. Consentit Felin. *in cap. sicut, num.* 33. *de re iudicat. vers. benè fateor*: quia quando actus non potest fieri inconsulto Romano Pontifice, allegari non potest temporis diuturnitas, nisi simul probetur scientia, & patientia illius. Quod procedit, quando res sit extra Curiam in partibus. Idem tradunt Afflict. *decis.* 107. *num.* 7. & Aymon. *de antiquit. tempor.* 3. *p. num.* 18. *fol.* 96. 11.

In aliis tamen bonis Ecclesiasticis solitis concedi in emphyteusim authoritate Ordinarij, temporis diuturnitas inducit titulum, & præscriptionem, & præsumptionem tituli: atque ita sæpè fuisse iudicatum in Senatu Braccarensi testatur Caldas *vbi suprà, num.* 16.

Porrò si agricola probet se possedisse Passalia cum titulo vero ab Ordinario concesso per quadraginta, seu quinquaginta annos, & amplius: dici potest si cum hoc titulo, & bona fide, Passalia fuerint possessa per id tempus, præiudicatum fuisse quoad dominium vtile duntaxat Ecclesiæ, sed non quoad dominium directum; eò quia hæc præscriptio cum titulo, & bona fide æquiparatur præscriptioni immemoriali, quoad omnes iuris effectus, & satis est, vbi illa requiritur. Quare idem operatur præscriptio quadragenaria cum titulo, & bona fide, quod immemorialis sine titulo: *cap. cùm persona*, §. *quod si talis, de priuileg. in* 6. *cap.* 1. *de præscript. cod. lib.* Balb. *de præscript.* 2. *part. tertia partis, quæst.* 6. *num.* 11. Couarr. *in regul. possessor*, 2. *part.* §. 2. *num.* 8. *vers. nec minoris temporis præscriptio*, vbi ait, necessariam esse præscriptio-

nem

nem eius tempotis, quod memotiam hominum excedat, vel quadraginta annotum cum titulo: secundùm quod deciditur *in cap.1. de praescription. in 6.* Idem tepetit *in §.4.num.5.eiusdem regul.* ibi: Quoties aduersus ptæscribentem est iutis communis vehemens ptæsumptio ei plutimùm resistens, necessatio requititur ptæscriptio tempotis excedentis hominum memoriam, vel saltem quadtagenaria probato iusto, & allegaro titulo: *cap.1. de praescript. in 6.* Idem Couatt. *lib.1. variar. cap.17. num.7.* pet Gloss. & textum, & per communem *in d.cap.1.de praescript. in 6.* Mascardus *de probat. conclus.* 1214. & Molin. *lib. 2. de primog. cap. 6. num. 52.* Probatut exemplo exemptionis ab Otdinario, in qua ius est contra præscribentem; & consequentet est necessatia ptæscriptio immemotialis: nihilominus si allegetur exemptio ab otdinaria iutisdictione, & ostendatur titulus, siue allegetur cum ptæscriptione quadraginta annotum, probatut exemptio supradicta: text. & Glossa *in d cap.1. de praescript. verbo, legitimè, in 6.* & notant Sctibentes *in l.fin.C.de fund. patrimon.lib.10.*

Nec refert si dicas titulum vitiosum constituere ptæscribentes in mala fide, vt ptobat *l. quemadmodum, C.de agric.& censit. lib.11. l. fin. § fin autem, Cod. commun.de legat.* Gloss. *in l.2.C.de fide instrum.& iur. hast. fiscal. lib.10.* tegul. *qui contra, de regul. iur. in 6.* Vnde si ptæscriptio immemotialis etiam cum mala fide non procedit, per text. *in cap. fin. de praescription.* secundùm quem id tradunt Ioann. Andt. & Franc. & Sctibentes *ibi*, à fortiori si constet apertè titulum fuisse vitiosum: ex eo namque quadragenaria ptæscriptio cortuet. Respondemus id esse verum quando liquidò constat titulum exhibitum esse omninò vitiosum, & illegitimum præscribenti: tunc enim nun sufficit nec quadtagenaria ptæscriptio cum titulo, neque immemotialis sine titulo, eò quia excluditur bona fides, & adest mala positiua, quæ inducit peccatum, & impedit currete ptæscriptionem; propter quod consuluit Molin. *d. lib. 2. cap.6. num.76.* habentem titulum illegitimum impedientem præscriptionem teneri in foro animæ, vel liti, vel causæ cedere, vel titulum exhibete.

Cætetùm si mala fides sit tantùm ptæsumpta, vel ex iutis præsumptione, vel ex aliquo alio accessorio, hæc mala fides præsumpta excusatur in vtroque iure, & foro, spatio quadraginta annotum munita, & post illud tempus cessat omninò, nec potest iam allegari: ita Batt. *in l.vltim. C.vnde vi,* Paul. *cons.169. Visa quodam processu, lib.1.* Mascard. *conclus. 225. ex n.1. ad 11. inclusiuè,* quos sequitur Phœbus *decis.82. num.37.cum sequent.* & ptiùs *num 5.vsque ad* 8. dicens præscribi quodcumque ius cum bona fide, & cum titulo spatio quadragenario; sicut non durat remedium enotmissimæ læsionis vltra ttiginta annos: per Gregor.Lop. *in l.vltim.gloss.vltim part.6.* & bona fides præsumitur tegulatiter in quocumque possessore, Gloss. per text. *ibi, in l. penult.C.de emiltion. gloss. in verbo, Bona fides, in cap. si vigilanti, de praescript.* & probatur ex traditis à Molin. *suprà, num.52.* dicente, licèt præscriptio triginta annorum non noceat futuro successori, immemotialem præiudicare omnibus præsentibus, & futuris in maiotatu successoribus: *& lib.4.cap.10.num.10.* Ex Gregor.Lop. *in l.10. tit.26. part.4. verbo, Ni le empece,* subdens *d.num.52.* eundum effectum habete ptæsctiptionem quadragenariam cum titulo, quia ex vtraque ptæsctiptione eo modo, quo dictum est, declarata, ptæsumitur interuenisse omnia necessaria, vt actus bene fieret.

Nec tefragatur, si appateat titulus absque licentia Summi Pontificis ad tradenda Passalia in emphyteusim, & sine debitis solennitatibus. Quia ad hoc respondetur, si agricola, seu possessor habeat titulum ab Ordinatio semel factum emphyteuticum, & Passalia sint ab eo possessa pet id tempus quadragenarium, iam posse dici solita emphyteuticari: Gamma *decis.342.num.4.* dicens satis esse vnum actum, vt res dicatur solita emphyteuticari, nimirum, si semel sit concessa in emphyteusim, & per quadtaginta annos ab emphyteuta sic fuerit possessa: & ita fuisse iudicatum in supremo Senatu, per text. *in cap.cum de beneficio, de praebend. in 6.* Imola *in cap. fin. de consuetud.num.25.* & est de mente Bald. *in l. de quib. num.27. ff. de legib.* atque ita tenet idem Gam. esse accipiendam Paulinam *Ambitiosa*, suprà, dum ait de bonis ab antiquo concedi solitis: sequitur Phœbus *decis. 6. num. 9.* post Battol. *in l. vnica, num. 8. C. de impon. lucrat. descript. lib. 10.* Ripa *in l. filius famil. §. diui, num.65. ff. de legat.1.* idem Phœbus *decis.82. num.34.*

Et quamuis Battoli ductrina habeat locum, quando res illa, quæ non erat solita emphyteuticari conceditur à principio licitè, & cum debitis solennitatibus, prout res Ecclesiæ possunt alienari, vt resoluit Couatt. *2. variar. cap.17. in princip.* secundùm *cap. sine exceptione, 12.quaest.2.* satis est tunc vnicus actus, cum spatio quadragenario. Ego tamen cum aliis arbitror, quando res à principio data fuit illicitè, & sine debita forma, & possidetur bona fide, & cum titulo per tempus quadraginta annorum, & bis in illo tempore empbyteuticatur, sine dubio rem dicendam esse solitam ttadi in emphyteusim: quod in Passalibus affirmat Phœbus *d. decis.6. num.10. & decis. 82. num. 34.* ex traditis per Decium, quem *ibi* referens sequitur *in Authent. qui rem, Cod. de sacros. Eccles.* & Afflict. *lib.1.constit.rubric.5.num.65.* dicens in bonis maioratus, quæ nequeunt alienari licitè, non sufficere vnicum actum alienationis, sed requiri duos actus emphyteuticos cum tempore quadtagenario: quod est vetum ad bene esse, seu ad melius esse; & sic est intelligenda opinio Imolæ *in cap. 2. de feud. num.37.* & Alexand. *cons. 5. vol. 5. num.4.* vt secutiùs procedatur, cùm sufficiat adesse vnicus actus emphyteuticationis intra prædictum tempus quadragenarium; vt decisum fuit, teste Gam. *decis.342.num.4.* secundùm text. *in d.cap.cum de benefic. de praebend.* Redoan. *de reb. Eccles. non alien. quaest.65.* & Menoch. *lib.3. de praesumpt. quaest.6. num.29.*

Sed quid dicendum si ex sctiptura emphyteusis constet non fuisse petitam licentiam ad emphyteuticanda Sedimina prædicta, seu Passalia, nec fuisse interpositas cæteras solemnitates? Respondetur, esto, omnia requisita non contineantur in scriptura, non proptetea ptæsumi non fuisse licentiam petitam, nec omissas cæteras solemnitates, quæ vel ante, vel post, in alia diuersa scriptura potuerint quæri, & obtineri; etiamsi in ptimo contractu illa expressè non reperiantur: quia solemnitates extrinsecæ præsumuntur interuenisse ex diuturnitate temporis: ita Battol. *in l.qui aliena, §. sed si non adierit, ff. de acquir. hered.* Roch. de Curt. *de iur. patron. in verbo, pro eo quod, vers. septimo quaero, num.19.* & Abbas *cons.106.* 12.

Nec obstat, quòd non præsumitur solemnitas interuenisse, si ex actis, vel sctiptis id non apparet; quia Negatiua, hoc est, illud non esse factum, probatur per scriptutam: *l.fin.* & *ibi* Battol. *C. de reb. credit.* Goxadin. *cons.73. col.4. in fine,* Ruyn. *cons.49. num.8.in fin. vol.4.* Quoniam hoc est verum, quando ex ipsa scriptura, vel actu constat partes voluisse illas solemnitates requisitas inesse, sed vel illas ineptè, val impetfectè adhibuerunt; non verò quando constat apertè illas fuisse omissas, quia potuerunt ante, vel post alienationem interponi: Alexand. *cons.219. Ponderatis his, num.16. vol.6.* cùm potuerint interuenire post factum: idem Alexand. *cons.79.* incipit,

Circa primum, in dub. 2. num. 4. vol. 1. Aretin. *conf. 36.* vbi tradit præsumi licentiam Papæ ex temporis diuturnitate, de qua non apparet: sequitur Decius *conf. 341. num. 13. vers. non obstat,* vbi cum ex scriptura non appareret solemnitates fuisse interpositas, nihilominus asseruit Decius fuisse insertas, idque ex diuturnitate temporis esse præsumendum: quod iterum tenuit *conf. 409.* quoniam si non interfuerunt in ipso instrumento, potuerunt interuenire ante instrumentum: Redoan. ita post multos, *de reb. Eccles. non alien. quæst. 40. à num. 20. vsque ad num. 31. & q. 47. num. 17. & 18.* atque hæc omnia interuenisse præsumitur, licèt id non explicetur in scriptura: sic Alex. *conf. 79. vol. 1.* incipit, *Circa primum.* Faciunt pro hac parte tradita per Gloss. *in cap. peruenit,* & *ibi* Imola, *num. 10. & 12. de empt. & vendit.* & per Anchar. *conf. 135. aliàs 136.* dicentes quòd quamuis solemnitas à iure Canonico introducta regulariter in emphyteusi obseruari debeat; si tamen non fuerit adhibita, præsumitur interuenisse ex cursu triginta, vel quadraginta annorum: vt etiam in propriis terminis alienationis bonorum Ecclesiæ, & emphyteusis eiusdem, tradit Alexand. *d. conf. 79. num. 13. vers. fortificatur, & in vers. prædicta, & conf. 113. num. 5. lib. 1. & in conf. 219. num. 26. vers. non obstat, cum sequentib. lib. 6.* quibus adhæret Mantic. *de tacit. & ambig. convent. tom. 1. lib. 12. tit. 7. num. 13.* post plures *ibi* relatos, & *lib. 25. tit. 6. num. 17. & 18.* Quinimo Decius *conf. 36. num. 8. vers. vltim. & conf. 341. num. 13. & conf. 409. num. 8.* consuluit consensum Capituli in alienatione facta de rebus Ecclesiæ præsumi ex tempore sexaginta annorum: & ab hac opinione communi nec in consulendo, nec in iudicando esse recedendum affirmat Gozadinus *conf. 73. num. 20. & 21.* sequitur Ferrer. *conf. 142. num 8. vers secundo confirmatur.* Sed hoc intelligitur, nisi inueniatur instrumentum ex quo constet tractatum, & causæ cognitionem non præcessisse: sic Feder. de Senis, *conf. 43. ad fin.* Rimin. iunior post alios *in conf. 342. num. 58. & sequent.* Proinde Decius *conf. 341. num. 13.* & Anchar. *conf. 135.* tenent, quòd quamuis non appareat solemnitatem fuisse adhibitam; ex cursu tamen longissimi temporis præsumi: quia non sequitur; *de solemnitatibus non fit mentio apud acta alienationis, igitur non fuerunt adhibitæ:* quia cùm scriptura separatim de solemnitatibus fieri possit ante acta alienationis, teste Mantica *de tacit. & ambig. lib. 4. tit. 7. num. 14.* hæc præsumptio, quòd interuenerint, bene potest procedere.

Accedit Arrestum Iasonis *in l. qui aliena, ff. de acquir. hered. num. 48.* asserentis illum censeri emphyteutam, qui rem diu retinuit tanquam emphyteuta, præstita vniformiter pensione; & præsumi solemniter inuestitum, quamuis non potuerit ostendere inuestituram, aut instrumentum emphyteuticum. Similiter, siquis emat prædium Ecclesiasticum, illúdque possideat diu, quamuis in instrumento non dicatur de solemnitatibus adhibitis, præsumitur eas interpositas fuisse: sic Anton. & Imol. *in cap. ea noscitur, de his quæ fiunt à Prælato.* Quinimò ex diuturnitate temporis præsumitur interfuisse Sedis Apostolicæ authoritas, ex traditis per Doctores *in l. si certis annis, C. de pact. & in l. qui aliena, ff. de acquir. hered.* Quod est verum si simul cum tempore diuturno reperiatur scientia, & patientia eius, cuius consensus necessarius erat: ita Aymon. Crauet. *in tract. de antiq. tempor. part. 3. §. 1. num. 18. in vers secundo limita.* Afflict. *decis. 107. num. 7. vers. præterea,* Alex. *conf. 9. num 8. lib. 3.* Addit Felin. *in cap. Albericus, extr. de testibus,* si appareat instrumentum alienati prædij Ecclesiæ, in quo erat necessarius consensus, seu authoritas Superioris, neque de hoc consensu, seu decreto obtento constat, præsumitur interuenisse, si elapsum sit tempus longum: sic Anchar. *conf. 130.* incipit, *Ex consiliis.* Redoan. *vbi suprà, quæst. 48.*

A fortiori datur præscriptio contra Passalia, seu Sedimina per possessionem immemorialem, quæ habet vim tituli, *l. ex hoc iure, §. ductus aquæ, de aqu. quotid. & æstiu. cap. 1. de præscript. in 6. cap super quibusdam, §. præterea, de verbor. signific.* Et est communis opinio, & constat ex dumtaxat exigente seruitia & exactiones à vasallis etiam non probante titulum, nihilominus cogit illos per solam immemorialem consuetudinem exigendi, & recipiendi exactiones: ita Lucas de Penna *in l. hac lege, C. de aquæduct. lib. 11.* Couarr. *in regul. possessor. 2. part. §. 4. num. 4.* & concurrente tempore immemoriali non est opus allegare aliam causam, quia lapsus tanti temporis habet vim Constituti, & virtute huius temporis excedentis hominum memoriam se tuentur domini contra vasallos circa exactiones impositionum, & seruitiorum sine aliqua alia causa allegata: ita Burgos de Paz *conf. 15. num. 15.* Gaspar Roderic. post plures, *de annu. reditib. lib. 1. quæst. 15. num 4. & n. 67. & sequentib.* Nam in hoc casu non requiritur titulus, quoniam præscriptio immemorialis habet vim priuilegij, *cap. super quibusdam,* iuncta Gloss. *de verbor. signific.* & habet etiam vicem legis, *l. 2. §. fin.* ibi: *vetustatem vicem legis obtinere: & in l. in summa,* ibi: *vetustas, quæ semper pro lege habetur, ff. de aqua pluu. arcend.* præsumitur enim post illam immemorialem præscriptionem titulus, & bona fides, quamuis non allegetur, & licèt ius resistat: quando verò non est immemorialis, & ius commune resistit, quanquam adsit bona fides, & tempus quadragenarium, imò & centum annorum, non sufficiunt ad præscribendum; sed exigitur titulus, qui causam præscribendi tribuat possessori: sic Molin. *lib. 2. cap. 6. de primog. num. 51. & 52.* quia tunc talis præscriptio æquipollet immemoriali; ita vt quoties lex immemorialem præscriptionem exigat, sufficiat præscriptio quadragenaria cum titulo: per text. *in cap cum persona, §. quod si tales, de priuileg. lib. 6.*

Denique quæri potest, an requiratur consensus 13.
Papæ ad concedendas res Ecclesiæ in emphyteusim, seu ad alienationem earum, quando emphyteusis, seu alienatio fit in euidentem vtilitatem Ecclesiæ? Negat Glossa *in l. 2. ff. de acceptilat.* facit *lex, non eo minus, C. de procurator.* vbi sententia valet lata in fauorem minoris; esto, omittatur solemnitas requisita. Eodem modo valebit alienatio in fauorem Ecclesiæ: sicut etiam est valida venditio fundi pertinentia ad minorem, si venditio contineat vtilitatem manifestam minoris, aut Ecclesiæ: ita Bald. *in l. cùm ij quibus, §. eam, ff. de transact. & in l. contra iuris, ff. de pact. in fine,* vbi etiam tradit alienationem in vtilitatem Ecclesiæ etiam sine solemnitate subsistere.

Nec obstat Extrauagans *Ambitiosæ,* Quia hæc non procedit quando bona Ecclesiæ conceduntur in vtilitatem ipsius Ecclesiæ: tunc enim non est opus consulere Summum Pontificem: ita Auendao. *de exequend. mandat. cap. 4. à num. 38.* Melchior Phœbos Lusit. *decis. 82. num. 35.* Cened. *collectan. 32. in 6. ad Extrauagant. Ambitiosæ, num. 4.* vbi ait res Ecclesiæ immobiles posse concedi, vel alienari sine decreto Superioris, si sunt omninò steriles, & incultæ; vt etiam probat text. *in cap. ad aures, de reb. Eccles. non alien.* sequitur Guid. Papæ. *decis. 158.* iuuat Bald. *in l. quicumque, C. de bon. quæ liber.* dicens, prohibita alienatione non intelligi illam, quæ fit in fauorem eorum propter quos fuit talis alienatio interdicta; eò quia defectus solemnitatis suppletur ex vtilitate Ecclesiæ, & actus tenet sine solemnitate: Nauarr. *in commentar. de alienation. rer. Eccles. num. 16.* vbi ait *Paulinam* non procedere contra illos, qui alienant

res

res Ecclesiæ io casibus à iure permissis: Casus autem permissus à iure est propter causam vtilitatis,& propter causam necessitatis, & causam pietatis: addiqoe facientem contra legem humanam credendo se habere iostam causam ad agendom, non peccare mortaliter; ita *in manuali,cap.23.n.43.* cum D.Thoma 1.2. *quæst.96. art.6. & 2.2. quæst.147. art.3.* Archidiac. *in cap. vtinam, dist.76.* idem Nauarr. *in d.commentar. de alien. num.16. §. tertio, & quarto, & §. quinto,* vbi vult electum in Prælatum à Capitulo contra dispositionem iuris humani censeri bene electum io foro coosciențiæ, si sit electus seruato ordine iuris naturalis: qood etiam probant Ionocent. *in c.quod sicut, de election.num.8.* & Panorm. *cap.1. num.19. de restit. in integr.* dicentes alienatiouem de rebus Ecclesiæ io foro saltem animæ non seroata forma iuris valere, modò non desint oecessaria de iure naturæ. Consensus videlicet illorum quorum interest, alienatio de iure naturæ, & potestas alienandi, & denique causa iosta faciendi: Panorm. post Anton. *in cap. quia plerique, de immunit. Eccles.* & Felin. *in cap. de constitut. fallent. 6. num.39.* Quarant. *de reb. Eccles. num. 41. §. adde.*

Cæterum ex eodem Nauarro *in commentar. de spol. Clericor. §.2 num.6.* alienatio de bonis Ecclesiæ facta ab inferiori Prælato iusta de causa, sed sine solemnitate, potest rescindi sicut electio, quamuis sit valida in foro conscientiæ, in quo statur veritati. Idem repetit *in commentario de alienation. rer. Eccles. num.17. §. ex quibus,* & alienantem inconsulto Summo Pontifice etiam quando eius requiritur liceotia quoad forum fori, subdit non peccare mortaliter, neque iocurrere pœnas Paulinæ *Ambitiosa,* si bona fide faciat meliorem conditionem Ecclesiæ; quia in casu permisso non violatur *Paulina,* & satis est seruare formam inductam à iure naturali, & diuino; esto non seroetur forma de iure humano: qui autem alienat rem Ecclesiæ sine iusta causa, & sine forma requisita, nulliter facit, & peccat mortaliter: ipse Nauarr. *vbi suprà, num.19. § sed contrarium,* consentit Rebuff. *in compendio rer. Eccles. num.34.* dicens valere alienationem factam vtiliter, quamuis fiat sine solemnitate canonica, & ex pòst facto potest accedere authoritas Superioris, si alienatio tendat in vtilitatem Ecclesiæ: Frater Emmanoel *tom. 1. regul. quæst. 27. art.9.* idem Redoan. *quæst.42. num.14. & 51. cap.11.*

Nec obstat Paolioa *Ambitiosa*; quæ videtur promulgata io fauorem Ecclesiæ, non verò in damnum ipsius: proinde si seruetur, præcluditur ostium ad vtilitatem, quæ proueniret in bonum Ecclesiæ: imò potiùs si semper solemnitas est retinenda, aufugiunt occasiones acquireodi multa Ecclesiis, maximè quia, lex prohibens ne contractus fiat sine solemnitate, semper intelligitur, nisi contractus sit vtilis: Barbat. *cons.60.* Bald. *in d.l. quicumque, C. de bon. quæ liber.* & constat ex traditis per Deciom *cons.691.* incipit, *In facto proponitur,* vbi tradit contractum celebratum cum detento io vinculis non valere, *l. qui in carcerem, ff. quod met. caus.* Limitatur tamen si fiat ad vtilitatem carcerati, vt liberetur, tunc enim valet: Bald. *in rubric. Cod. de rescind. vendition.* per text. *in l. metum, §. sed licet, ff. quod met. caus.* Redoan. *vbi suprà, quæst.20. num.174. vsque ad num.203. & quæst.41. à num. 6. & quæst.51. cap.7.* Mascard. *de probat. conclus.75.* dicens esse veriorem, & magis communem; quamuis oppositum vt verum *ibi* fateatur.

Vltimò suffragatur pro hac parte Gloss. *in l. fundus, ff. de reb. cor.* Paulus Castrens. post Gloss. *in l. cùm hi, §. si prætor, ff. de transaction. & in l.1. §.1. ff. de offic. eius cui mand. est iurisdict.* dicentes sustineri contractus, quoties conditio Ecclesiæ fit mèlior, & vtilior, cùm damnum pati dicatur ille, cui aufertur commodom sibi proneoiens: *l.2. §. merito,* vbi Bart. *ff. ne quid in loco public.* Ex quibus constat hanc opinionem esse valde probabilem; quia finis Extrauagantis est deuitare damnum Ecclesiæ, & procurare illius vtilitatem: quare noo absolutè prohibet contractus, nisi quando redundant in Ecclesiæ detrimentom; secùs quando sunt euidenter vtiles: Rebuff. *vbi suprà, vers. nonus casus,* Redoan. *d. quæst.42. num.6. cum sequentib.*

Probabilius tamen sit, alieoatiooem de rebus Ecclesiæ factam sine debita solemnitate esse omnino nullam, quamuis fiat in euidentem vtilitatem eiusdem Ecclesiæ: sic Barbos. *quinta parte, l.1. ff. solut. matrim. num. 9.* per Gloss. *cap.1. verbo, sede, ne sede vacante.* Aretin. *l. filius, col.6. ad medium, ff. de liber. & posthum.* vbi ait noo sufficere ad valorem actus vtilitatem, quando solemnitas requiritur in alieoatiooe, oisi simul solemnitas interueoiat per legem requisita: idem tradit Bartol. *in l. Gallus, in principio, ff. de liber. & posthum.* dicens quòd quaodo lege cauetur, quòd actus non fiat sioe conseosu alicuius, in eo euentu requiri consensum per modum solemnitatis, & consequenter requiri pro forma; quòd si non interponatur, actum esse oullum: Imola *in cap. cùm nos, de his quæ fiunt à prælat.* Bald. sibi contrarios, *l. fin. §. necessitatem, vers. ex prædictis dicimus, Cod. de bon. quæ liber.* Idem Bartol. *in l. cum ij, §. si prætor, ff. de transaction.* vbi ait, io alimentis præstaodis si omittator solemnitas actum esse nullum; etiamsi quod gestum est, fiat in fauorem alimentaodi: Felin. sequitur *in cap. quæ in Ecclesiar. de constitutionib.* Gloss. *in cap.1. ne sede vacant.* Bero. *in cap. nulli, de reb. Eccles. alien. col. 22. vers. sed pro discussione,* vbi docet, deficiente forma, & solemoitate, quæ dat esse rei, substaotiam rei simul corruere, quod multis probat. Quarant. *vbi suprà, num.34. de reb. Eccles.*

Item quia quamuis de iure communi cootractus, seu alieoatio facta sine solemnitate possit sustineri respectu vtilitatis Ecclesiæ prouenieotis; secùs diceodum atteota dispositione Paulinæ *Ambitiosa:* qoamuis enim alienatio sit aliàs licita, & vtilis Ecclesiæ, si tamen fiat inconsulto Romano Pootifice, nullo modo subsistere potest: ita Iacob. Butr. Bart. Angel. Albert. Fulgos. Iason, Paul. de Castr. *in l. cùm ij, §. eam transactionem, num.2. ff. de transact.* dicentes esse nullam alienatiooem factam sine debitis solemnitatibus: Ripa *in l. is cui bonis, num. 47. ff. de verbor. obligat.* Alciat. *in tit. 1. num.17. in tract. de verbor. significat.* Socin. *cons. 80. col.2. vers. quoad hanc obiectionem,* quam opinionem communem vocat Decius *cons.142. num. 4. & cons. 282. num.6. vers. secundùm opinionem.* Quod etiam accipe, quamuis sit vtilis Ecclesiæ ea alienatio, noo tamen sustinebitur, nisi Ecclesia velit ratam habere illam, adhibendo solemnitatem; quia hoc potest facere, non verò aduersarius: ita Alberic. Folgos. & Iason *in d. § eam transactionem, num.2.* Innocent. & Scribent. *in cap.1. de his quæ fiunt à prælat. sine consensu capituli:* Ratio, qoia quoties forma seroatur, & interpooitur decretum Superioris, præsumitur factum in vtilitatem Ecclesiæ: argumeoto notabili ad hoc *in l.1. Cod. de præd. curial. lib. 10.*

Dictum est, nisi Ecclesia velit ratificare cootractum: quod intellige de iure antiquo, & ordinario; non verò de iure nouo, & extraordinario huius Paoliuæ *Ambitiosa:* ita Redoan. *d. quæst. 35. num. 2.* & Aotoo. de Pratis *in suo tractat. de iur. Episcop. defens. cap.5.* Quare semper vt sit firma alienatio, oecessaria est solemnitas, & consensus Summi Pontificis: idem Redoan. *quæst.36.* addens de forma alienationis esse, quòd adsit caosa, & solemnitas copolatiuè neque alterom per se sufficere, alioquin esse ipso iure

alieoatio

alienationem nullam: Redoan. *d. quæst.36. num.18. & sequent.* tradens hanc partem esse tutiorem, si res fiat de licentia Pontificis: idem repetit *quæst.20. num.219.* quamuis sit valida, quando fit in vtilitatem Ecclesiæ etiam sine solemnitate requisita; idque defendat *eadem quæst. 20. à num. 119. vsque ad num.209. & quæst.36. vsque ad num.16. & quæst.42. à num.6. vsque ad fin. quæst.* Quæ opinio est probabilis, & nostra multò probabilior, & in iudicando, & consulendo verior.

---

§. VII.

Causæ excusantes dominum directum à renouatione facienda.

EPITOME.

1 *Commissum excusat à renouatione.*
2 *Redit emphyteusis ad dominum sine aliquo onere.*
3 *Emphyteusis redit cum omni augmento, & cum fructibus, & num.4.*
5 *Excusatur dominus à renouando quando descendens patitur alium inuestire.*
6 *Sed requiritur consensus expressus.*
7 *Tacens emphyteuta potest appellare si alteri fiat renouatio.*
8 *Consensus requiritur expressus, & scienter datus, vt excusetur dominus à renouando.*
9 *An omne crimen Commissi excuset à renouatione?*
10 *Renuntiatio iuri renouandi excusat.*
11 *Sed renunciatio non debet esse personalis. Vide tamen suprà, hac disp. §.5. num.10. & 11.*
12 *Ius, quod non acquiritur perseuerat penes renuntiantem.*
13 *Cessante causa propter quam filia renuntiauit, admittitur filia ad successionem.*
14 *Dominus non tenetur renouare si emphyteuta domino irrequisito alienauit emphyteusim.*
15 *Cadit in Commissum emphyteuta si mittat in possessionem emptorem inconsulto domino, & in eo casu excusatur renouatio.*

1. QVamuis de natura Commissi, & de pœna illius dictum sit *suprà disput.10. §.1. & 2. à principio, & §. etiam 3.* Nihilominus quatenus excusatur renouatio hoc loco nonnulla oportet adiungere. Et in primis excusatur dominus ab onere renouandi, si emphyteuta incidit in Commissum, & post declaratam voluntatem domini, sententia est secuta; modò emphyteuta priuati cesset per triennium, & emphyteuta Ecclesiæ per biennium à solutione canonis; nec iste nitatur purgare moram: quia vterque cessans à soluendo canone, cadit à iure suo, quod habet in re sibi in emphyteusim data, & res redit ad dominum directum citra omnem conuentionem ex sola natura emphyteusis: vt notat Iason *in l.2. C. de iur. emphyt. in 4. notab num.4.* & *ibidem* Salycet. & Alber. *num.1.* Corneus *consil.219.*

2. Id autem procedit, vt ipsa emphyteusis propter hoc reuertatur absque vllo onere pignoris, vel hypothecæ, vel seruitutis realis, aut personalis; itavt libera maneat sicut erat tempore, quo fuit concessa ad emphyteusim; & consequenter absque vlla obligatione renouandi: *l.lex vectigali, ff. de pignor.* Nam resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis; & ita per eundem textum in terminis nostris sentit Bald. & Salycet. & Castrens. post Perrum, & Iacob. Rauen. *in l. Prouinciali, C. de seruit. & aqua.* idem Castr. *cons.68. in casu præsenti, vol* Guiliel. *in cap. Raynutius, in verbo, & vxorem nomine Adelasiam, decis.4. num.25. & sequent. de testam.* & finita emphyteusi finitur obligatio renouandi.

Addo in hoc casu reuerti ad dominum emphyteusim cum omni incremento acquisito; quia incrementum censetur eiusdem iuris cum re cui adhæret; vt *in cap. fin. §.1.* & *ibi* Geminian. *de concess. prebend.* Præposit. *in cap.1. §. fin. de inuestit. de re alien.* Afflict. *in §. si vasallus, num.7. Hic finitur lex Friderici:* vbi etiam addit *num.18.* augmentum sequi conditiones, & partes eius, cui adiungitur: per *l. si ex toto, in principio, & l. quod in rerum, §. si quis post, de legat.1.* Probatur excusatio renouandi ob canonem non solutum, quia emphyteuta priuatur eo iure, & res redit ad dominum cum omnibus in ipsa contentis; inter quæ ius renouandi continetur: vt habetur *in l.2. C. de iur. emphyt.* per quem text. traduot Bartol. Castrens. & alij, *in l. colonus, in fin. ff. locat.* nec non Bald. *in rubric. C. de iur. emphyt. num.4.* Et est communis. 3.

Quinimò debet redire emphyteusis cum fructibus pendentibus, & maturis etiam iam conditis in horreo, à tempore quo non potuit amplius purgare moram, si ipse post ipsum tempus fuerit in possessione: sed meliùs respondetur teneri emphyteutam restituere emphyteusim cum fructibus, quos percepit à die factæ declarationis à domino: vt volunt Benintend. *decis.37.* & Bursat. *cons.26. n.8.* & Corbul. *de caus. priuation. ob canon. non solut. ampliat.48.* 4.

Excusatur rursus ab onere renouandi Titio, si Titius erat præsens, & passus est inuestiri de re ad se pertinente Seium: ita text. cum Gloss. *in cap. 1. §. præterea, quib. mod. feud. amitt.* Nam consentiens ius suum amittit: teste Bald. *in d. §. præterea.* Ratio, quia emphyteuta habens vtile dominium si patiatur alium inuestiri, dicitur vtile dominium transferre: ita Bartol. & Scribentes *in l. si fundum per fideicommissum, ff. de legat.1.* Quod procedit quando emphyteuta consentit expressè alium à domino inuestiri: si autem non præstetur consensus expressus, sed tacitus, nempe quia fuit præsens inuestituræ, & non contradixit dum alius fuit inuestitus; ait Glossa *in §. præterea, in verbo, regressum, titul. quib. mod. feud. amitt.* non posse sic præsentem eam inuestituram reuocare: per *l.2. & l. hypothecas, C. de remiss. pignor. & l decuriones, §. vltim. ff. de decurionib.* Quam resolutionem Glossæ amplectitur & Paris. *cons.76. n.15. vol.4.* Ruyn. *cons.1. sub num.18. vol.1.* Alex. *cons.87. sub num.14. vol.6.* quamuis Glossa *ibi* declaret vt habeat locum datâ scientiâ illius, qui est præsens, & non contradicit: sicut ille, qui habet ius in beneficio, si patiatur præsens conferri alteri, & non contradicat de facto dicitur renuntiare iuri, quod in beneficio habet: vt Archidiac. *in cap. ex ore, num.6. de his quæ fiunt à maior. part. capitul.* Paris. *cons.76. vol.4.* vbi tradit *num.14.* hanc esse veriorem partem. 5.

Oppositum tamen puto verius, sibi videlicet non præiudicare emphyteutam, quamuis inuestituræ in sua præsentia alteri factæ non contradicat, nec proinde ius suum amittere. Ratio est, quia ius suum sustinetur, ex quo expressè illi non renuntiat, & taciturnitas cum scientia & præsentia illi non nocet: *l. si quis, §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit.* Quod etiam placet Andreæ de Ysernia *in d. §. præterea, quib. mod feud. amittat.* & Curtius iun. *in tract. feud. in 4. part. pag. 42. vers. nunquid autem in casibus:* Aluarot. *in d. §. præterea,* quos refert Tiraquell. *in gloss. 9. num.155. §.1. de retract. consanguin.* & probatur ex traditis à Ioann. Andrea *in additionib. ad Speculat. tit. de arbitr. §. sequitur, vers. sed nunquid,* vbi sentit, si duo compromittant in præsentem, & tacentem, non dici hunc consentire oneri ipsius compromissi, & illud acceptare. 6.

Opinio

7. Opinio tamen Glossæ *in d. cap.* 1. §. *præterea*, est probabilis, quoties non appellauerit qui tacuit: elapso autem termino decem dierum ad appellandum sibi præiudicat,& videtur consentire; quandoquidem cùm sit præsens omninò tacuit, qui debuit inuestiri de emphyteusi à domino: Bartol. *in l.* 1. *C. de relat.* Domino enim illi inuestituram negante, poterit appellare ad Superiorem, & cogere dominum ad renouandum: ita deducitur ex Glossa *in cap. bonæ memoriæ, de postulatione prælat.* Ripa *in l.* 1. *ff. de priuileg. creditor.* Afflict. *decis.* 238. *num.*2. Roman. *cons.*22. Nam præsens, & tacens non censetur præstare consensum statim, sed vbi primùm elapsum est tempus datum ad appellandum: vt ait Decius *in cap. super eo,num.*42. *vers. sed ad istam potest responderi, de officio delegat.* in patrono, qui interfuit, & non contradixit collationi per Episcopum factæ de beneficio iuris patronatus. Quod fallit in minore præsente, & non contradicente: nam ipse tacens non censetur consentire, nec sibi præiudicat elapso termino ad appellandum, cùm non possit alienare bona sua sine decreto, & authoritate requisita: Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *casu* 171. *num.* 56. & constat *ex l.* 3. § *si ius, ff. de reb. cor.* Imò potiùs neque sine decreto potest renuntiare iuri, quod sibi competit in emphyteusim; *l. magis puto, §. fundum, ff. de reb. eorum.* sic Roland. *cons.*15. *num.*30. *vol.*1. idem Menoch. *num.* 52. Nec etiam potest minor consentire ad suum præiudicium inuestituram alienanti, teste Bartol. *cons.*70. *vol.*1. *num.*1. cùm pari passu procedant actum celebrare, & illi consensum præstare: ita multis *ibi* allegatis Tiraquell. *de retract. Lignag.* §. 1. *gloss.*9. *vers. præterea text. num.*137. & in specie declarat Glossa *in d. §. præterea.* Quod Martin. Laudens. declarat etiam procedere, nisi minor pubes iurauerit; quem refert Tiraquell. *in tractat. de iur. primogen. quæst.*26. *num.*6. *vers. tertiò limita*, per text. *in Authent. Sacramenta puberum, C. si aduers. venditor.* Quod etiam voluit Iacob. *in l. cum in antiquioribus, Cod. de iur. deliberand.* & confirmatur ex traditis à Ioann. Anan. *in cap. vlt. de Iudais*, dicente cessionem iuris primogenituræ factam ab Esaü fratri suo Iacob, accepisse firmitatem à iuramento: vt constat ex *Genes. cap.*25. *Iurauit ei Esau, & vendidit primogenita.* ideóque venditionem firmam fuisse; Tiraq. *de iur. primog. quæst.*28. *num.*2.

8. Attamen in nostra opinione, cui adhæsimus tanquam veriori, opus est vt expressè patiatur alium à domino inuestiri de emphyteusi sibi competente, & expressum præstet consensum, ex certa scientia sciens emphyteusim ad se pertinere; alio modo intelligitur consentire ex errore: sic Alexand. *cons.*87. *Accuratè, sub num.*14. *vers. non obstat, vol.* 6. Tiraquell. *de iur. primog. in d. quæst.*26. *num.*7. post Gloss. Bald. & alios *in d. §. præterea*, per *l. si per errorem, ff. de iurisdiction. omn. indic. & l. nec ignorans, Cod. de donat.* Accedit Aurel. Corbul. *de caus. priuation.* Ex eo quòd emphyteuta patitur alium, de emphyteusi inuestiri, de qua ipse erat inuestiendus, post Iason. *cons.*107. *in præsenti, col.* 4. *vers. primò dicitur, vol.*4. vbi postea subdit id etiam habere locum, cùm is, qui præstat consensum, de suo iure dubitat, quia ille habetur pro errante: *l. vltim.* §. 1. & *ibi* Bartol. *C. de furt.* idem Tiraquell. *d. quæst.* 26. *num.*7. & *in l. si vnquam, in gloss.*1. *num.*96. incipit; *Secundo modo declaro. C. de renocand. donat.*

9. Similiter excusat à renouanda emphyteusi omne delictum, per quod caducitas incurritur, nempe si emphyteuta volens vendere emphyteusim, mentitur in pretio, dum interpellat dominum, vt vel emat, vel consentiat, & maius pretium affirmat; quoniam sic mentitus priuatur iure suo. Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 36. *in gloss.* 1. *num.* 1. argument. *l. eum qui, §. cum igitur, ff. de in diem addict. & in l. ficus, §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit.* Ratio est, quia non denuntians verum pretium domino, perinde est, ac si domino non denonciauerit; vt tradunt Salycet. *in l. fin. C. de iur. emphyt. num.*13. & *ibi* Bald. *in* 2. *lect. num. etiam* 13. Iason *num.*21. Guil. Redoan. *in tract. de reb. Eccles. non alien. pag. mihi*, 523. *num.* 47. Gratus *cons.* 79. *num.* 25. *vol.* 1. Gozadin. *cons.* 47. *Visis instrumentis, col.* 2. *num.*7. Quos sequitur Corbul. *de caus. priuation. ob alienation. amplint.* 20. & *de causa priuation. ob mendac. num.* 20. vbi subdit *num.* 21. cadere emphyteutam à iure suo, dicentem se emisse emphyteusim pro minori pretio, vt minus laudemium persoluat domino in obtinenda inuestitura. Quod priùs dixit Gozadin. *cons.* 46. *num.*7. & Tiraquell. *de retract. consangnin.* §. 4. *in gloss.* 2. *num.* 2. multis *ibi* allegatis: proinde non potest dominus directus compelli ad renouandum.

Eodem modo non tenetur dominus renouare, quando emphyteuta facit renuntiationem de re emphyteutica, quia iure renouandi priuatur propter illam renuntiationem: *cap.*1. *de eo qui finem facit agnat. de feud. paterno, §. finitur, vers. item finitur, Instit. de vsufruct.* & per eam abdicat à se omne ius, quod habet in emphyteusi, & reuertitur ad dominum de sui natura, & consolidatur cum proprietate: *d. §. finitur, Instit. de vsufruct.* Paul. de Castrens. *in l. qui Romæ, §. duo fratres, num.*4. *de verbor. obligat.* Dummodò renuntiatio sit realis, quæ renera prodest domino directo, nec ampliùs potest redire ad renuntiantem, & fit domino volente, & acceptante pro omnibus quorum interest, & ius habent in emphyteusi; cùm iuris certi sit, non posse emphyteutam inuito domino renunciare emphyteusi: Alberic. *in l. Prætor, §. hoc edicto, col.*1. *ff. de damn. infect. & in l. fed nu vltro, §.* 1. *ff. de negot. gest. & in l. imperator, in princip. ff. de legat.*2. Specul. *in §. nunc aliqua, vers.* 128. *num.* 154. *titul. de locat.* & tenet Abbas *cons.* 94. *in quæst. hæred. sub num.* 4. *vers. & sic non potest emphyteuta, vol.* 2. Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 34. *in gloss.*1. *num.* 2. Secùs si fiat renuntiatio domino absente, vel notario eius nomine non stipulante: tunc enim non valet respectu ipsius domini; & cùm sit inualida, nullum effectum producit. Et idem est non esse factum, quod nulliter factum fuit: *l. non putauit, §. non quæsiis, ff. de bon. possess. contra tabul.* item quia ius non quæsitum domino redijt ad renuntiantem, & remanet penes ipsum: Aretin. *in l. cum quis, §. si debitorem, ff. de solution.* 10.

Nec obstat quod diximus *suprà*, §. 5. *num.* 10. & 11. in hac quæstione: Quia aliud est de iure, vt hoc loco; & aliud est de æquitate, vt Cald. *d. quæst.*11. *num.* 18. *de renouat.* vbi de renuntiatione reali. Et multò fortius excusabitur dominus directus ab onere renouandi, si renuntiatio fuerit personalis, qualis est; quæ fit contemplatione alicuius certæ personæ, nempe si vnus ex comprehensis in fauorem alicuius comprehensi in eadem emphyteusi renuntiat, qui recipit pro se, & suis hæredibus eam renuntiationem: in quo euentu illis duntaxat ex ea renuntiatione quæritur ius, in quorum fauorem facta est renuntiatio: nec ex tali facto quæritur ius domino: Bero. *cons.*97. *num.*6. *vol.*1. Gabriel *cons.*89. *num.* 8. 11.

Quinimò si decedant omnes comprehensi in emphyteusi, qui renunciauit contemplatione eorum, succedit eisdem, & ad ipsum reuertitur emphyteusis: ita Federic. de Sen. *cons.*228. incipit, *Duo fratres, & cons.*77. *Factum sic se habet.* Bald. *cons.*281. *Ad euidentiam*

dentiam praemittenda sunt, vol. 3. Gabriel *cons.* 88. *num.* 11. Bartol. *in l. qui Roma*, *§. duo fratres*, *quaest.* 10. *ff. de verbor. obligat.* & *ibi* Ripa *num* 88. Ruyn. *cons.* 47. *num.* 5. *vol.* 1. Ratio quia renuntiatio fuit personalis, & facta contemplatione personae, & haec expirat cum ipsa persona, in cuius fauorem facta fuit: Afflict. *in cap.* 1. *de eo qui fin. fecit vgnat. num.* 6. *in tertio notabili.*

12. Item quia ius, quod non acquiritur illi, cui fit renuntiatio, remanet penes ipsum renuntiantem: *l. cum quis*, *§. si debiterem*, *ff. de solut.* non obstante remissione per eum facta: Flamin. *de resignat. lib.* 9. *quaest.* 21. *num.* 5. vbi tenet secundùm receptam sententiam ius beneficij non abdicari à resignante, nisi acquiratur resignatario, in cuius fauorem facta fuit cessio: Caputaquen. *decis.* 84. *num.* 5. *part.* 3. Ideircò si non quaeritur ius, non abdicatur: Iason *in l. si quis hereditatem*, *C. de instit. & substit.* idem Flamin. *lib.* 1. *quaest.* 3. *num.* 47. *cum sequent.* Item quia semper resignatio fit cum hac conditione, Si ius quaeratur resignatario: *l. nec vtile*, *ff. ex quib. caus. maior. l. qui absenti*, *ff. de acquir. possess.* Vltimò, quia generalis renuntiatio intelligitur, rebus in eodem statu persistentibus: non autem si noua causa superueniat: Cùm igitur aliis decedentibus, qui erant in emphyteusi comprehensi, portio per ius accrescendi ad renuntiantem superstitem pertineat, ex hac causa superueniente, non obstante remissione in fauorem aliorum facta; cogetur dominus illi facere renouationem, debétque renuntiantem admittere ad successionem; sicut admittitur filia dotata à patre, quae renuntiauit fratribus si contingat eos mori, viuo

13. adhuc patre. Nam cessante causa ob quam in fauorem fratrum ipsa renuntiauit, filia admittitur ad successionem: vt tenent Gemin. *in cap. quamuis*, *de pact. in* 6. Alexand. *in l. stipulatio hoc modo concepta*, *de verbor. obligat.* post Bald. *in l. pactum*, *C. de collat. quaest.* 4. & *ibi* Salycet.

14. Soluitur etiam dominus ab obligatione renouandi, quoties emphyteuta irrequisito domino alienat emphyteusim, quoniam propter eam alienationem cadit à iure suo, sicut non soluens pensionem statuto tempore biennij, seu triennij: quia paria sunt non soluere, & emphyteusim alienare domino non requisito: ita Anchatan. *in d. cap. potuit, de locat. num.* 18. Alexand. *cons.* 106. *num.* 4. *vol.* 4. Secùs si emphyteuta in sua inuestitura habeat licentiam alienandi à domino, in quemcunque voluerit, tunc non cadet à iure renouationem petendi: Est communis; ita Salycet. *in l. fin. num.* 2. *C. de iur. emphyt.* Nam verba pacti debent aliquid operari; *l. si stipulatus, de vsur. cap. si Papa*, *de priuileg. in* 6. At verò per illa verba non remittitur laudemium à domino pro inuestitura: Bald. *in l. vltim. C. de iur. emphyt.* & *ibi* Iason *num.* 4. & 5. Imola *in cap. potuit, de locat. num.* 64. Non poterit tamen per virtutem huius licentiae propria authoritate emphyteuta mittere in possessionem emptorem, sed debet adire dominum, vt illum in possessionem inducat: per *d. l. fin. C. de iur. emphyt.* Quoniam per tale pactum non derogatur huic legi. Quòd si emptorem ponat emphyteuta in possessione, propria authoritate; Commissum incurrit: vt tradit Marian. Socin. *cons.* 70. *n.* 10. *vol.* 3. & Gnid. Papae. *cons.* 46.

* * *

§. VIII.

Quomodò sit intelligenda inuestitura in renouatione emphyteusis, quando in secunda inuestitura omittuntur clausulae in priori comprehensae.

EPITOME.

1. *Ab antiquis inuestituris non est recedendum.*
2. *Nisi in posteriori fiat mentio de tali recessu.*
3. *In dubio posteriores inuestiturae conueniunt cum prioribus.*
4. *Emphyteuta priuato per sententiam emphyteusi, si fiat postea concessio, erit noua emphyteusis.*
5. *Procurator nulliter renouat si mutet inuestituram priorem.*
6. *Procurator non potest renunciare beneficio, licèt habeat liberam potestatem.*
7. *Procurator cum generali mandato non potest alienare.*
8. *Emphyteusis renouatio non est actus alienationis.*
9. *Procurator cum generali mandato non potest donare.*
10. *Procuratoris, sicut & Vicarij gesta valent ante notitiam mortis mandantis.*
11. *Vasallus potest remittere conuentiones sibi vtiles.*

Consultò sunt omittenda hoc loco nonnulla, 1
de quibus *suprà*, *disput.* 9. *§.* 14. Ideò breuiter dico, ab antiquis inuestituris non esse recedendum, nisi in posterioribus expressè dicatur, quòd contenta in posteriori inuestitura sunt obseruanda; non verò ea, quae in priori inuestitura comprehendebantur: quòd si id non declaretur de consensu partium, semper secunda inuestitura intelligitur facta secundùm naturam primae; neque ab ea debet fieri recessus: ita Bald. *cons.* 82. *in princip.* Roland. *cons.* 67. *num.* 6. *& sequent. vol.* 1. Cephal. *cons.* 155. *num.* 60. *& cons.* 155. *num.* 9. Bursat. *cons.* 322. *num.* 17. *vol.* 1. Excipitur secundùm Pomat. *in additione magna ad Bart. in l. si mihi & Titio*, *ff. de verbor. obligat.* quando posterior inuestitura post latam sententiam super deuolutione prioris facta fuerit, quia in hoc casu dicitur posterior emphyteusis noua, vt dicitur in feudo; à quo, ad emphyteusim procedit argumentum.

Sed excepto hoc casu ab antiquis inuestituris 2
non receditur, nisi in posterioribus fiat expressa mentio de tali recessu, de communi consensu: vt expressè tradit idem Bald. etiam *cons.* 215. *vol.* 2. dicens vltimam inuestituram praesumi factam per errorem, quoniam praesumitur error, eùm quis facit inuestituram alio modo, quàm facere tenebatur: *l. sed si quis*, *§. vltim. ff. si quis caut. l. cùm de indebito*, *ff. de probat.* quod sequitur Ioann. Baptist. Ferret. *cons.* 119. *num.* 4. *&* 5. Natta *cons.* 352. *num.* 4. *vol.* 2. Gozadin. *cons.* 84. *num.* 5. Ruyn. *cons.* 50. *num.* 1. *& cons.* 187. *num. etiam primo*, *vol.* 1. dicentes verba vltimae inuestiturae intelligi debere secundùm naturam primae, vt omnia in illa intelligantur repetita; secundùm notata per Bartol. *in d. l. si mihi & Titio*, *ff. de verbor. obligat.* vbi ait verba istius contractus intelligi secundùm naturam praecedentis contractus, vt omnia in hoc repetita videantur, cùm in noua concessione per *l. si stipulatum*, *de vsur.* semper censetur repetita qualitas prae-

cedentis inueſtituræ : Caldas *de renouation. quæſt.* 3. *num.* 20.

Vnde ſequitur, ſi emphyteuſis aliàs conceſſa pro ſe, & filiis deſcendentibus tantùm, concederetur poſtea pro hæredibus ſimpliciter, vel pro filiis, & hæredibus; cenſeretur conceſſa ſecundùm naturam primæ conceſſionis : & verbum illud, *hæredibus*, exponeretur pro *filiis*, *& deſcendentibus* ex coniectura ta voluntate contrahentium, quæ præſumitur ex natura, & tenore primæ conceſſionis : ita Aurel.Corbul. *de cauſ. priuat. ob lineam finit. num.* 8. *& num.* 101. poſt plures, quibus adhæret Bero. *in cap. in præſentia, de probation. num.* 395. & Sylua *de feud. recognit. quæſt.* 38. *ad fin.* Mantic. *de tacit. & ambig. conuent. tom.* 2. *lib.* 22. *tit.* 34. *num.* 36. dicens in noua conceſſione cenſeri repetita, quæ continentur in præcedenti inueſtitura, *cap.* 1. *de ſucceſſ. feud. & cap.* 1. *de frat. de non. benefic. inueſt.* & *ibi* pro hac parte plures allegat, & ſic fuiſſe iudicatum in ſacro Auditorio teſtatur *die* 20. *Octob.* 1586. Quod addit intelligi, niſi in renouatione aliqua qualitas noua ſit adiecta; quia tunc noua conceſſio eſſe cenſetur : argumento *l. ius ciuile, ff. de inſtit. & iur.* Bald. *in cap.* 1. *§. inſuper, num.* 8. *de probib. feud. alien.* Fetret. *conſ.* 103. *num.* 5. quibus accedit Mantica *vbi proximè, num.* 37.

3. Quid ergo dicendum in dubio? Reſpondeo poſteriores inueſtituras cum prioribus conuenire. Vnde ſequens inueſtitura præſumitur facta ſecundùm conditionem primæ : ita Crauet. *conſ.* 926. *num.* 9. Bero. *conſ.* 77. *num.* 28. *& ſequent. lib.* 1. Quare poſteriores inueſtituræ ſunt redigendæ ad primam : ſic Rimin. iun. *conſ.* 153. *num.* 10. *cum ſequent.* & poſteriorem inueſtituram ſecundùm priores interpretatur Pariſ. *conſ.* 22. *num.* 6. *lib.* 1. Bero. *conſ.* 65. *lib.* 1. quoniam prior tanquam radix debet obſeruari, ſicut fundamentum ſequentium : Bartol. *in d. l. ſi mihi & Titio, num.* 7. Decius *conſ.* 185. *num.* 3. *verſ. non obſtat*, vbi ait principium eſſe maximè attendendum : proinde quamuis poſteriores inueſtituræ aliter loquantur, prior obſeruatur : Bald. *d. conſ.* 82. *lib.* 1. *& conſ.* 215. *eod. lib.* & à prima inueſtitura non intelligitur receſſum, niſi maxima appareat contradictio & manifeſta. Nec credi poteſt quòd dominus, ſeu vaſallus, ſeu emphyteuta velint renuntiare priori inueſtituræ, niſi neceſſitas id ſuadeat; Craueta *conſ.* 379. *num.* 29. Nec eſt veroſimile voluiſſe dominum remittere pacta ſibi vtilia, quæ in priori inueſtitura continentur: Anton. de prato *conſ.* 49. *num.* 19. & Georg. *de Eccleſ. inter conſ. feudal. diuerſor. conſ.* 48. *num.* 10. Vnde non videtur derogatum, niſi derogatio ſit expreſſa : idem Mantica *lib. de tacit. & ambig. lib.* 23. *titul.* 21. *à num.* 1. *cum ſequent.* Semper enim in dubio poſteriores inueſtituræ congruam capiunt interpretationem à priori : ſecùs in iis, quæ apertè contradicunt; ita Decian. poſt alios *conſ.* 58. *num.* 60. *lib.* 2. & prior inueſtitura in dubio declarat ſequentem : ſed quando prior eſt generalis, non eſt dubium quòd declaretur per poſteriorem : ita Menoch. *conſ.* 202. *num.* 33. poſt plures, quos *ibi* citat. Item poſterior inueſtitura non videtur differre, quamuis ſit noua, niſi quando continet res diuerſas, & verba non poſſunt alium recipere intellectum : ſic Hieronym. Gabriel *conſ.* 69. *num.* 38. *lib.* 2.

4. Quæſtionis tamen eſt, ſi dominus remiſit caducitatem emphyteutæ, illique iuſſit fieri renouationem? Reſpondeo inueſtituram adhuc dici antiquam, & renouationem præſumi factam ſecundùm naturam, & conditiones prioris inueſtituræ : Bartol. *in d. l. ſi mihi & Titio, ff. de verbor. obligat. num.* 7. Bald. *in l.* 1. *num.* 11. *de rer. diuiſ.* Si tamen emphyteuta ſit priuatus emphyteuſi per ſententiam ob caducitatem, inueſtitura poſtea eidem facta dicetur noua, ſicut Bald. *in cap.* 1. *§. inſuper, num.* 8. *de probibit. feud. alien. per Frider.* ait; vaſallo, ipſo facto, ob feloniam priuato per ſententiam, feudum poſtea illi conceſſum, eſſe nouum.

Porrò ſi procurator in facienda inueſtitura recedat ab antiquis inueſtituris, niſi ad hoc habeat 5.
ſpeciale mandatum, inueſtitura eſt nulla, quia primæ inueſtituræ tenor obſeruari debet : vt ſcribit Bald. *in l. vnica, col. penult. Cod. quando non petent. partes, & conſ.* 82. Eſt enim certum requiri ad hoc ſpeciale mandatum; vt bene Bald. *in cap.* 1. *§. vltim. per quos fiat inueſtitura*, Archidiac. *in cap. tibi domino*, 63. *diſt.* quibus accedit Afflict. *in cap.* 1. *§. in generali, num.* 11. *ſi de feud. fuer. controuerſ. inter domin. & agnat.* Probatur ex eo, quod ea quæ ſunt magni præiudicij exigunt mandatum ſpeciale: ſic Pariſ. *conſ.* 31. *num.* 113. *lib.* 1. Crauet. *conſ.* 297. *col.* 5. *verſ.* 12. Menoch. *conſ.* 400. *num.* 30. *& num.* 4. quem ſequitur Mantica *de tacit. & ambig. lib.* 23. *titul.* 21. *num.* 4. dicens *ibi.* Quòd ſi poſterior inueſtitura fuit ſuſcepta à procuratore non habente ſpeciale mandatum, ad reformandam antiquam, multo magis eſſe ſeruandam priorem, quia ſequens non valet, eo quòd mandatum ad inueſtiendum debet intelligi ſub forma, & modis ſolitis : vt in ſpecie cenſuit Dom. Sylu. Aldobrand. *conſ.* 42. *n.* 10. *& ſequent.*

Accedit Bellamera *tractat. de permutat. part.* 8. 6.
quæſt. 2. *num.* 15. vbi ait procuratorem cum libera, & ampliſſima poteſtate non poſſe renuntiare beneficio : ſequitur Flamin. *de reſignat. lib.* 9. *quæſt.* 7. *num.* 27. eò quia neceſſarium eſt mandatum ſpeciale, ſicut procurator cum ampliſſima poteſtate non poteſt ſine ſpeciali mandato donare : *l. contra iuris, §. ſi filius, ff. de pactis, l. filiusfamilias, in princip. ff. de donat.* Bald. *in l. ſi procurator, verbo, conclude ergo, Cod. de procurat.* & ideò, quia beneficium conferre eſt donare : *cap. relatum*, vbi Gloſſ. *de præbend.* Vicarius Epiſcopi etiam cum ampliſſima poteſtate fungendi officio, & faciendi omnia, & ſingula, quæ poteſt Epiſcopus, quamuis requirant ſpeciale mandatum, non poteſt virtute huius mandati conferre beneficia : Flamin. *ſuprà, num.* 34. quia quoties lex requirit, vt aliquid fiat ſpecialiter, non ſatisfaciunt verba generalia : *l. ſi quis bona, §. iuſſum, ff. de acquir. hæred.* per text. etiam *in cap. qui ad agendum, de procurator. in* 6. vbi dicitur, quòd ſi procurator conſtituatur generaliter ad omnia etiam requirentia mandatum ſpeciale, non eſſe admittendum in his, quæ mandatum ſpeciale deſiderant : vt communiter Scribentes volunt; quòd vbi eſt neceſſaria ſpecialis expreſſio, ſeu commiſſio, non ſatisfaciunt verba generalia, quæcumque illa ſint : Gloſſ. *in cap. inquiſitioni, verbo, expreſſè, de hæretic. lib.* 6. Gloſſa *in Clement. dudum, verbo, pacta, de ſepult.* Gloſſ. *in Clement.* 1. *verbo, ſpecialiter, de reſcript.* Flamin. *citat. num.* 32. Molin. *de iuriſdiction. tract.* 5. *diſp.* 10. *num.* 9. *fol.* 2781. *§. vt autem*, vbi plenè agit de his, quæ exigunt mandatum ſpeciale; concludens Vicarium Epiſcopi vniuerſalem cum poteſtate vt peragat omnia loco ſui, quamuis expoſcant ſpeciale mandatum, adhuc non conſequi ex vi huius clauſulæ, poteſtatem faciendi quod exigit ſpeciale mandatum, vt habetur in gloſſ. fin. *cap* 2. *de offic. Vicar. in* 6. Quod etiam conſtat argumento *d. cap. qui ad agendum, de procurator. lib.* 6.

Longè aliter ſi creetur Vicarius ad agendum hæc & illa, & addatur aliquid, vel aliqua exigentia ſpeciale mandatum, & poſtea Epiſcopus adiungat clauſulam, *& quoad reliqua, quæ ſpeciale requirunt mandatum:*

tum: tunc enim Vicarius poterit peragere reliqua omnia speciale mandatum exigentia: per *d. cap. qui ad agendum*, & Molin. *vbi supra*. Cæterùm si constituatur Vicarius ab Episcopo cum potestate faciendi omnia loco sui, excepto quòd non prouideat de beneficio, Couarr. *a. variar. cap. 5. num. 9.* inclinat posse in reliquis exigentibus mandatum speciale se intromittere excepto duntaxat illo casu de prouidendo de beneficio: quod est satis probabile. Probabilius tamen puto Episcopum adhuc non facere facultatem Vicario ad reliqua omnia, quæ requirunt speciale mandatum; vt etiam placet Molin. *d. disput. 10.* Ex quo enim Episcopus non addidit clausulam sequentem, *& reliqua, quæ speciale requirunt mandatum*, non videtur concessisse omnia generaliter; proinde necesse est in particulari exprimere casus concessos, & sibi reseruatos.

7. Quæri potest an habens mandatum generale cum libera administratione possit rem in emphyteusim concedere? Dico primò non posse, quia ad alienandam rem domini non sufficit generale mandatum, sed requiritur speciale: Ioannes à Grassis *de subst am. procurator. vol. 1. fol. 47. verbo, vendendum*, Gregor. Lopez *in l. 61. titul. 28. part. 3. litera A.* Non enim venit in generali mandato potestas locandi in perpetuum, quia est alienatio: Alexand. *cons. 1. vol. 4. num. 5.*

Dico secundò, procuratorem constitutum cum libera administratione, tunc dici, quando dominus illi concedit, quòd possit omnia gerere, quæ ipse constituens posset: ita Bartol. per aduerbium, *fortè*, in *l. si procurator, Cod. de procurator. & ibi* Iason *num. 6. & 7.* dicit communem, & *in l. 1. ff. de offic. procurat. Cas. num. 6. & 22.* Item si ponatur Clausula, quòd faciat procurator quidquid domino viderit expedire; vel quòd re vtatur tanquam sua; aut si dominus addat, quòd illum ponit in locum suum; vel quòd faciat secundùm voluntatem, & sensum suum; quoniam ex his clausulis dicitur procurator in rem propriam: secundùm Iason. *in d. l. si procurator, C. de procurator. num. 8. & in l. 3. §. si Ego, ff. de nou. oper. nuntiat.* & is dicitur procurator cum libera administratione. Quinimò inter mandatum generale cum libera, & speciale, nullam ponit differentiam Couarr. *lib 1. variar. cap. 6. num. 3.* subdens posse hunc procuratorem petere restitutionem in integrum, quæ non potest postulari absque speciali mandato, *l. illud, §. si talis, ff. de minor.* Bald. *in l. 1. Cod. Etiam per procurator. restit. impetr.* & tradunt communiter Doctores *in d. §. si talis*, Decius *in cap. cum M. de constit. num. 45. & in cap. præterea, num. 51. de offic. delegat.*

8. Dico tertiò posse nihilominus hunc procuratorem tradere rem in emphyteusim, & alienationibus emphyteuticis assensum præstare, & renouationem finita generatione iterum concedere. Ratio est, quoniam emphyteusi semel atque iterum constituta, tunc inuestitura iterum facta, seu renouatio, & similes actus non sunt actus alienationis, neque actus liberalitatis, vel gratiæ; sed sunt actus administrationis simplicis, ac solitæ, & aliquando debitæ, & necessariæ administrationis; atque ita non sunt actus, qui requirant speciale mandatum, sed sub mandato generali comprehenduntur: Afflict. *q. 305.* per not. *in cap. 1. per quos fiat inuestit.* tradit Auctor *in consuetud. Paris. §. 1. gloss. 1. num. 20. & §. 14. quæst. 1. num. 9.*

9. Dico quartò procuratorem cum libera administratione non posse donare, quoniam donandi potestas nunquam videtur concessa, vt iam dixi paulò ante; & tradunt Bartol. & Paul. *in l. procurator cui, ff. de procurator.* Anchar. *cons. 32. num. 8.* Iason *in l. 1 §. si procurator, num. 20. ff. si quis ius dicent. non obtemp.* quamuis habeat clausulam in mandato, quòd possit omnia, quæ dominus posset. Similiter dicendum est procuratorem generalem cum libera non posse præsentare, sicuti neque conferre; quia præsentatio, & collatio est quædam donatio: ita Panor. *in cap. fin. de concess. prebend. num. 5.* Modern. *in consuetud. Paris. §. 37. gloss. 10. num. 37. & in §. 1. gloss. 1. num. 19.*

Sed quid dicendum de procuratore cum mandato ad emphyteuticandum, si eo tempore quo emphyteuticauit, Prælatus in Curia iam renuntiauerat? Respondeo nullius esse momenti concessionem, quia expirauit mandatum per renuntiationem, sicut per mortem naturalem: ita Cardinal. *in Clement. fin. de procurat. vers. decimò quæro, & ibi* Zenzelinus, Rota *decis. 376. Fuit dubitatum vtrùm: in Nouis; ex Clement. fin. de procurator.* quæ asserit dictam Clementinam procedere in mortuo ciuiliter, videlicet in renuntiante; & resolutum finiri mandatum tam per mortem naturalem, quàm per ciuilem: Cassadur. *decis. 2. de appellat. num. 2. & decis. 3. num. 6.* Vantius *de nullitat. ex defect. mandat. num. 171.* Nam renuntiatio est mors ciuilis, per *cap. susceptum, de rescript. lib. 6.* & habet eundem effectum, quem naturalis; & paria sunt beneficia vacare per renuntiationem, atque per mortem; teste Constitutione Braccarensi *titul. 39.* ibi: *Vaga per morte, ou renuntiaçam*, hoc est vacat per mortem, aut per renuntiationem. Idem tradit Probus *in cap. fin. num. 36. de renuntiat. & in rubric. de renuntiat. num. 39.* 10.

Neque refragatur, quòd quando fit mentio de morte, intelligitur de naturali, quia responderi potest hoc non fieri ad limitationem, sed potiùs ob frequentiam mortis naturalis; & quoties aliquid fit ob causam frequentiæ, non restringitur ad casum tantùm expressum: ita Alexand. *cons. 119. ad fin. vol. 6. gloss. 2. in l. in facto, ff. de condition. & demonstration.* Et quamuis in dubio, cùm sermo est de morte, intelligamus naturalem, per Glossam & Doctores *in l. ex facto, §. in Insulam, ff. de verbor. obligat.* & Ioann. de Anania *in cap. 1. col. 2. de homicid. & super rubric. de delict. pueror.* hoc non procedit vbi mors ciuilis operatur eundem effectum, quem mors naturalis solet operari. Est communis, prout Bald. eam sequutus *in l. si decesserit, ff. qui satisdare cog.* Flamin. *de resignation.* Quæ doctrina est intelligenda de morte, dummodò de ea fiat notificatio; seu de renuntiatione Prælati, procuratori; quia non tantùm expressa, sed etiam tacita reuocatio intimanda est, vt probat *Clement. vnica, de renuntiat.* cuius sunt verba sequentia, ibi: *Et ipsum ignorantem postmodum duxerit quomodolibet reuocandum, teneat cessio facta per eum, antequam ad ipsius, vel illius, (in cuius manibus cessio fuerat facienda,) notitiam, reuocatio huiusmodi sit deducta.* Sic in Clementina. Idem etiam tradit Glossa, *verbo, quomodolibet*, quam sequitur Rebuff. *in Concordat. de Reg. ad prælat. nomin. faciend. verbo, etiam per Cessionem, vers. notare debemus.* Anton. Gomes. *de donation. col. 4.* Quam doctrinam etiam confirmat Sanchez *de matrimon. lib. 3. disput. 21. num. 59.* vbi loquitur de gestis per Vicarium Episcopi: *& disput. 30. num. 4. ad fin.*

Quid de vasallo remittente conuentiones sibi vtiles in prima inuestitura appositas in dubio? Dico priores seruari debere, esto, posteriores aliter intelligi videantur: Decianus alios referens *cons. 58. num. 60. lib. 2.* Beru. *cons. 71. num. 44. lib. 1.* Non enim noua inuestitura feudi antiqui tribuit nouum ius inuestito, sed quod competit, confirmat: Zazius *cons. 22. num. 1. & num. 15. lib. 2.* Item quia 11.

non est verisimile vasallum voluisse remittere conuentiones sibi vtiles, quæ in priori inuestitura continebantur, Antou. Piato *cons.* 49. *d. num.* 19. *inter cons. feudal. diuersor.* Vnde prioti inuestirotæ coutinenti pacta vtilia non debet intelligi fuisse tenunciatum, nisi ratio vrgeat, quæ id suadeat: Crauet. *cons.* 379. nec ptiori inuestituræ creditur derogatum, oisi expresse fiat detogatio: Menoch. *cons.* 1. *tom.* 1. *num.* 124. eò quia secunda iuuestitura præsumltur facta secundùm cooditiones primæ; & ideò credendum est posteriores inuestituras coincidere cum prioribus; siquidem conuentiones debeot intelligi provt contrahentes iuterrogari verisimiliter respondissent: Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 3. *titul.* 2. *num.* 17. Quare Castro iu specie *cons.* 61. bene ootat ab antiquis inuestituris non esse tecedendum, nisi in postetiotibus id expresse dictum fuctit; & ex communi partiom consensu, ita ab antiquis tecedirur: Meooch. *vbi proximè, d. num.* 124. & 125.

§. IX.

Ex quibus cognoscatur inuestituram esse nouam, aut renouationem antiquæ emphyteusis?

E P I T O M E.

1 *Emphyteusis quando dicatur noua?*
2 *Noua qualitas circa substantialia facit nouam emphyteusim.*
3 *Non est noua concessio, si ex qualitatibus adiunctis fiat melior conditio domini directi.*
4 *Discrimen inter nouam. & antiquam emphyteusim.*
5 *Noua item erit emphyteusis si prima institutio extinguatur propter delictum emphyteutæ.*
6 *Concessio si fiat adhuc post renuntiationem, sitne noua, an antiqua?*
7 *Emphyteusis empta pretio antiqua videtur noua. Sed verius videtur antiqua. num.* 8.
9 *Resolutio quæstionis hac de re. & num.* 10.
15 *An semper valeat argumentum à feudo ad emphyteusim, vel è contra.*

1. EMphyteusis noua dicitur quando ptimùm à domino directo conceditur alicui: antiqua verò dicitur, quaudo iam antea fuit couceßa, & ad aiios fuit deducta; aut quando sub eisdem pactis emphyteusis innouatur, & sub eodem modo ptorogatur illius tenouatio, quo ptiùs fuit conceßa: sicut vocamus feudum uoouum, quando est iu primo, cui fuit conceßum: antiquum autem quando inde deriuatum deuenit ad alios de illius geuere, seu familla; siue ille ad quem deuenit, sit descendens vltimi possessoris, siue agnatus. Hoc tamen feudum, quod non est nouum, vocatur antiquum, siue paternum: Iul. Clar. § *feudum, quæst.* 8. *num.* 1. dicens nouum esse, quod de nouo couceditor, & habet principium in persona illius, qui de eo fuit iuuestitus: antiqoum autem, quod fuit acquisitum ab aliquo ascendente.

Similitet de emphyteusi teste eodem Iulio, §. *emphyteusis, quæst.* 16. *num.* 1. Noua est, quæ habet otiginem in petsona ipsius emphyteutæ: antiqua, quæ habet originem ab aliu ascendente. P. Molin. *de instit. tom.* 2. *disput.* 472. *in princip.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 42. *num.* 1. addens etiam esse nouum ex nouis causis, vel pactis conceßum feudum, seu emphyteusim: ex Afflict. *decis.* 212. *num.* 5. Vbi etiam vuit posse dici feudum nouum, si in iuuestitura adiiciatur noua quallras, & addatur ooua forma ratione cuius qualitatis, seu formæ, inuestitura prædictl feudi, seu emphyteusis dicitut feudum nouum, seu emphyteusis noua, quamuis fuerit antiquum, seu paternom; vt tradit Oldrad. *cons.* 178. incipit, *Factum tale est:* dicens feudum nouum videri ratione nouatum conuentionum. Idem dicendum est de iuuestitura emphyteutica, si nouæ qualltates, seu cooueutiones illi superaddantur: sequitur Bald. *in cap.* 1. *An agnat. col.* 8. quòd noua causa faciat nouum feudnm. Ideiu subdit *in l. imperialem, §. insuper, in fine, de prohib. feud. alien. & in cons.* 117. incipiente, *Verba inuestituræ*, & Paul. de Castr. *cons.* 232. idem Afflict. *decis.* 248. aliis *ibi* telatis.

2. Quæstio tamen est, an sufficiat noua qualitas duntaxat vt dicatur noua emphyteusis? Affirmat Mautic. *de tacit. & ambig. tom.* 2. *lib.* 23. *titul.* 21. *num.* 13. argumeuto l. *ius ciuile, de instit. & iur. & lib.* 1. §. *cùm adiicitur, de verbor. obligation.* Ruyn. *cons.* 20. *num.* 7. *lib.* 1. Ioann. Cror. *in l.* 1. §. *si quis simpliciter, num.* 4. *ff. de verbor. obligat.* Sequitur Calderin. *cons.* 11. *col.* 2. *titul. de feud.* dicens ex mutatione formæ antiquatum conceßionum fieri nouam conceßionem, & de ea vt de noua conceßioue iudicandum esse. Consentit Bero. *cons.* 93. *num.* 12. & *num* 51. *vol.* 1. & *cons.* 109. *num.* 27. *eodem vol.* vbi ait esse nouam conceßionem, si addat dominus clausulam in tenouationis instrumento, seu aliquam formam, quæ faciat variare priorem conceßionem. Quod procedit si mutatio fiat, seu variatio citca substantiam emphyteusis: secùs si mutatio fiat circa qualitates accidentales. Ratio, quia mutatio facta citca accidentia contractus non facit oouum contractum: argument. *l. fin. ff. de fund. instruct.* videlicet, si alteretur in præiudicium Ecclesiæ pensio Ecclesiæ præstanda: nam hæc alteratio est circa substautiam emphyteusis, quia fit couditio Ecclesiæ, seu directi domini deterior, còm pensio sit de substantialibus: Alexand. *cons.* 78. *vol.* 7. & priùs *cons.* 9. *vol.* 3. & constat *ex cap. potuit, de locato.*

3. Sed quid si emphyteuta cum nouis qualitatibus, & conuentionibus iuuestiatur, per quæ omnia conditio directi domini melior resultet? Responde, non esse nouam conceßionem, sed adhuc persistere antiquam; sic Alex. *cons.* 79. *num.* 10 *vol.* 1. & *cons.* 78. *vol.* 7. vbi vuit permutationem pensionis non fieri uouum contractum: quod intellige si talis mutatio conditionem domini teddat meliorem, nisi ex nouitate conuentiouum, seu ex mutatione qualitatum, & ex animo domini appareat esse nouam conceßiooem, non vero antiquam: pet notat. *in d. l. ius ciuile.*

4 Ex dictis quid sit noua emphyteusis, & quld antiqoa, omninò constat; cùm noua ea sit, quæ à primo constituente emphyteutæ fuit conceßa, & antiqua, quæ à patre; aut ab auo proceßit: Beto. *cons.* 129. *num.* 14. *vol.* 1. Atque ita iam noua emphyteusis non erit, uisi quando consistit in persona primi accipieutis de manu domlni primò concedentis. Quod si iam deficiente primo accipiente emphyteusis est ln persona filij, vel hæredis, oon dicirur noua emphyteusis, sed antiqua, vel paterna; sicut noo dicitur nouum feudum, quando consistit in persona filij, aut uepotis; sed vocatur antiquum, seu paternum.

Item emphyteusis noua dicitur, si parer accipiens motiatur absque filiis masculis, & sola filia supersit, tota emphyteusis pettiuebit ad filiam. Quòd si emphyteusis sit antiqua, seu paterna, non admittetur ad emphyteusim filia, si supersint patruus, aut patrueles ipsius filiæ. Ratio est, quia in antiqua emphyteusi sempet mates fœminæ præibunt; ita Glossa *in cap. si quis miles, in constit. feud.*

Dom.

Dom. Loth. Imper & cap. 1. de eo qui fin. fecit ag. de feud. patern. Bero. post ... lutes *consf. 93. num. 26. vol. 1.* At in emphyteusi noua concessa pro se, & pro filiis masculis, & illis deficientibus pro filiabus & fœminis descendentibus, tunc si contingat fratrê decedere sine masculis hæredibus, filia illius superstes emphyteusim obtinebit, excludetque patruum, ac patrueles: ita Bero. *consf. 111. num. 3. vol. 1.* vbi *num. 2.* addit aliam differentiam notatu dignissimam Inter nouam emphyteusim, & antiquam, nempè si noua sit cum duabus lineis, itaut possit ad fœminas transire deficientibus masculis, quousque aliquis de vna linea extet siue mas, siue fœmina sit, nullo modo alius de alia linea est admittendus; nec datur locus iuri accrescendi: per text. *in cap. 1. de duob. fratr. à cap. inuestit.* & *ibi* Andre. de Ysern. Oppositum est dicendum, quando emphyteusis est antiqua, seu paterna, quia duabus illis lineis constitutis fœmina non potest emphyteusim consequi, si aliquis masculus descendens ex primo accipiente superstes reperiatur, quia is fœminæ præferendus est. Quod etiam confirmat Decius *consf. 263.* per text. *in cap. 1. de eo qui sibi, vel hæredib. suis masculis, & fœminis inuestituram acceperit.*

5\. Denique noua erit emphyteusis quando emphyteusis extinguitur ob culpam, seu delictum emphyteutæ, & ad dominum deuoluitur, ac denuò eidem emphyteutæ, vel eius filiis conceßio fit ab eo, vel alteri; esto, non sit de illa familia: ita Bart *in l. si mihi & Titio, ff. de verbor. obligat. col. vlt.* dicens, quòd quando emphyteusis expirat in persona vnius, dicitur de nouo concessa in persona alterius: Bero. *consf. 109. Visis inuestituris, num. 1. 2. & 3. vol. 1.* Quòd si emphyteusis extinguatur ob lineam deficientem, & alicui consanguineo emphyteutæ concedatur, ac renouetur; non est noua emphyteusis, sed antiqua, quia ob lineam deficientem res omninò non reuertitur ad dominum, sed adhuc ius primordiale perseuerat apud consanguineos, & agnatos defuncti, qui extraneis sunt præferendi, per ea, quæ tradunt Scribentes *in l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quotidian. & æstiu.* Secùs quando expirat propter delictum, & præcedente voluntate domini declarantis emphyteutam contraxisse caducitatem, & lata sententia declaratoria, seu priuatiua, executionique mandata cum effectu; tunc si dominus iterum eam eidem emphyteutæ concessetit, meo iudicio erit noua emphyteusis, retinebitque nouæ emphyteusis conditiones, & prærogatiuas: secùs si nondum fuerat incorporata per sententiam executiuam cæteris huius eiusdem domini: & hoc modo intelligendi sunt text. *in l. inter stipulantem, § homo liber. vers. & nauis, ff. de verbor obligat. & in l. 1. §. opus, ff. de noui oper. nunciat.* Quoniam res extincta, si renouetur, dicitur noua, & alia res est: Iason *in l. ius autem ciuile, num. 15. & 18. ff. de iust. & iur.*

6\. Quòd si emphyteuta renunciet emphyteusi in manibus domini absque vlla conditione renouandi, & paucis pòst diebus dominus illam eidem, vel eius filiis concedat; non erit noua emphyteusis, sed antiqua, seu paterna: Cyn. *in l. si quis post hac, C. de bon. damnat.* text. *in l repetit. ff. de fide instrum. & l. si vni, § idem dicemus, ff. de pactis, & l. si constante, C. de donat. ant. nupt.* Præsumitur enim facta renuntiatio sub tacita conditione, vt ipse renuncians iterum inuestiretur; cùm taciti, & expressi eadem sit ratio: *l. cùm quid, ff. si cert. pet.*

7\. Dubitari tamen potest si quis vendat emphyteusim, & ex pretio emat alteram, & nihil exprimatur, nec constet de volunt ate emphyteutæ, censebitúrne noua emphyteusis empta, aut dicetur antiqua, quia empta fuit ex pretio antiquæ? Molin. *de instit. Fragosi Regim. Christ. Reipubl. P. I I I.* *tom. 2. disput. 471. col. 1. ad fin.* tradit nouum emphyteutam appellari illum, qui sub prima concessione, seu inuestitura emphyteusis non comprehenditur: vt si emptione, aut donatione, aut quouis alio titulo ab emphyteuta possidente obtineat, aut comparet emphyteusim: tenerique hunc à proprietario accipere possessionem, & petere renouationem, censerique nouum emphyteutam. Idémque ait Caldas *de renouation. quæst. 1. num. 4. & 6. & quæst. 3. num. 16.*

Oppositum tamen videtur vetius, nempe eam emphyteosim emptam de pretio antiquæ emphyteusis esse antiquam, & emphyteutam non esse nouum, sed antiquum. Probatur ex nostra Ordinatione Lusitan. *lib. 4. titul. 38. num. 2. §. E quando à cousa foreira for vendida*, verf. *E morto o vendedor, començara ser segunda pessoa oque o ouue por compra, escambo, doaçam, ou qualquer outro titulo.* Idem dicitur *num. 3. §. E se oque comprar*, verf. *Em quanto*, vbi habetur: *Que em quanto viuer o primeiro emphyteuta tera o lugar, e direito na cousa aforada; que o primeiro emphyteuta nella tinha, antes que a alheasse; e fallecido elle començara oque possuir à cousa, ser outra pessoa, em quanto elle viuer, sempre durara o direito da primeira pessoa, & fallecido o primeiro foreiro començara oque possuir, o foro ser segunda pessoa.* Hoc est, quandiu vixerit primus emphyteuta, habebit locum, & ius in re emphyteutica, quod primus emphyteuta in ea habebat antequam illam alienasset; defuncto autem primo emphyteuta, incipiet, qui rem possederit, esse secunda persona. Ex quo constat tam emphyteusim emptam, quam emptorem illius induere rationem, & naturam tam emphyteusis, quàm venditoris, non verò esse nouam emphyteusim sic emptam; neque emptorem, nouum emphyteutam; si emphyteusis erat antiqua, seu paterna.

Idem probatur ex Bald. *consf. 115. vol. 1.* dicente fundum patrimonialem permutatum cum alio, censeri patrimonialem: sequitur Lucas de Penn. *in l. 1. Cod. de impon. lucr. descript. lib. 10.* dum ait rem immobilem, quam pater recipit ex permutatione alterius, manere eiusdem omninò naturæ, ac conditionis cum re permutata: proinde filios posse succedere in illa eodem prorsus modo, atque in alia relicta à patre: quod etiam probat Tiraquell. *de retract. lignag. §. 32. gloss. 1. num. 27.* Quinimò res empta ex pecunia redacta ex re patrimoniali, fit talis; teste mansuer. *titul. de societ. §. item nomina, seu debita*, dicente etiam ipsam quoque pecuniam nondum conuersam in emptionem aliorum prædiorum, huiuscemodi esse iudicandam: per regulam generalem, Subrogatum sapere naturam eius, cuius loco subrogatur. Quod etiam probatur ex *l. Imperator, §. fin. cum legib. sequent. ff. de legat. 2. l. si & rem, ff. de petit. hered. l. si donata res, §. si sponsus, ff. de donation. inter vir. & vxor. l. pater, ff. de adimend. legat. l. si cum dotem, §. vltim. ff. solut. matrim.* Quæ leges, seu iura apertissimè indicant, & *ibi* Scribentes, rem emptam ex pecunia redacta ex altera re; sibi vendicare omnes ipsius qualitates, & naturam; atque etiam pretium in locum rei venditæ subrogati, quamuis id expresè actum non sit: Molin. *de primog. lib. 4. cap. 4. num. 27.*

Nec obstat, quòd id non exprimatur in venditione emphyteusis antiquæ, sed venditio fiat simpliciter; neque addatur, ad emendam alteram emphyteusim: Quia cùm venditor sit emphyteuta, & vendat emphyteusim ad emendam emphyteusim, censetur res simpliciter empta ex pretio emphyteusis antiquæ, esse empta ea lege & conditione, vt subrogetur emphyteusi antiquæ, seu paternæ; & actus sequens

censebitur factus virtute venditioois præcedentis, & in locum illius, subrogarique cum omnibus suis qualitatibus: vt bene probat Molinæ *d. cap. 4. num. 33. & 34. vers. secundum*, loquens de re Maioratus simpliciter vendita, & de alia eius loco subrogata; vbi ait, actum sequentem emptionis censeri fieri in executionem præcedentis venditionis: quod etiam probat Hostiens. *in summa, tit. de vsur. §. vltim. col. 4. vers. quid si vsurarius*, dicens, quòd si vsurarius de pecunia vsuraria emat emphyteusim, seu fundum, & ipsum postea vendat, & alium emat eodem pretio quod ex illa venditione redactum est, fundum posteriorem ex ea pecunia emptum, censeri vsurarium, & posse à debitore, à quo vsuræ primò exactæ sunt, repetere: Tiraquell. *d. gloss. vnicu, §. 32. num. 14.* fauet.

9. Opinio tamen patris Molinæ, & Cald. *vbi suprà* est satis probabilis, nimirùm emphyteusim de nouo emptam pretio prouenienre ex emphyteusi antiqua nouam censeri, si nihil exprimatur; quia in particularibus pretium non succedit loco rei, sed in vniuersalibus: *l. qui vas, §. vltim ff. de furt. l. Labeo &. Sabinus, cum similib. ff. de verbor. signif.* Item quia decisum est rem emptam ex pecunia mea, non fieri meam; *l. si ex pecunia, Cod. de rei vendic. l. si vt proponis, Cod. eodem titul. l. ex pecuniu, Cod. de iur. dot.* Sicut etiam in feudo, communi omnium calculo decisum est, quoniam res ex pecunia feudi empta, non succedit in locum feudi; neque etiam pecunia, quæ ex re feudali redacta est, nisi id expressè actum sit: vt bene resoluit Afflict. *in cap. 1. de feud. non habent. propriam naturam feudi, num. 11. & 12.* & Bald. & communiter Scribentes *ibidem.* Accedit Sigismundus Neapolitan. *cons. 71. num. 10.* Tiraquell. *d. gloss. vnicu, num. 10.* tradens rem emptam ex pecunia redacta ex re patrimoniali, non esse patrimonialem; nisi id expressè actum fuerit tempore emptionis, vel ex coniecturis id comprehendatur, vt *num. 23. cum sequentib.* resoluit, per text. *in l. sed & si lege, §. 1. ff. de petit. hæred.* vbi vult pretium fundi, haberi loco fundi, sed non alium fundum ex eo pretio emptum, quemadmodum, neque res empta ex pecunia dotali, dotalis est, *l. ex pecuniu, C. de iur. dot.* Nisi id actum sit ex voluntate mulieris, *l. res qua, & ibi* Gloss. & Scribentes ita illum textum intelligentes, qui repugnare videbatur, *ff. de iur. dot.* Sicut etiam nec res comparata ex pecunia pignorata, est pignorata: *l. idémque, §. vltim. ff. qui potior. in pign. hab.* Tiraquell. *vbi suprà.*

10. Ex quibus tamen præsumi potest emphyteusis antiqua? In primis illa, quæ emitur de pretio emphyteusis venditæ, quæ etiam erat antiqua, & loco emphyteusis venditæ subrogata assumit eius naturam, & qualitates; text. *in l. si cum dotem, §. vlt. ff. solut. matrim.* vbi quòd res ex dote comparatæ quasi & dotales esse videntur: text. *in d. l. si & rem, ff. de petit. hæred.* vbi Iurisconsultus ita ait: *Quia potest existimari in locum hæreditariæ rei venditæ, pretium eius successisse, & quodammodo ipsum hæreditarium factum.* sic Lex. Quod quamuis ita esse constet quando emphyteuta ait se velle quod hæc bona empta succedant in locum venditæ emphyteusis, empta retinebunt qualitates antiquorum bonorum; Imò ex facto deprehendi potest hæc voluntas, seu animus, nempe ex ipsa venditione, si vbi quis vendidit emphyteusim antiquam, paulo pòst alteram emit ex pecunia prioris emphyteusis: Afflict. *d. c. 1. de vasall. decrep. ætatis, num. 9.* Tiraquell. *de retract. conuent. §. 1. gloss. 5. num. 1. cum sequent.* Nam quæ incontinenti fiunt, vel paulo pòst, censentur inesse, & ex breui interuallo præsumitur, quod postea fit in primo actu fuisse præuisum, *cap. officij, de officio delegat.* Bartol. *in l. post contractum, vers. quintò præsumitur, ff. de donation.* & constat *ex l. si ventri, §. vltim.* & Bartol. *ibi, ff. de priuileg. credit.*

Idem est dicendum, si quis renunciet emphyteusim in manibus domini simpliciter, & absque vlla conditione, & paulo pòst accipiat inuestituram de manu eiusdem, censebitur emphyteusis eiusdem conditionis cum antiqua: per *d. l. si ventri.* Cynus *in l. si quis post hac, C. de bon. damnator.* secus putat Afflict. *in d. cap. 1. de vasall. decrep. ætat. num. 5.* si inter renunriationem simpliciter, & absolutè factam, & inter inuestituram de nouo factam multum tempus intercedat; tunc ait esse emphyteusim nouam, & non paternam: Quod videtur verum si inuestitura fiat alteri, qui non sit de familia resignantis; nam si fiat inuestitura in renuntiante, vel in filiis, vel filio illius, præsumitur tacitè actum inter eos factam fuisse renuntiationem, vt ipse rursus, vel filius illius inuestiretur; & sic emphyteusis erit antiqua: per *d. l. si ventri, §. fin.* & Bald. *in l. 1. in fin. col. 4. Cod. de seru. fugit.* & probatur *ex cap. ex parte, de feud. & ex cap. nuper, de reb. Eccles. non alien.* dicentibus, si feudum reuertatur ad dominum, & ipse illud tradat filio feudatarij, seu consanguineo
illius, esse feudum antiquum, non autem nouum. 11.
Quod similiter dicendum puto de emphyteusi: nam valet argumentum à feudo ad emphyteusim, & è contra regulariter: vt bene notat Mantic. *de tacit. & ambig. conuention. tom. 2. lib. 25. titul. 4. num. 5.* nisi contrarium à iure communi decisum reperiatur: Gloss. *in cap. 1. in verbo, vtrumque, an agnat. vel fil.* Speculat. *de feud. §. quoniam super homagiis, vers. 40. in fin.* Atque ita idem est concludendum de feudo, quod diximus de emphyteusi, quando aliud expressè non est decisum: Socin. iun. *cons. 71. num. 27. lib. 1.* Mantic. *suprà, num. 12.*

---

§. X.

Vtrùm institutus in re certa possit petere renouationem?

EPITOME.

1 *Vtrùm emphyteusis, quando est hæreditaria, possit peti renouatio ab instituto in re certa?*
2 *Filius, quando emphyteusis non est hæreditaria, institutus in re certa potest illam obtinere. Sed melius distinguitur à Bartolo circa renouationem petendam.*
3 *Ius renouationis petendæ est hæreditarium, ergo hæres est præferendus, quia repræsentat defunctum.*
4 *Vtrùm hæres in re certa, rogatus tamen restituere rem, an teneatur emphyteusim restituere, & ius petendi renouationem?*
5 *Instituto in re certa verius est accrescere bona siue emphyteutica, siue allodialia, & ius renouandi.*
6 *Instituto in re certa an cætera bona accrescant non obstante prohibitione testatoris.*
7 *Argumenta pro contrario in parte soluuntur breuiter.*
8 *Institutus in re certa non capit emphyteusim hæreditariam, nec ius renouandi dato cohærede vniuersali.*
9 *Vtrùm filius institutus in legitima possit petere emphyteusim hæreditariam?*

IN primis quando emphyteusis secundùm suam naturam est hæreditaria, nec dantur alij hæredes vniuersales, institutus in re certa potest petere renouationem finitis vocibus, seu vitis. Nam totum accrescit instituto in re certa, eo ipso quòd non inuenitur alter cohæres vniuersalis: secùs si reperia- 1.

tur:

tur: tunc enim ius renouandi non transit ad institutum in re certa, sed cohæredi vniuersali competit: ex traditis à Couar. 2. *variar. cap.* 18. *num.* 5. vbi ait institutum in re certa, dato cohærede vniuersali, potiùs legatarium esse, quam hæredem; post Bald. *in l. liberti, libertæque, num.* 26. *C. de oper. libert.* Alexand. *in l. quadam, § nihil, num.* 7. *ff. de edend.* Si autem emphyteusis non est hæreditaria, certum est pertinere ad filium in re certa institutum: Couar. post Bartol. *in l. & iurisiurandi, §. si liberi, ff. de oper. libert.* & consentiunt alij Doctores communiter.

2. Sunt qui dicant Bartoli doctrinam procedere, quando emphyteusis est hæreditaria, quam filius habere non potest nisi etiam sit hæres: secùs verò quando est acquisita pro se, & filiis; tunc filius institutus in re certa æqualiter cum aliis succedet in emphyteusi: & ita videtur loqui Bart. *in d. c. § si liberi, n.* 6. quia filius in hoc casu non iure hæreditario, sed ex tenure inuestituræ habet ius. Consonat Iul. Clar. *verbo feudum, quæst.* 64. *num. vnico*, dicens habentem plures filios si instituat vnum in re certa, æqualiter cum aliis vniuersaliter hæredibus institutis successurum.

Nihilominus magis placet doctrina Bartol. in casu in quo sumus, nimirum in petenda renouatione, in qua semper præferendus est hæres siue vniuersalis, siue saltem in re certa institutus, nullo dato cohærede vniuersali vltimi possessoris; proinde petens renouationem debet esse hæres, quia ius renouatio-
3. nis emphyteuticæ hæreditarium est, vt resoluit Angel. *in l. 1. § permittitur, ff. de aqua quotid. & æstiu.* Gamma *decis.* 356. *Vxor, num.* 1. *ad fin.* vbi resoluit extraneum hæredem institutum præferri cognatis defuncti in procuranda renouatione: vnde præferendus est hæres cæteris non hæredibus: vt ait Decius *cons.* 78. *& cons.* 131. eo quòd hæres repræsentat multo fortiùs defunctum; & ad hanc renouationem obligare titulum, seu particularem causam, in qua repræsentatio appareat: Anchar. *cons.* 134. *dub.* 2. Idcircò oportet quòd petens renouationem obtineat ab vltimo possessore causam repræsentatiuam significantem, vt renouatio tribuatur, quam habet non mediocrem, imò sufficientem ille, qui ab vltimo possessore est institutus in re certa.

4. Quid ergo si institutus ex fundo aliquo fuerit hæres, rogatus tamen fundum alteri restituere nullo dato eidem cohærede vniuersali, ratione cuius cæteram hæreditatem defuncti, & emphyteusim, aut emphyteuses consequatur, tenebitúrne restituere vniuersam hæreditatem, & emphyteuses restituere simul cum fundo? Magis placet non teneri, nisi solùm fundum; quia diuersa est ratio institutionis, & substitutionis, nam institutio trahitur ad vniuersum; ius enim non concedit aliquem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, *l. ius nostrum, ff. de regul. iur.* Quæ ratio non procedit in fideicommisso, quod potest sustineri, & in parte hæreditatis, & in singulis rebus, *l. si totam, ff. de acquirend. hæred. §. 1. vers. potest. Instit. de fideicommiss. hæred. & toto tit. de singul. reb. per fideic. relict.* cum concord.

Confirmatur quia fideicommissum relictum est verbis precariis, siquidem scriptus hæres rogatus est fundum restituere, & natura verbi precarij adiecti certæ rei, nempe fundo, non trahitur ad vniuersam hæreditatem: quin etiam nec verbum *relinquo*, quod commune est: *l. cogi, § generaliter, ff. ad Trebell.* quam singularem putat Dyn. vt refert Imola *in d. §. si ex fundo, num.* 18. *in d. l. 1. ff. de hæred. instit.* Proinde in nostro casu non eisdem verbis facta fuit institutio, & substitutio, quia institutio facta fuit verbis directis, substitutio autem verbis communibus, vel precariis. Idcircò substitutio ita facta ex fundo non trahitur ad vniuersam hæreditatem: ita Rota *decis. de testam. in antiquis, num.* 5. Ergo illam retinere poterit, & emphyteusim, seu ius petendi renouationem; sicut institutus in solo vsufructu bonorum, nullo vniuersali cohærede dato consequitur reliquam hæreditatem accrescentem: sic Ruyn *cons.* 54. *num.* 7. *lib.* 2. sequitur Ioan. Cephal. *cons.* 59. *num.* 16. *lib.* 5. & alij, qui rogati responderunt, vxorem relictam à marito vsufructuariam nullo cohærede vniuersali dato; vel dato, & repudiante; esse hæredem in totum: id in fortiori casu respondet Barbat. *cons.* 71. *lib.* 3. addítque Cephal. hanc vxorem posse integram hæreditatem consequi; quámuis ex statuto prohibeatur hæres instituí.

Rogabis si testator postquam instituit Titium in re certa, dicat expressè, quòd alia bona emphyteutica, seu allodialia non accrescant huic instituto, nunquid poterit ea omnia sibi obtinere is institutus, si nullus cohæres vniuersalis fuerit datus? Pars negans ex eo probatur; quia quando duo sunt hæredes instituti in aliquo prædio, cætera bona accrescunt illis æqualiter, nisi manifeste appareat de contraria voluntate defuncti; vt habetur expressè *in l. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instit.* Semper enim mens testatoris est præferenda, vt *in l. in conditionibus primum locum, ff. de condit. & demonstrat.* & vitiatur testamentum quando in eo sunt pugnantia, & hæreditas deuoluitur ad succedentes ab intestato secundùm text. *in l. si Titio, ff. de condit. instit.* sed in hoc casu est perplexitas, & ambiguitas, nempe institutio, & prohibitio iuris accrescendi; quod de iure est impossibile: ergo vitiatur institutio, & causa testati reducitur ad succedentes ab intestato: pro qua parte est Bart. *in l. penult. ff. de iniust. rupt. testam. & in d. l. quoties*, & ibi Bald. & Castrens. consentit Mulin. Theolog. *tom.* 1. *disp.* 155. putátque hanc partem esse veram in vtroque foro; teneríque succedentes ab intestato acquirere omnia bona excepto prædio, in quo Titius fuit institutus hæres: argumento text. *in l. ex facto, ff. ad Trebell. & in l. Scæuola, eodem tit. & in l. filiusfamil. §. vt quid per hæredem, ff. de legat.* 1.

His tamen non obstantibus, veriùs opinor accrescere bona cætera, siue emphyteutica, & ius reno- 5.
uandi, siue allodialia, huic instituto in re certa: nam quando pactio, seu protestatio aliqua est contra naturam, & substantiam actus, vitiatur talis pactio, seu protestatio, & actus ipse non vitiatur: per text. *in l. cum precaria, ff. de precario*: igitur in hoc casu vitiabitur ipsa protestatio, & prohibitio testatoris, non verò ipsa institutio, seu dispositio. Item quia est contra ius naturale, quòd quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, text. *in d. regul. ius nostrum*: earúmque rerum naturaliter inter se pugna est, vt intestatus, & testatus quis sit: ideò ex voluntate testatoris etiam quando est expressa, non potest ius accrescendi interdici ob manifestum inconueniens. nec tolli potest ius naturale, alterari, nec auferri ex dispositione legis, neque ex voluntate hominis; vt *in §. sed naturalia quidem iura, Instit. de iur. natural. gent. & ciuil.*

Item patet quòd bona cætera accrescunt huic in- 6.
stituto in prædio, non obstante prohibitione testatoris: quoniam ius accrescendi ex necessitate præcisa iuris procedit. Nec est in manu testatoris posse facere, quòd iura non habeant locum in suo testamento, per *l. nemo potest, ff. de legat.* 1. Glossa *in l. si seruus communis ab extero, ff. de acquir. hæred.* vbi non potest defunctus prohibere ius accrescendi. Conducit text. *in l. si ita quis hæres institutus fuerit excepto fundo, ff. de hæred. instit.* vbi testator instituit hæredem aliquem in suis bonis, dempto fundo: ex quo videtur prohibere ne fundus ad illum perueniat: Nihilomi-

nus textus decernit etiam fundum ita exceptum ad illam debere peruenire. Confirmatur authoritate multorum grauissimorumScribentium,qui nostram opinionem suis temporibus exexerunt, scilicet, Ioannes de Imola *in d.l.1.§.si ex fundo, ff.de hered.instit.* Angel.de Aret.*in §.hereditas, in fine,* Instit.*de hered.instit.*& Alexand. *ibi*, vbi tradit hanc partem esse magis communem: Angel.de Perus.*in l.si quis ita heres instituatur legitimus, ff.de hered.instit.*& *ibi* Dyn, idem Bald.*in l.dominus,§.1, ff.de vsufruct.& cons.*468. *quidam Titius,cons.*480.*Testator instituit,lib.*7. & vbertiùs *cons.*379. *Thema super quo,col.*2.*lib.*4. dicentes,Si quis instituat hæredem in re certa cum restrictione, quòd habeat illam duntaxat,& nihil amplius possit petere, non obstante hac restrictione esse hæredem in totum,si non detur hæres vniuersalis,quod etiam tradunt Angel. *cons.* 148. Federic. de Sen. *cons.* 126. Bald.*in d.l.si quis ita heres*,& alij plures quos allegat & sequitur Menuch.*cons.*224.*ad num.*52.*fol.*160.

7. Ad argumenta contrariæ opinionis, dici potest, quòd voluntas testatoris est seruanda, quando non est contra leges,secùs si illis aduersetur:vt *in l.testando causa,C.de testament.* nec refragatur text. *in l.quoties, §.si duo*: Quia ille text.in vltimis verbis non agit,si illi duo in re certa sint admittendi ad alia bona, etiamsi voluntas testatoris obstet; sed loquitur in diuisione,scilicet quomodo debeat fieri aliarum partium quæ supersunt;& ait textus, debere fieri æqualiter, si non refragetur voluntas defuncti: quæ non attenditur,quoties est contra ius, *l.testandi, C. de testam.*

8. Constat ergo institutum in re certa emphyteusim hæreditariam capere non posse, nec ius renouandi dato cohærede vniuersali, quia vicem legatarij subit: Iul. Clar.*§.emphyteusis,q.*38.Cald.*de nominatión. quæst.9.in princip.& quæst.24.n.*6.Valasc.*de iur.emphyt. quæst.*43.*ad fin.*Couar.2.*variar.cap.*18. *num.*5. quamuis Bald.*in cap.1.col.5.de success. feud & in l.vt iurisiurandi, §.si liberi, ff. de oper.lib. & cons.* 60. loquens de emphyteusi hæreditaria,*lib.*1.concedat illam hæredi in re certa instituto; sed non bene rem decernit: cui multi alij adhærent,etiamsi hæreditaria emphyteusis sit pro hæredibus:& successoribus: tunc enim non potest obtineri, nisi ab vniuersali hærede, non autem ab instituto in re certa,esto concessio fiat pro hæredibus,& successoribus:quoniam hæc concessio exigit vniuersalem hæredem; deficiente verò illo, vel repudiante hæreditatem, quia hæres in re certa, detracto nomine rei certæ, ex iure accrescendi vniuersam substantiam defuncti consequitur,& similiter emphyteusim, seu ius renouandi: Iul. Clar. Valasc. Couar.*vbi supra.* Cæterùm,si emphyteusis non sit hæreditaria, sed sit de familia, vel de libera nominatione, institutus in re certa poterit illam accipere,non obstante cohærede vniuersali: Valasc.*vbi supra,d.c.*43.*ad fin.*ex sententia Bart.*in d.l. vt iurisiur. §.si liberi,ff.de oper.libert.*

Illud etiam notandum ex Couar.2.*variar.cap.*18.
9. *num.*9.filium institutum in legitima non posse petere emphyteusim hæreditariam: nam dato cohærede vniuersali,succedit loco legatarij.Sed meliùs decidit Menuch. *de success. creation.* §.16. *num.*3.*requisit.* 20. quia eo ipso quòd pater disposuit de suo Tertio, testamentum sustinetur, & censetur filius institutus in cæteris bonis:ita Ordinatio Lusitana *lib.*4 *tit.*82. ibi: *Tomarem a terça de seus bens, mandamos que o testamento valha, e assi os filhos deuem ser hauidos por instituidos Erdeiros.* Vnde filius institutus in legitima consequenter obtinebit emphyteusim, nec dici potest legatarius, cùm sit in sua legitima saltem hæres institutus:nam quotam hæreditatis obtinuit,& simpliciter in legitima institutus hæres, vocandus est hæres, non verò legatarius. Quòd si pater Tertium relinquat alicui, cùm Tertium contineat quotam bonorum,non verò hæreditatis,qui obtinuerit Tertium,respectu illius,erit legatarius, & quatenus talis emphyteusim non consequetur, nec ex consequenti ius renouandi: Cald.Pereir.*de nominat.q.*9. *à n.*7.*vsque ad* 10.

---

§. II.

Vtrùm dominus directus teneatur renouare emphyteusim hæredibus vltimi possessoris, si eam voluerit sibi assumere, vel tradere alicui consanguineo ob aliquam necessitatem?

EPITOME.

1 *Dominus directus cogitur renouare, præsertim si præsumitur non sibi, sed alij velle concedere emphyteusim.*

2 *Domino directo datur iuramentum vt declaret an sibi, aut alij velit assumere emphyteusim.*

3 *An emphyteusis inculta, facta fructifera, sit renouanda à domino in vrgente necessitate?*

4 *Dominus directus potest cogi ad renouandum descendentibus vltimi emphyteutæ: quod multis confirmatur.*

5 *Charitas bene ordinata incipit à se ipso: & hoc latè ostenditur.*

6 *Clausula, quòd concedatur renouatio, non obstante aliquo impedimento, neque labore impenso in reddenda emphyteusi fructifera ostenditur.*

7 *An excuset à renouatione emergens necessitas de nouo? & n.*8.

9 *Incommoda,quæ sequuntur ex obligatione renouandi, contra dominum directum & n.*10.

11 *Vtrùm durante adhuc vita in re emphyteutica possit expelli emphyteuta ob aliquem casum inopinatum superuenientem?*

12 *An durante adhuc voce aliqua possit dominus cogi ad renouandum, si emphyteuta renuntiet.*

13 *Emphyteuta non potest inuito domino emphyteusim dimittere.*

14 *Emphyteuta potest consuetudine instante renunciare emphyteusi domino repugnante.*

HAc de re mentio facta est *supra, disput.* 14. §.1. 1.
& præsertim 2. *proposit.* 2. Illud in primis certum, cogendum esse dominum ad renouandum finitis vocibus,si verosimile sit non sibi velle emphy-
teusim,sed alij velle concedere. Qua in re iuramen- 2.
to domini de re in eius animo existente;& quam ipse melius notam habet, statur: de quo Mascardua *de probation. p.*2.*conclus.*954. *à num.*5. Seraph.*in tract. de iurament. priuileg.*1. *per totum,& priuileg.*14.*num.*3. Azeued.*in l.*2 *tit.*2.*lib.*6.*recopil num.*11. quod intelligit Flores *ad decis.*41.Gammæ *num.*2.*verbo,iuramentum*, nisi probetur contrarium, vel sit præsumptio contra iurantem.

Supposito ergo quòd dominus sibi velit emphy- 3.
teusim habere, negandum videtur ob necessitatem posse dominum de nouo emergentem,si emphyteuta suis impensis,ac labore insolito rem incultam, & nemoribus, ac dumis obruptam ad culturam redegit, & fecit fructiferam, non obstante in contractu apposita clausula, Quòd emphyteusis libera ad dominum reuertatur, finitis tribus generationibus; adhuc enim renouationis petendæ ius competit filiis, aut agnatis hæredibus vltimi emphyteutæ: &

& ita fuisse iudicatum refert Gamma *decis.* 41. *num.* 8.

4. Accedit pro hac parte doctrina Bartol. *in l.* 1. §. *permittitur, ff. de aqua quotidian. & astiua*, cogi posse dominum ad renouandum, scilicet, descendentibus vltimi emphyteutæ: sequitur Tirsquell. *lib.* 1. *de retract. in præfat. num.* 41. multis ibi relatis, quibus adhæret Bero. *conf.* 98 *Viso, num.* 16. *vol.* 1. & Thobias Nonius *conf.* 3. *Viso Themate*, vbi vult Ecclesiam teneri beneficium renouandi exequi, extincta emphyteusi; & reformare inuestituram præteritam, ac descendentibus vltimi possessoris concedere; quamuis eam vellet sibi retinere.

5. Neque oppositum ex eo videtur probari, quia charitas bene ordinata incipit à se ipso, *l. præses*, *C. de seruit. & aqua, cap. qui vult ordinate, de pœnit. dist.* 3. *cap. si non licet*, 23. *quæst.* 5. *cap. non satis*, 86. *dist.* Abbas *in cap.* 2. *num.* 2 *de deposito*, & vnusquisque plus diligit se ipsum, quàm alium, Bald. *conf.* 135. *num.* 3. *lib.* 4. Nauarr *conf.* 18. *lib.* 3. *de prebend num.* 7. *in prima editione, & in* 2. *conf.* 31. *eod. tit. & num.* Igitur emphyteusi finita poterit rem emphyteuticam sibi assumere, & emphyteutæ auferre. Quis non debet dominus directus cum iactura descendentium vltimi emphyteutæ ditescere ratione suæ indigentiæ, quoniam eadem ratio necessitatis, & inopiæ reperitur in descendentibus defuncti emphyteutæ: pro qua etiam parte stat Cald. Pereira *de renouat q.* 8. *à num.* 20. *cum sequent.*

6. Ex dictis vides discordes opiniones, quarum altera pro se habet Bartolum *in d. l.* 1. §. *permittitur*, dicentem esse renouandum, non obstante quacumque clausula, ne successores vltimi emphyteutæ doleant labores suorum maiorum ad extraneos transire. Idem tenet Baldus *in cap. in præsentia, de probationib.* & Anton. Gabriel. *de iur. emphyt. concl.* 1. *n.* 15.

7. Altera opinio de rigore iuris docet non posse cogi dominum directum ad renouandum, si eam rem velit retinere propter necessitatem inopinatam, quæ de nouo emersit, neque, tempore primæ concessionis adhuc extabat: ita Abbas Panor. *in cap. bonæ*, *q.* 2. *n.* 28. *de postulat. prælator.* Clarus §. *emphyteusis*, *q.* 43. *num. vltim* Gamma *decis.* 41. *num.* 1. Probata autem inopinata indigentia, nulla fit iniuria, nec grauamen descendentibus vltimi emphyteutæ, si directus dominus siue sit priuatus, siue non, eam sibi velit habere: quibus accedit Anton. Gabriel minimè anceps *supra, num.* 14. *limitat.* 4.

8. Aliis media via placet, non esse cogendum dominum ad renouandum, quando superuenit tanta necessitas, quæ nulla alia ratione vitari potest, nisi per negationem renouationis; quando scilicet dominus eget fundo propriis ædibus contiguo ad ampliandum ædificium, vel ad hortum, vel ad septum extruendum, vel ad aliud simile sibi, vel suis valde vtile: in quibus euentibus non tenetur dominus renouare si probet hanc indigentiam, & poterit non solùm partem emphyteusis, sed totam sibi retinere, si pars non sufficiat: quòd si sufficiat, quod superest, descendentibus renouabit, detracta pro rata pensione. Probatur, quia authoritate Regis solent homines emere æder sibi coniunctas ad ædificandum necessarias soluto pretio à lege Lusitana taxato. Non ergo id denegabitur domino, quando finitis tribus vocibus pactum fuit, quòd emphyteusis reuertatur libera, elapso termino præfixo quando re sua grauiter eget, nec aliter indigentia suppleri potest: sicut etiam nemo tenetur furti si eminente maxima necessitate vtatur re aliena: *cap. si quis propter necessitatem*, & *ibi notat. de furt. & cap. discipulos, de consecrat. dist.* 5. Quod adeò verum est vt in extrema necessitate liceat accipere rem alienam, & occidere inuasorem, neque id esse contra quintum, aut septimum præceptum: Enriquez *in Summa, lib.* 11. *cap.* 8. *num.* 5. *in commento*, *litera G.* dummodò dominus non sit in pari periculo, & necessitate; nam tunc melior est conditio possidentis, nec licet quemquam re sua in eo casu spoliare: August. Barbos. *in d. c. si quis propter, de furt. num.* 2. & *sequent.*

Quando ergo dominus in necessitate vrgente alioqui inevitabili negat renouationem, non infert grauamen descendentibus vltimi possessoris, eo quòd non sumit alienum, sed suum proprium; & ita limitanda est doctrina Bartoli *in d.* §. *permittitur*, dicentis esse concedendam renouationem; quandò scilicet dominus non eguerit valde emphyteusi ob casum de nouo emergentem: & pro hac parte fuisse iudicatum refert Gamma *decis.* 41. *n.* 8. & *decis.* 37. quod multo priùs docuit insignis A Costa *de success. rer. pag.* 73. post Ruyn. *conf.* 151. *vol.* 1. Quæ opinio est communis, nec ab ea recedendum.

Accedit quia ex opinione Bartoli indistinctè sumpta, multa inconuenientia sequuntur, si dominus perpetuò ad renouandum obligetur. In primis re sua careret in perpetuum, si necessitate nimis vrgente non daretur illi libertas eam recuperandi, maximè si dominus sit Ecclesia, cui alienare in perpetuum est interdictum; *cap.* 1. & 2. *de reb. Eccles. non alien. & Paulina, Ambitiosa, eodem tit.* Iniustum sanè est priuare dominum re sua omnino propter gratiam semel factam; tradendo in emphyteusim rem liberam homini, cui nihil debebat prorsùs. Secundò ostenditur, quia ex perpetua renouatione cogeretur Ecclesia alienare in minus euidentem vtilitatem, omissa vtilitate euidentiori, qualis cernitur in recuperando rem suam, quando ea grauiter eget. Tertiò quia sequeretur valere pactum de renouanda emphyteusi Ecclesiastica extinctis tribus vitis, ex eo quòd compelliitur Ecclesia renouare, quasi ex obligatione, seu pacto tacito. Atqui quando directè lex non concedit aliquid fieri, neque per indirectum debet permitti vt fiat: vt bene notat Ancharan. *conf.* 145. incipit: *Optimis rationibus*, dicens non esse integrum populo facere per indirectum, quod directa via facere non potuisset: Alberic. 5. *p. Statutorum, q.* 2. Iason *in l. quominus, num.* 155. *ff. de fluminib.* quibus accedit Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 37. Atqui constat non valere pactum de renouanda Ecclesiastica emphyteusi post generationes finitas; text. *in Authent. de non alien.* §. *quod autem.* Cald. *de renouat. quæst.* 12. *num.* 15. dicens ex admissione huius pacti sequi per indirectum priuari Ecclesiam suis bonis: igitur non est cogendus dominus renouare, quando eget re emphyteutica ob superuenientem sibi necessitatem inopinatam. Quod etiam placet Valasco *conf.* 157. *n.* 17. *cum sequentib.* secùs si dominus directus fuerit sæcularis; tunc enim valet pactum de renouanda emphyteusi, vt diximus *supra, disp.* 9 §. 11. *num.* 5.

Dubitationis etiam est, an durante adhuc voce in re emphyteutica, possit expelli emphyteuta propter improuisam necessitatem? Responsio est negatiua: Speculat. *tit. de emphyteus.* §. *nunc aliqua, quæst.* 4. *n.* 4. Nec etiam expelli potest conducens ad longum tempus; ita Tiraquell. *in* 1. *retract.* §. 1. *gloss.* 14. *num.* 32. quia est dominus vtilis: Boër. *decis.* 234 *num.* 3. secùs de colono simplici; nam is potest expelli à domino si egeat domo, sibi, vel filiis, aut fratribus ob improuisum casum: Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 24. *per totum*, Sicut ipse conductor simplex potest deserere rem locatam propter casum insolitum superuenientem: ita Panor. *in cap. propter, num.* 7. *de locat.* Folgos. *in l. cùm in plures, ff. de locat.* Cabed. *p.* 1. *decis.* 92. & *decis.* 93. Couar. *lib.* 5. *variar. cap.* 15. *num.* 4. Valasc. *de iur.*

*iur. emphyt.quæst.*22. *per totam*, maxime *num.*4.5. & 6. vbi docet conductores liberari à mercede soluenda pro domo debita pro eo tempore quo pestis grassata est, vel bellum periculosum sæuit.

12. Pluseulum tamen dubij vrget, an durante aliqua vita, & renuntiante possessore illi, possit cogi dominus directus ad renouandam emphyteusis inuestituram? Placet negare, ex traditis à Bartolo *in l.*1. §. *permittitur*, *ff. de aqua quotid. & æstiu.* vbi ait cogendum esse dominum ad renouandum, finita emphyteusi, quod intelligit simpliciter, & naturaliter, non verò per renuntiationem; quoniam dum emphyteusis durat, non dicitur finita simpliciter, neque de hoc casu loquitur Bartol. quem sequitur Valasc. *tom.* 1. *consult.*28. *num.*3. & tradit Mantic. *de tacit. & ambig. conuent.tom.*1 *lib.*22.*tit.*24. *à num.*2 *cum sequentib. fol. mihi* 455.

13. Suffragatur; quoniam emphyteuta non potest inuito domino emphyteusim dimittere: cùm enim sit contractus nominatus, non potest esse locus pœnitentiæ altero repugnante; *l iurisgentium, in princip. ff. de pact. l. sicut, C. de oblig. & action. l. in commodato*, §. *sicut*, *ff. commod.* & quod semel placuit non potest amplius displicere; *cap. quod semel, de regul. iur. in* 6. Item probatur non posse dimittere *ex l. quicumque, C. de fund patrimon lib.*11. quem textum Speculat. *de locat.* §. *nunc aliqua vers.*128 & 154. tradit expressè hoc dicere: igitur nullo modo potest cogi ad renouandum dominus durante aliqua vita: ita Valasc. & Mantic. *locis proximè allegatis.*

14. Obiter tandem notandum est, posse domino repugnante emphyteutam renunciare illi emphyteusim, si consuetudo extet: vt post plures de more referens tenet Tiraquell. *de retract. lignag.* §.33. *gloss.*1. *à num.*3. quæ consuetudo est seruanda, vel quando res emphyteutica tractu temporis facta fuit inutilis omninò eidem emphyteutæ; videlicet si furnus, vel molendinum tradantur in emphyteusim cum onere seruiendi, vel coquendi, vel molendi panem omnibus hæredibus domini; in quo euentu potest omninò dimittere emphyteuta emphyteusim, si hæredes in tantum excreuerint, vt nulli nisi illis possit seruire; vide illum.

---

§. XII.

Vtrum iuri renouandi renunciante emphyteuta, libera transeat emphyteusis ad dominum ab omnibus obligationibus ab ipso emphyteuta impositis?

EPITOME.

1 *Emphyteuta renuntiante tenetur dominus stare locationi ab ipso emphyteuta facta antequam renuntiet, ostenditur.*

2 *Reuersa emphyteusi omninò ad dominum non tenetur stare oneribus ab emphyteuta impositis.*

3 *Quando emphyteusis redit ad dominum titulo emptionis, vel legati, non iure dominicali, non redit libera.*

4 *Emphyteuta an possit inconsulto domino constituere seruitutes in re emphyteutica, & quando extinguantur similia onera? & n.*5. *Et quid de censu, an possit imponi sine consensu domini? n.*6.

1. QVæstionis est satis dubiæ an teneatur dominus stare locationi, quando emphyteuta renunciauit emphyteusi in manibus illius? Pars negans probatur ex resolutione Bald. *cons.* 571. *lib.* 1. vbi id vult, quia hæc renunriatio fieri nequit simpliciter, sed domino consentiente, *l. si quis vi, ff. de acquir possess.* ergo est nouus contractus: sed nouus contractus non potest nocere domino, cum quo non fuit celebratus, secundùm *l.* 2 *litim. ff. de pact.* Bartol. *in l. in diem, ff de aqua pluui. arcend.* atque ita non potest nocere domino, cum videatur facta renunciatio in fraudem; argumento *l. filiamea, ff. solut. matrim.*

Cæterùm quando dominus velit, nolit, tenetur admittere renunciationem; videlicet, quia extincta 2.
est emphyteusis per generationem finitam, vel quia per alios casus redit ad dominum; non tenetur dominus stare obligationibus, aut aliis similibus oneribus impositis ab emphyteuta; sed debet emphyteusis deuolui ad dominum libera: ita Guid. Papæ. *decis.*428. *ad fin. & decis.*575. *emphyteuta potest.* Tiraquell. *de retract. lignag.* §.1. *gloss.*14. & §.33. *gloss.*2. *num.*8. & 9. Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.*21. & §. *feudum*, *quæst.* 37. dicens non posse emphyteutam in præiudicium domini grauare emphyteusim, aut feudum, sed extincta emphyteusi grauamen extingui, & resolui omnia onera ab emphyteuta, seu vasallo imposita: *cap.*1. §. *rursus*, & *ibi* Bald. & Card. Alexand. *tit. quib mod. feud. amittat.* Cald. *de renouat. q.*10. *num.*5. vbi concludit non teneri dominum agnoscere onus; quod emphyteuta imposuerit.

Porrò si res emphyteutica ad dominum reuerta- 3.
tur, non iure dominicali, neque per consolidationem, sed iure acquisitionis emptionis, vel donationis legati, vel similis alterius tituli; tunc dominus tenetur ad onera imposita: ita Benedict. *in cap. Raynunt. in verb. & vxorem, num.*160. *de testam.* Stephan. Bertrand. *cons.*107. *in primo vol.* Guid. Papæ. *decis.*575. Quod intelligitur, quando tanquam priuatus emit ab emphyteuta, & non iure prælationis eodem pretio vt dominus: nam si iure prælationis tanquam dominus rem emphyteuticam consequatur pro eodem pretio, extinguuntur onera, & obligationes: Tiraquel. *d.* §.34. *de retract. lignag. gloss.*2. *num.*7. *cum sequentibus*, & §.1. *eodem tit. gloss.*14. *vers. neque enim*, *num.* 112. concludens, quando dominus dat pretium, vel etiam remittit, cùm non compellatur id facere veluti dominus, necessariò sequitur illum id efficere tanquam priuatum, seu extraneum: atque ita consequenter non destruuntur iura seruitutis, & reliqua onera ab emphyteuta imposita antea, vt in specie resoluit etiam Petr. Iacob. *tit. de action. in rem prore emphyt. col.*11. *vers. item est notandum*: idem Tiraquell. *de retract. conuent.* §.3. *gloss.*1. *n.*11.

Dubium tamen est, an possit emphyteuta con- 4.
stituere onera in re emphyteutica, & quando extinguentur? Responsio sit, inconsulto domino posse in sui præiudicium, non autem in præiudicium domini directi: proinde extincta emphyteusi, onera censen-
tur extincta: est communis, teste Cæpola *lib.*1. *de ser-* 5.
*uitutib. cap.*14. *col* 1. Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. conuent. tom.*2. *lib.* 22. *tit.*28. *num.*51. Vnde finita emphyteusi dissoluitur hypotheca, *l. Lex vectigali, ff. de pignor.* Gloss. *in l. vltim. in verbo, vendere*, & *ibi* Bald. *num.*7. *C. de iur. emphyt.* Iul. Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 21. & *verbo, feudum, quæst.* 37. Camil. Borrel. *tit.*33. *num.* 51. & 52. dicens similia onera ab emphyteuta imposita durare apud ipsum emphyteutam, donec emphyteusis duret; resoluta verò emphyteusi seu aperta domino, & ad illum reuersa, onera illa non grauare dominum: Surdus *decis.*186. *num.*12. & alij, quos allegat Augustin. Barbos. *in suis castigat. ad remiss. Patris, n.*118. & *sequent.*

Illud tanquam certum dictum est, emphyteutam 6.
inconsulto

inconsulto domino noo posse constituere censum super re emphyteutica, imò incurritur caducitas: Gaspar. Roderic. tamen distinguit, *de annuis reditib. lib. 1. quæst. 3. num. 6. vers. infertur*, inter reditum reseruatiuum, & consignatiuum; itavt in reseruatiuo, quando videlicet quis rem suam alteri confert pleno iure, reseruato sibi tantùm quotannis recipiendi peosionem aliquam in fructibus, vel pecunia: in quo euentu iocurritur caducitas, si fiat sine conseusu domini: secùs tamen in censu consignatiuo, quando scilicet quis retentis suis bonis, & eorum vsu, consignat alteri pensionem certam io fructibus: Barbos. Pater *in remiss. ad leg. Regiam lib. 4. Ordinat. tit. 38. num. 17. fol. 74.* Quidquid contra Barbos. filius *in castigationibus suis, num. 103.* videatur asserere, nisi intelligatur de censu coosignatiuo, qui, reuersa emphyteusi ad domioum, cessat omninò super re constitutus.]

§. XIII.

Vtrum lite pendente facta renouatio rei emphyteuticæ sustineatur?

EPITOME.

1 *Non committitur attentatum ex petitione sola renouationis.*

2 *Probabilius tamen est committi, & renouationem interim factam esse nullam.*

3 *Attentatum censetur, quando quod petitur, nocet tertio.*

4 *Beneficium lite pendente non potest resignari.*

5 *Nominatio lite pendente facta valet secundùm alios. Sed meliùs non valere est dicendum: ibidem.*

6 *Non committitur attentatum per recursum ad Superiorem.*

7 *Durante litispendentia tempus non currit petituro renouationem.*

8 *Matrimonium lite pendente contractum an sit validum?*

9 *Extra casum matrimonij, lite pendente non valet quod fit.*

10 *Actus tamen, qui fit appellatione ab interlocutoria pendente, est irritandus.*

1. QVoad primum dnbium, an committatur attentatum ex soia petitione renouationis? negat Cabed. 2. *p. decis. 120. à num. 7.* quia solùm petita fuit ab emphyteuta domino directo renouatio, nec dominus dum concessit renouationem illud commisit, siquidem concessit petenti, posita clausula, Saluo iure tertij: cùm ergo nihil detrimenti alteri parti fuerit irrogatum, consequenter attentatum non reperitur, idcircò renouatio lite pendente facta sustinetur. Item quia petens renouationem voluit continuare ius suum, ac conseruare: vnde non sequitur commisisse attentatum: Rota *in nouis, decis. 44. n. 1. & 2. tit. eodem.*

2. Dicendum tamen est renouationem lite pendente petitam, & obtentam esse omninò nullam, cùm certi iuris sit pendente lite nihil esse innouandum, quæ regula probatur ex *Clementin. vt lite pendente*, & Gloss. *in rubrica, extra, vt lite pendente, vers. Et aduerte.* Vnde priuatio beneficij lite pendente facta, dicitur attentata, & reuocanda: Paris. da Puteo *decis. 148. lib. 3.* Item quia non potest lite pendente quis capere possessionem rei de qua agitur, aliter talis possessio reuocaretur via attentatorum. Natta *cons. 568. num... lib. 3.* Mohedan. *decis. 180.* & Capicius *decis. 119. n. 9.* Quod adeo verum est, vt procedat etiamsi possessio rei, super qua litigatur, sit vacans, dicitur attentari, si per aliquem ex litigantibus occupetur: Ægid. *decis. 102. Si possessio*, Rota *decis. 10.* alias 411. *vt lite pendente, in nouis.*

Probatur secundò, quoniam tunc censetur attentatum procedere, quando id, quod obtinetur, vergit in præiudicium aduersarij, & cadit sub remedio attentatorum: vt bene notat Ioan. Baptist. Ferret. *cons. 219. Reuerendissime, num. 2. & 3. lib. 2.* Speculat. *in tit. de dispensat. §. qualiter autem, vers. diximus ergo*, & expressè loquitur Innocent. *in cap. dudum, num. 13. vers. sicut enim pendente lite, de electione*, & Rota *decis. 25.* aliàs 310. *si Reus, sub num. 2.* dicens edictum, Ne lite pendente aliquid innouetur, intelligendum esse, quando peritur in præiudicium partis; quia regulariter noo dicitur attentare, quando actus, qui dicitur attentatus, non redundat in nocumentum partis: Lancelot. *in præfatione, in descriptione Attentati, in verbo præiudicium, n. 44. fol. mihi 5. col. 1.* Sed renouatio obtenta lite pendente est nociua parti collitiganti: igitur nihil debet operari; vt in terminis tradit Menoch. *cons. 2. Magni ponderis, n. 219. & cons. 79. Non est leuis, n. 5.* dicens inuestituram lite pendeote adeptam esse oullam ipso iure, post Castrens. *cons. 117. In causa appellationis*, aliàs *cons. 73. in nouis*, & Felin. *cons. 32. num. 13.* quibus accedit Lancellot. *a. p. cap. 4. de attentat. limit. 20. num. 22. & sequent.* vbi limitat *num. 30. vers. tertiò*, nisi concessio fiat lite iam extincta per sententiam, & rem iudicatam, saltem ratione duarum conformium; eo quòd cessat ratio præiudicij. 3.

Hine infertur beneficium litigiosum super quo lis pendet, non posse resignari; ita Puteus *decis. 511. lib. 2.* Lancelot. *d. cap. 4. num. 254.* Nec alienatio rei litigiosæ tenet lite pendente, vt *in rubric. & tota titulo, ff. C. & Authent. de litig.* Meooch. *d. cons. 2. num. 291. lib. 1.* Bursat. *cons. 100. num. 23. lib. 1.* Bero. *cons. 120. num. 23. vol. 1.* Item res litigiosa non potest donari, *l. vltim. C. de litig.* Boët. *decis. 33. num. 2.* nec patronus potest præsentare durante lite super iure patronatus: Flamin. *de resignat. lib. 2. q. 3. à princ.* 4.

Quoad alterum dubium, an nominatio facta de emphyteusi lite pendeote sit valida? Affirmat Cabed. 1. *p. decis. 120. num. 18.* ex Ordinatione Lusitana, *lib. 4. tit. 10. §. vltim.* negat tamen Valasc. *consult. 71. num. 5.* eò quod fuit lis mota super ea nominatione, & ait noo valere ex notatis per Felin. *cons. 32. num. 13.* Quæ opinio melior est. Nec obstat D. Gabriel Pereira *decis. 25. num. 14.* dicens per recursum ad Superiorem, à quo comparatum fuit nouum ius, non committi attentatum; id enim fatemur verum, vt bene notat Cabed. etiam *d. decis. 120. n. 8.* Quoniam in eo nulla vis aduersario fuit illata ab altera parte: Nam si Superior vim fecit concedendo petitum, hoc non dicitur attentatum, quod factum fuit à tertio, etiam effectu secuto; nec enim illa concessio lite pendente facta subsistit, nisi post sententiam definitiuam ex consensu superueniente fuerit confirmata. 5. 6.

Item iuuat quòd non prohibetur quis supplicare etiam id, quod tenderet in præiudiciom litis, si quis in eo petendo vtatur iure suo; tunc enim non censetur fieri præiudicium liti: ita Butrius *in c. significante, vers. secundo nota, de appellat.* Ioan. de Amicis, *cons. 150. Præstantissimi.* Proinde quidquid sit de attentato commisso, vel non commisso, renouatio, seu nominatio facta lite pendente est inualida, cùm pendeat ex futuro euentu; nimirum si pronuncietur sententia pro nominato, seu inuestito: Cabed. *citatus, num. 7.* argument. *text. in cap. si vero, de iur. patronat.* vbi si duo patroni laici litigent super præsentatione Ecclesiæ, Prælatus neutrius præsentationem

sentationem susceipit propter iuris ambiguitatem.

7. Afflictus ex his infert *in cap. si aliquis, apud quem vel quos controuersia feudi definiatur, num. 6. cum sequent.* si lite pendente inter duos super directo dominio rei emphyteuticæ, alter possessuti renouet inuestitutam, expectandum esse litis successum, & tunc teneri renouationem; si renouans victor euadat; durante autem lite, tempus petendi renouationem non currit, & neuter ad petendam renouationem tenetur, donec definitiuè lis pronuncietur: *l. quaadin, C. qui admitti*: faciunt tradita ab Hostiense, Ioan. Andr. & Abbat. *in cap. quoniam, de iur. patron.* dicentibus non currere tempus præfixum faciendi electionem si duo contendant super potestate eligendi.

8. Hæc tamen non procedunt in matrimonio contracto post litis pendentiam, super primo matrimonio, aut eius valore; nam quamuis Enriquez *de matrimon lib. 11. cap. 15. num. 14.* dicat lite pendente de viribus matrimonij, vel de impedimento dirimente nefas esse cum alia contrahere, & separandos esse coniuges ad tempus; validum tamen esse, si non obstante dubia lite habuerunt intentionem contrahendi, quantum possent, etiamsi alter falsò existimaret, latere impedimentum, si reueta non subetat: nec discordat ab illo Sanch. *lib. 7. de impedim. disp. 2. num. 14. & num. 15.* subdens, si primum matrimonium sit initum ante litem motam, & lite pendente aliud contrahatur; non esse interdicendum vsum prioris coniugij, cùm possessio & præsumptio stet pro priori; & esse interdicendum posterioris vsum, quandiu de prioris valore disceptatur. Hæc ille.

Difficultatis est an is ita contrahens committat attentatum, si fecerit actum illicitum post pendentiam litis? Ratio dubitandi, quia lite pendente dicitur innouare etiam ille, qui facit actum, qui sibi aliàs competebat suo iure, & lite pendente videtur facere illicitum, quod aliàs erat licitum: vt tradit Lancellot. *2. p. de attentat. lite pendente, cap. 4. ampliat. 1. n. 10.* Respondeo actum matrimonij contrahendi, sicut ante litem motam cuilibet est liberè licitus, *ad caput, Gemma, extra de sponsal.* sic etiam lite pendente non fieri illicitum, quoad validitatem matrimonij; si primum matrimonium pronuncietur inualidum, quoniam valet secundum: *cap. 2. de matrim. contract. contra interdictum Eccles.* Quapropter si valet secundum, bene sequitur non esse reuocandum, nec litispendentia fecit illum actum illicitum, quoad valorem matrimonij: ideò non est plectendus actus ille pœnâ attentati, qualis est renocatio actus, seu nullitas actus: sed pœnâ extraordinariâ propter Iudicis, ac Superioris contemptum: Lancellot. *2. p. de attentat. appellation. pendent. ampliat. 17. in princ. & 3. p. c. 31. de pœn. attent. 1. pœn. n. 7.*

9. Extra verò casum matrimonialem, regulariter facta lite pendente seu appellatione pendente sunt ipso iure nulla; cùm sit prohibita omnis innouatio: hinc fit vt excommunicatio lata post appellationem non valeat: *cap. non solum, de appellat. in 6.* & clariùs *in cap. fin. vt lite pendente*, etiam in 6. ibi: *aliàs attentata contra hoc edictio ipso iure viribus non subsistat*. & probatur *ex cap. ad audientiam, & in cap. dilecti, de appellat.* Item, quia sola prohibitio, & inhibitio reddit actum nullum: Cassador. *decis. 2. de prabend.* & est regula vniuersalis, actum contra prohibitionem legis attentatorum fore nullum, teste Bruno *tract. de form. in cap. quando aliquid cens. trad. pro forma, col. 5. vers. 2. conclusio, & col. 6. infra, vers. alia fallentia, fol. 53.* Imo Index faciens contra prohibitionem etiam hominis inhibentis, vel aliquid mandantis, nullus agit; ita Roland. *cons. 77. Viso, num. 8. lib. 1.* Lancellot. *lib. 2. de attent. post inhibition. in 10. ampliat. ibi posita, num. 1. & per totam.* Vnde alienatio lite pendente est nulla, idem Lancellot. *lib. 2. cap. 4. in præfation. in 3. illation. principal. num. 510. de attentat.* post Fabian. de Monte *tractat. de emption. in 4. q. princip. n. 35.*

Non tamen procedit nullitas actus in attentatis appellatione pendente ab interlocutoria: nam tunc actus non est ipso iure nullus, sed venit irritandus, iustificata appellatione: *cap. Rodulphus, de rescript. & cap. exhibita, de iudic. & in cap. significantib. de appellation.* sicut etiam veniunt irritanda quando Index procedit appellatione remota; tunc si procedatur appellatione pendente, non sunt attentata ipso iure nulla: ita Franens *in cap. pastoralis, num. 6. de appellat.* Vide reliqua apud Lancellot. *2. p. cap. 12. ampliat. 17. per totam.* 10.

§. XIV.

Vtrùm dominus directus pro beneficio renouationis possit accipere pecuniam.

EPITOME.

1 *An pro emphyteusi constituenda possit dominus laicus aliquid accipere pro ingressu, & quid in renouatione?*
2 *Vtrùm contractus iste accipiendi aliquid pro ingressu tam in constituenda emphyteusi, quam renouanda, sit licitus, & an debeatur Alcauala.*
3 *Contractus emphyteuticus non vitiatur non obstante pecunia pro ingressu suscepta.*
4 *Locationes anticipata pecunia facta improbantur à Concilio Trident.*
5 *Prælati non possunt accipere pecuniam pro ingressu, dum res Ecclesiæ concedunt in emphyteusim.*
6 *Vtrùm possidentes bona Coronæ tradendo ea in emphyteusim possint pro ingressu aliquid accipere? Disputatur in vtramque partem: & n. 7.*
8 *Quid sequendum?*

NOn esse prohibitum domino directo priuato, hoc est laico aliquid accipere pro renouatione concedenda, neque pro constituenda emphyteusi à principio, volunt omnes, qui tenent necessarium esse, ad contractum emphyteuticum celebrandum, vltra pensionem aliquid soluere pro introitu: quales sunt Bart. *l. 1. C. de iur emphyt.* Bernar. *in cap. potuit, & ibi* Glossa *de locat.* & Hostiens. *in Summa, de locat. num. 11.* Quibus accedit Ioan. Baptist. Ferret. *cons. 81. num. 3.* Accedit lex Lusitana *lib. 4. Ordination. tit. 41.* vbi id prohibet, certis quibusdam personis dnntaxat; ergo aliis dominis directis qui non excipiuntur datum est, vt possint ita conuenire, si voluerint, & aliquid accipere pro concedenda prima constitutione rei emphyteuticæ, aut pro renouanda: Afflict. *decis. 72. n. 4.* Cald. *de renouat. q. 20. n. 3.* 1.

Item contractus iste non est illicitus quando id quod datur pro ingressu, simul cum pensione, non excedit limites æqualis recompensationis pro emphyteusi; quoad excessum tamen erit iniustus cum onere reddendi excessum, si reperiatur, consideratis oneribus soluendi laudemium, & amittendi emphyteusim ob caducitatem, & alienationem; quæ remanent penes emphyteutam; & obligatione meliorandi ab ipso contractu emergente: quibus etiam adde, quòd si plus reddatur pro introitu, quàm sit valor pensionum, contractum magis referre venditionem & emptionem, quàm concessionem emphyteusis; quòd si non multum excedat, quod datur pro ingressu, 2.

gressu, tunc manebit contractus inter limites emphyteuticæ traditionis: P. Molin. *tom. 2. de contractib. disp.* 450. Valasc. *de iur. emphyt.* q. 10. n. 6. & 7.

Quando verò aliquid conceditur pro ingressu, dummodò contractus censeatur emphyteuticus, non debetur vectigal, vel *Alcavalla*, cùm nō sit venditio, nec permutatio; quia pro emphyteutico contractu, vt talis est, non debetur decima: ita Lassart. *de decim. vendit. cap. 1. num. 42.* Censebitur tamen venditio, & consequenter debebitur laudemium, & decima, si pro ingressu soluatur dimidium pretium ipsius rei emphyteuticæ, cùm sit reuera venditio: sequitur Afflict. *decis. 72. n. 9. & sequent.* Quoniam non est curandum, quo nomine contrahentes vocent contractum; nam per nuncupationem non mutatur veritas ipsius contractus: vt bene notat Alexand. *in 2. vol. cons. 83. incipiente, Visa facti narratione, col. 3. vers. Et licet contrahentes.* Ex sententia tamen eiusdem Afflict. *d. decis. 72. n. 4.* post Alberic. de Rosat. *in l. 2. C. de iur. emphyt.* si res valet centum, potest concedi res in emphyteusim cum ingressu de quadraginta: at verò Iason *in d. l. 2.* addit posse tradi cum introitu de sexaginta.
3. Quod non placet Valasc. *d. n. 6.* nisi valde modica sit pensio, quoniam non seruatur æqualitas in contractu, si vitra quadraginta, vel sexaginta, quod recipitur pro introitu, recipiantur annuæ pensiones, perinde ac si nihil daretur pro ingressu. Debent enim pensiones annuæ imponi, itavt computato valore rei emphyteuticæ, & pecunia accepta, diminuantur pensiones arbitrio prudentis æstimatoris; itavt contrahentes intra limites iustitiæ inclusi contineantur: vt ex traditis per Tiraquel. patebit *in præfat. retract. conuent. n. 20. & 25.* & notat bene Couarr. *lib. 3. var. c. 10. n. 1.*

4. De Locatione facta anticipatis solutionibus ab Ecclesiastico in præiudicium successorum; habetur in Concilio Trident. *sess. 25. c. 11. de reform.* prohibente huiusmodi locationes fieri, eásque inualidas si fiant: nimirum, si Ecclesiasticus rem alienet, vel locet aliquam rem suæ Ecclesiæ pro certis redditibus, vel ducatis, ea lege vt conducens, seu emptor pro ingressu soluat priùs triginta ducatos, vel mensuras tritici, talis emptio seu locatio erunt nullæ, cùm vergant in detrimentum successorum, & in lucrum præsentium: quòd si solutiones anticipatæ conuertantur in maiorem annuam pensionem, nempe si pensio annua erat sex, vel septem, & pro ingressu nullo modo admisso accrescat pensio ad octo vel ad nouem quotannis soluenda, tunc non redundat in præiudicium, neque præsentium, neque futurorum. Item non reprobatur solutio anticipata, si fortè fiat sine præiudicio futurorum successorum: teste Syluestro, *verbo, Laudemium, & verbo, emphyteusis, n. 18. & §. vigesimo primo*, & constat ex dicto Concilio *c. 11.* dum ait ibi: *Omnes igitur hæ locationes, si anticipatis solutionibus fient, nullatenus in præiudicium successorum valida intelligantur, quocumque indulto, aut priuilegio non obstante.* Ex quibus verbis apparet esse validas, si non fiant cum præiudicio successorum: Zerol. *1. p. praxis, verbo, alienatio rerum Eccles. ad septimum, fol. mihi, 14.*

Sed quid si Ecclesiastici accipiant pecuniam, seu
5. quid aliud pretio æstimabile pro renouando contractu emphyteutico, seu de nouo constituendo? Respondeo non posse accipere aliquid pro ingressu; vt habetur in Constitutionibus Bracearensibus, *tit. 19. const. 3.* & Olissiponensibus, *tit. 18. const. 5.* sub pœna soluendi in duplo, quidquid fuerit pro ingressu acceptum; postéque huiusmodi concessiones rescindi: vt tradit Valasc. *d. q. 10. n. 5. de iure emphyt.* quasi factæ sint in præiudicium successorum: imò si constet factas esse cum præiudicio illorum, nullas esse. Habetur in Concilio Trident. *d. cap. 11. vers. nullatenus in præiudicium successorum valida intelligantur.*

Eodem modo sunt nullæ concessiones emphyteu- 6.
ticæ de bonis Coronæ Regiæ, si aliquid pro ingressu accipiatur, ex prohibitione Ordinationis Lusitanæ, *lib. 4. tit. 41. per totum*, vbi dicitur, quòd donatarius Coronæ, & capellarum administratores, & maioratuum, nec non Præceptores omnes, seu Commendatores quarumcumque militiarum, quibus facta sit facultas emphyteuticandi supradicta bona, non possint pecuniam accipere, nec quicquam aliud ab emphyteutis pro huiusmodi concessionibus, aut renouationibus earum rerum; quòd si accipiant, soluant in duplo accepta, & qui dedit, datum amittat, & tantumdem in pœna etiam soluat, dimidium scilicet accusatori, & dimidium captiuis; & insuper contractus censeatur nullus, & bona emphyteuticata, seu renouata propter pecuniam ad dominum directum deuoluantur, vt pro libito de illis disponere possit: ita Lex Lusitana, & Valasc. *d. q. 10. n. 4.* Cald. *de renouat. q. 20. n. 3.* Rationem reddit Doctissimus Gamma *decis. 55.* quia huiusmodi donatarij bonorū Coronæ, capellarum, & maioratuum administratores, ac militiarum Præceptores, cùm supradicta bona in vita sua administrent duntaxat, si ea concedant in emphyteusim, vt consequantur pecuniam pro ingressu in suam vtilitatem, ac successorum detrimentum, traderet ea pro minimis pensionibus, ex quo magnum successoribus veniet incommodum.

Ego tamen aliquando iudicatum vidi huiusmodi contractus emphyteuticos fuisse validos, durante vita eorum, qui huiusmodi res in emphyteusim concesserunt: quod etiam placet, quando concedentes emphyteuticarunt sine Principis licentia, & nullo dato pretio, neque accepto pro intratura; quòd si datum, aut acceptum pro introitu aliquid reperiatur, tunc cùm contractus ita celebrati, sint nulli, ob pœnam nullitatis ipsorum contractuum ipso facto indictam, & insuper apposita pœna amittendi pretium, quod datum fuit, arbitror nullo modo hos contractus sustineri posse in vtroque foro, etiam durante vita concedentium: & ita puto intelligendam esse legem Lusitanam *d. tit. 41.*

Ex dictis sequitur non esse de substantia cōtractus emphyteotici dare aliquid necessariò pro ingressu, quando dominus directus concedit rem in emphyteusim, vel eam renouat vltra pensionem impositam, vt perperam sentit Glossa *in c. potuit, de locat.* & *ibi* Baptista Ferret. *cons. 81.* & alij: Quia oppositum est certum, & nullo iure probatur hoc requiri ad naturam, & substantiam huius contractus; vt videre est *in l. 1. & 2. C. de iur. emphyt.* vbi agitur de substantialibus emphyteusis: posse autem peti aliquid pro ingressu à domino laico dum res de nouo conceditur, vel dum reformatur emphyteusis, non reprobo; dummodò ingressus sit talis, vt cum pensione imposita, & cum cæteris oneribus, non violetur æquilibrium iustitiæ, neque cōtractus reddatur inæqualis: Exceptis tamen dominis directis, quibus & à lege nostra, & à cōstitutionibus synodalibus hoc interdictū est, vt diximus.

Præter hos casus, & personas, certum est contra- 7.
ctum emphyteuticum formam suscipere secundùm suam naturam ex voluntate contrahentium, *l. 1. de iur. emphyt. & §. adeo, Instit. de locat.* Proinde contrahentes dant formam illi, & pendet ex conuentione: Glossa *in d. c. potuit, de locat.* Quod intelligo de forma
accidentali; secùs de forma substantiali, nam hæc 8.
mutari non potest, nec partes conuenire, vt nihil pro annua pensione soluatur: Bartol. *in d. l. 1. num. 7. C. de iur. emphyt.* Dari verò certam quantitatem pecuniæ, vt à principio res concedatur pro emphyteusi, possunt contrahentes conuenire: Cephal. *cons. 578.*

n.10. & 11. & tunc acquiritur emphyteusis titulo oneroso, & vltra additur pactum soluendi aliquid modicum singulis annis in recognitionem dominij: Bartol. *in l. si mihi & Titio, num.4. de verbor. obligat.* Mantic. *de tacit. & ambig tom.2. lib.12. tit.6. n.2. & 22.* subdens dari certam quantitatem pecuniæ pro ingressu non esse necessarium; quidquid in contrarium testetur Iul. Clar. *§. emphyteusis, q.3.* quoniam id de iure non constat, & potiùs hoc fit ex conuentione, quàm ex forma contractus: prout tenet Salycet. *in d. l.1. C. de iur. emphyt. n.3.* ibi, *Et quia illa receptio de iure emphyteutico.* Mantic *citat. n.10. ad fin.*

DISPVTATIO XV.

Circa nonnullas difficultates ad præcedentem materiam pertinentes apud Tribunalia à grauißimis Senatoribus decisas.

DIFFICVLTAS PRIMA.

§. I.

Vtrùm possit reuocari nominatio ad emphyteusim ex causa dotis facta?

EPITOME.

1 *Posse reuocari nominationem supradictam; & non posse: ostenditur. & n.2.*
3 *Ex his duabus opinionibus, quænam sit verior, deciditur.*

1. POsse reuocari hanc renouationem ex causa dotis factam ex eo apparet, quia nominans habebat potestatem nominandi vsque ad mortem, & dum nominauit totum ius, nec in filiam, neque generum transtulit, sed nominauit eo modo, quo potuit secundùm tenorem, & scripturam suæ emphyteusis: atqui quando quis ita nominat, & habet facultatem nominandi in vita, & in morte, nec cedit totum ius, quod habet in re emphyteutica in nominatum, potest iterum & rursus nominare, vt habetur in Ordinatione Lusitana *lib.7. tit.37. in princip.* & est communis: eò quia omnes actus, qui ad mortis tempus destinantur, ad mortem vsque mutari, ac reuocari possunt: *l. cùm pater. §. à filia, ff. de legat. 2. l. vnum ex famil. ff. etiam eodem,* Cald. *de potest. eligend. c.2. n.38. & c.3. n.1. & n.15.* secundùm *l. filius familias, §. diuus Seuerus, ff. de legat. 1.* Anton. Gomes. *in l.17. Tauri, n.6. vers. ex quibus infertur,* vbi tradit, si ita nominatus decedat in vita ipsius nominantis posse nominantem reuocare, & eligere vsque ad mortem: ergo pars affirmans est sequenda.

2. Fieri autem irreuocabilem nominationem ex causa dotis secuta traditione, volunt Sapientissimus Franciscus Caldas Pereira *de potest. eligendi cap. 4. num. 36.* & eius filius Doctissimus Gabriel. Pereira *decis.9. in princip. & ad fin. num.4.* & ita à grauissimis Senatoribus fuisse decisum, de quo diximus *supra disp.9. §.23. num.13. & 14.* vbi pro vtraque parte fuisse iudicatum retulimus, & partem priorem, hoc est supradictam nominationem factam per relationem ad

3. tempus mortis esse reuocabilem veriorem putauimus, non obstante traditione reali bonorum, quia non fuit apposita clausula cedendi, seu transferendi totum ius, quod habuit in re emphyteutica. Iuuat Lex nostra *lib.4. tit.37. §.5. vers. Outrosi.* Vide tamen Flores de Mena *lib.2. var. q.11. n.10.*

DIFFICVLTAS SECVNDA.

§. II.

Vtrùm emphyteuta soluens pensionem magnam, seu immodicam per triginta annos, possit agere contra Dominum vt illam remittat?

EPITOME.

1 *Pars affirmans multis ostenditur.*
2 *Oppositum tamen fuit iudicatum.*
3 *Quid de conductore ad longum tempus si censetur læsus enormissimè?*

POsse agere emphyteutam contra Dominum directum post triginta annos, vt remittat pensionem immodicam, ex eo probatur: quia iste non est propriè emphyteuta, sed conductor ad longum tempus; at conductori ob sterilitatem fit remissio, vt ait Barbos. *in l. diuortio, n.70. ff. solut. mat.* & iste contractus cum huiusmodi pensione est potiùs locatio, quàm emphyteusis, cùm non consideretur nomen, sed natura contractus: *l. non codicillum, ff. de testam.* ergo est locatio attenta natura contractus: ex Valasc. *de iur. emphyt. q.27. n.11. & q.29. vers. suffragatur,* & ex Cald. Pereira *de extinct. c.8. num.8.* Barbos. filius *in castigat. ad lib.4. Ordin. fol.4. num.19.* Ergo potest agere vt remittatur pensio immodica. 1.

Nihilominus oppositum fuit iudicatum teste Doctissimo Gabriele Pereira *decis.101.* ex eo fundamento, quia nullum damnum superuenit de nouo post contractum ita celebratum, & semper res fuit in eodem statu, & decursum est tempus intra quod poterat conqueri de læsione enormiter contingente; nec deinde agendi aditus potest concedi, sed penitus est interclusus. 2.

Cæterùm dicendum puto, quando conductor ad longum tempus accepit rem cum pensione adeò immodica, vt censeatur læsus enormissimè, quamuis petat remissionem iam extra tempus præscriptum ad agendum, semper erit audiendus; quia censetur conductio, seu locatio per dolum celebrata; & de tali dolo iudicandú est, sicut si dolus consultò, & de industria apertè probaretur: ita Menoch. *de arbitr. lib.1. q.71. n.18.* post Paris. *cons.12. n.82. cons.20. n.105. lib.1.* Craoet. *cons.141. n.21. & cons.192. n.3.* & ideò talis conductio ob læsionem enormissimam in pensione est reuocanda, vel pensio ad æqualitatem reducenda: vt ex traditis constat: Couar. *lib.2. resol. c.4. n.5.* nam læsio ipsa re contingens æquipollet dolo: *l. si superstite; C. de dol.* & Abbas *in c. cùm contingat, de iureiurand.* Quare deceptus enormissimè poterit in omni tempore, non obstante quacúque clausula posita in contractu, contrauenire: Cassador. *decis. vnica, de empt.* Consonat Lex Lusitana *lib.4. tit.13. §. vlt.* eò quia dolo decipiens nullo tempore præscribit ex defectu bonæ fidei, *c. vlt. de præscrip.* & ita fuisse iudicatum refert Gam. *decis.266. n.1.* imò non solum deceptus, seu læsus agere potest de hac enormissima læsione, sed etiam eius hæredes: Pinel. *l.1. 3 p. n.83. C. de bon. mater.* secundùm *l. quemadmodum, C. de agricol. & cens. lib.11.* & censuit Gloss. Bald. & alij *in l. cùm à matre, C. de rei vendic.* 3.

DIFFI

DIFFICVLTAS TERTIA.

§. III.

Vtrùm dominus emphyteusis, qui eam accepit ab emphyteuta in pignus teneatur fructus imputare in sortem?

EPITOME.

1 *Pars negatiua, non teneri scilicet dominum fructus receptos in sortem computare, & quando; ostenditur ex leg. Lusitana.*
2 *Lege Lusitana seclusa fructus dominus in sortem computare potest.*
3 *Pignoris per traditionem nullo iure vtile dominium debitoris transfertur in dominum directum.*
4 *Dominus non potest absque vsura capere fructus ex pignore, si fructus excedant pensionem.*
5 *Dominus non potest percipere fructus quin computentur in sortem: & quid in materia feudali?*
6 *Resolutio, quando nequeat dominus percipere fructus ex emphyteusi sibi pignori data ab emphyteuta.*

1\. Difficultas videtur esse decisa per leg. Lusitan. *lib.4.tit.67.n.4.§.Ese oque trouxer*, vbi deciditur, qui habuerit aliquod prædium pro certa pensione, aut emphyteusim acceptam ab aliquo directo domino, & eidem ipsam tradiderit in pignus pro aliquo debito sub ea conditione, vt dominus recipiat sibi fructus in solidum ex illa, donec sibi debitum persoluatur; in hoc euentu posse dominum redditus emphyteuticos percipere sibi integros vsque ad solutionem debiti, nec teneri eos in sortem computare: quoniam quandiu sic eos receperit, pensionem sibi debitam non recipiet: ita Lex.

Quæ sanè decisio ex eo probatur; quia feudi dominus, cui datum est illud pignori sub pacto ne teneatur computare fructus feudi in sortem quousque soluatur debitum, potest reditus sine compensatione recipere, siquidem pro eo tempore excusatur vasallus à seruitio debito præstando: per text. *in..cap.1. de feud.* Item quia quandiu res perseuerat pignori data, penes dominum reperitur vtile dominium vnitum directo, & consequenter dominus recipit fructus ex re sua, non verò ex aliena: vt tradit Abbas *in c. at si clerici, n.23. de iudic. & in d.c.1. de feud.* Syluest. *verbo feudum, n.29.* & Nauar. *in manual. c.17.n.218.* per text. *in c.1. & c. conquestus, de vsur. in fin.* quod idem fieri posse affirmat Roman. *in l. diuortio, §. ob donationes, ff. solut. matrim* si emphyteusis tradatur domino directo in pignus. Idem Roman. *singul. 325.* incipit, *Creditor*, dicens, non teneri dominum directum fructus rei emphyteuticæ in sortem computare. Quibus accedit Imol. *in d.c.1. de feud n.8.* Ananias *in d.c. conquestus, n.2. & c.1. de vsur. n.4.* Sot *de iust. lib.6. q.1. art.2. vers. ad sextum*, Molin. *tom.2. disp.323.* quos sequitur Cald. *de extinct. c.4.n.53.* ex eo fundamento, quia dominus directus siue sit feudalis, siue emphyteuticus, iure proprio ex re sua, & non ex aliena fructus capit; & consequenter eos facit suos irreuocabiliter. Pro qua opinione non dubito pronuntiandum, cùm sit consonum legi Lusitanæ *d. tit.67.n.4.*

2\. Ego verò, seclusa dispositione nostræ legis, oppositum puto verius, nempe in hoc casu fructus esse in sortem computandos, quatenus pensionem pro emphyteusi domino directo debitam excesserint fructus. Nec obstat ratio *capitis primi, de feudis*, vbi deciditur non teneri dominum directum fructus feudi in sortem computare. Quoniã seruitia, & operas feudatarij pro eisdem debitas remittit: quod non cernitur in emphyteuta; is enim non debet seruitia domino directo emphyteusis, neque seruitia perdit ex datione pignoria, atque ita tenetur fructus ex re emphyteutica pignori data perceptos imputare in sortem; dummodò fructus pensionem sibi debitam pro emphyteusi excedant: ita Couar. *lib.3. var. c.1.n.4. vers. sic excommunicari.* vbi quòd si fructus excedant, in eo quod excedunt in sortem computandi sunt: additque ibidem oppositam sententiam esse admittendam, quatenus emphyteutica pensio fructibus pignoris æquipollet, eo quòd durante pignoris causa liberatur emphyteuta à solutione canonis, & pro eo tempore dominus directus capit fructus in compensationem pensionis; & non aliàs: idem censet Gaspar. Roderic. *de annu. reddit. lib.3.n.50. & n.51.* Valasc. *de iur. emphyt. q.38.n.29. vers. verum ipse nunquam potuit*: subdens sic esse restringendam nostram legem *d.n.4.*

Item quia nullo iure cauetur, per traditionem pi- 3.
gnoris vtile dominium debitoris transferri in dominum proprietarium, si creditor sit; maximè quoniam si eo casu dominium vtile cum directo copulatur, per consequens pignoris obligatio absorbetur, quia res sua nemini seruit: *l. vti frui, ff. si vsusfruct. petat.* Addo rem propriam in pignus minimè constitui posse: *l. nec pignus, ff. de regul. iur.* Ergo dominus non potest absque vitio vsuræ capere fructus ex eo pignore, si fructus excedant pensionem, sed quatenus pensioni æquipollent; cùm statutum sit creditorem pignoris accepti, nequaquam posse acquirere sibi fructus sine reatu vsuræ: vt habetur *in cap. illo vos, de*
pignor. Propter quam vulgatam regulam Couarr. & 4.
Valasc. *supra* iure optimo tenent non posse proprietarium ex pignore, nisi fructus pensioni, seu seruitio debito respondentes percipere, quasi in compensationem potiùs, quàm fructuum acquisitionẽ: neque posse percipere fructus ex pignore, quin computentur in sortem: atque ita dispositionem *d.c.1. de feud.* non esse extendendam vltra materiam feudalem; non verò trahendam ad emphyteuticam: Chassa-
neus *in consuet. Burgund. rubr.4.§.23.n.39.* secundùm 5.
d.c.1. de feud. vbi decernitur dominum directum, absque vitio vsuræ, & fructuum compensatione pro eo tempore, quo à vasallo seruitium non capit ex feudo dato in pignus, sub pacto, ne possit fructus feudi imputare in sortem, donec debitum soluatur fructus percipere posse. Neque ex hac decisione sequitur idem esse protrahendum ad materiam emphyteusis, cùm sit dispositio odiosa; vt sentit Mantic. *de tacit. & ambig. lib.9 tit.2.n.32.* dicens non procedere in emphyteusi, sed fructus debere in sortem imputari nisi pensio fructibus pignoris respondeat; quoniam fructus pignoris cum pensione debent iustè cõpensari.

Admissa verò priori opinione dicendum est, posse 6.
dominum directum percipere fructus ex emphyteusi tradita pignori ab emphyteuta, manente sorte integra, quando emphyteuta eam iniustè detineret: ita Anton. Archiepisc. Florentin. *de vsur. §.25. num.46.* Item quando fructus æquipollent pensioni. Insuper non posse percipere fructus, quos melioramenta producunt per industriam emphyteutæ præstita. Similiter non potest percipere vllos fructus, quando emphyteusis fuit ab emphyteuta pecunia empta, vel magna obsequia, seu seruitia concessa, vel denique si propter ingressum aliquid pecuniæ est largitus: Nauar. *in manuali, c.17.n.218.* Lessius *de iustit. lib.2.c.20. dub. 16.n.140.* Atque ita restringenda est Lex nostra.

Non tenebitur etiam fructus in sortem computare, si res pignori concessa sit, non solùm propter se-

curitatem, ſed etiam vt creditor ea fruatur, loco rei debitæ, vt *c.ſalubriter* bene intellectũ, *de vſur.* oſtẽdit: Molin. *diſp.* 321 *tract.* 2. Non tenebitur fructus etiam computare in ſortem, quando rem pignori oblatam emit, cum pacto de retrouendendo; nam tunc poterit recipere fructus ſalua ſorte, donec venditor rem ſuam redimat, atque reddito pretio recuperet: pro illo namque medio tempore res pertinet ad emptorem, ſicut etiam eius periculum, & conſequenter fructus illius: Caiet. 2.2. *q.* 78. *circa D. Thomæ reſponſ. ad ſextum*, Leſſius *citat. n.* 138.

DIFFICVLTAS QVARTA.

§. IV.

Vtrùm promiſſio de emphyteuticando Titio facta, viuente adhuc emphyteuta, & poſſidente, valeat.

1. PLacet reſpondere nullo modo. Nam talis promiſſio eſt occaſio tacita optandi mortem emphyteutæ adhuc ſuperſtitis. Nec proprietarius tenetur ad intereſſe, ſi non adimpleat promiſſionem; eò quia non valet promiſſio, reſiſtente iure, cùm ſit contra bonos mores: nec non repugnat etiam iuri naturali, teſte Curtio iuniore *in l. fin. n.* 22. *C. de pact.* pro quo faciunt tradita à Molina *de iuſtit. tract.* 2. *diſp.* 271. *fol.* 114. *§. ex primo capite, & §. ex ſecundo capite.* Atque ita fuit iudicatum Oliſſipone *in proceſſu Ioannis Vieira, Scriba Antonio Roderico.*

Hinc fit nullam eſſe promiſſionem alteri factam de beneficio vacaturo, per *cap. vltim. de conceſſ. prebend.* Flamin. *de reſignat. lib.* 3. *q.* 6. *n.* 14. Gonzales *in regul.* 8. *de menſib. §.* 1 *in procæmio, n.* 57.

DIFFICVLTAS QVINTA.

§. V.

An pater, qui erat tertia vita, & dedit in dotem filiæ emphyteuſim; & dominus directus, mortuo patre, conceſſit eandem filio petenti, non exponenti tamen factum patris; quæritur quid iuris.

1 DEciſum fuit teſte Gam. *deciſ.* 289. eſſe ſubreptitiam conceſſionem à domino directo factam filio: non autem talem eſſe tradit Cardoſ. *in ſua praxi Iudic. verbo, emphyteuſis, num.* 20. Ratio illius, quia emphyteuſis per mortem patris donantis illam filiæ expirauit; nec potuit valere donatio emphyteuſis, niſi pro tempore vitæ patris, qui donauit; & finito iure dantis, reſoluitur ius accipientis; nec filius tenebatur in ſupplicatione facta domino facere mentionem, quòd pater dediſſet emphyteuſim ſorori ſuæ, quandoquidem expirauerat donatio mortuo parente; & vltra mortem, ſeu vitam parentis fuerat nulla. Quare filius non tenebatur exprimere id quod nullum eſt, ſiquidem nullum præſtitit impedimentum; *cap. non præſtat, de regul. iur. lib.* 6. Sed bene fuit iudicatum pro filia, cui pater eam tradidit in dotem: ex ea ratione, quia pater poterat emphyteuſim filiæ prælegare, & ius renouationis, vt eſt communiter receptum; prout tradit doctiſſimus Gabriel Pereira, *deciſ.* 128. *ex n.* 1.

DIFFICVLTAS SEXTA.

§. VI.

Vtrùm quando emphyteuta deceſſit inteſtatus, & neminem nominauit ad emphyteuſim, cùm adhuc eſſet vox, deuoluatur emphyteuſis ad dominum, an ad hæredes defuncti?

DE iure noſtro emphyteuſis redit ad dominum directum in hoc caſu. Conſtat ex Ordinatione noſtra *lib.* 4. *tit.* 36. *num.* 2. ibi: *E finandoſe oforeire ab inteſtado, nam nomeando algua peſſoa ao foro, e ſem erdeiro aſcendente, ou deſcendente, fique o foro deuoluto ao ſenhorio.* Ex quo conceſſio reſoluitur; ita Caldas *de nominat. emphyt. q.* 7. *à num.* 8. *& quæſt.* 12. *num.* 24. Quod procedit tam in ſæculari, quàm in Eccleſiaſtica emphyteuſi. Idem Caldas *d. q.* 7. *num.* 3. *& n.* 6. *& à n.* 12. *cum ſequent.* & ita *q.* 12. *ex num.* 43. *cum ſequentib.* Quod etiam probatur ex traditis per Bald. *in l. in vendentis, col. penult. verſ. tertiò quæro, C. de contrahend. empt.* Fabian. *de emption. q.* 3. *in princip. num.* 19. Molin. *de iuſtit. tom.* 2. *diſp.* 446. *verſ. tota autem.* Neque dominus tenetur agnatis demortui reformare emphyteuſim. 1.

Neque facit vim Bartol. *in l.* 1. *§. permittitur, ff. de aqua quotidian.* quia loquitur *ibi* de renouatione facienda, quando emphyteuſis ceſſauit per extinctionem perſonarum, quibus erat conceſſa: ſed in noſtro caſu aliter ſe res habet; quia ſumus in euentu, in quo emphyteuſis deuoluitur ad dominum, eo quòd decedens neminem nominauit. Quod etiam procedit, quando nominatio fuerit nulla aut reuocata, teſte eodem Cald. *d. quæſt.* 12. *de nominat. ex num.* 42. *de poteſt. eligend.* 3. *p. cap.* 16. *num.* 44. Gamma *deciſ.* 173 *ad fin.* videlicet quando teſtamentum, in quo nominatio facta fuit, redditur nullum: nam tunc cenſetur perſona obiiſſe ab inteſtato, nominatione nulliter facta, quod tantum valet perinde ac ſi nunquam nominaſſet: ita Paul. *in l. à nullo, C. de ſer.* & traditor *in d. l. noſtra* Luſitan. *§.* 1. *citat.* ibi: *E finandoſe.* ſequitur Thomas Vaſ. *allegation.* 61. *num.* 2. *&* 3. & Barboſ. Vimarenſ. *in remiſſion. ad leg. noſtram lib.* 4. *ordinat. tit.* 36. *ad §.* 1. *num.* 4. ibi: *nam nomeando*, vbi reſoluit expirare emphyteuſim, & vtile dominium cum directo coire, quoties emphyteuta carens aſcendentibus, & deſcendentibus, non nominat ſucceſſorem durante adhuc emphyteuſi: & ita fuit iudicatum *anno* 1628. *in Senatu Portuenſi*, in prima, & ſecunda inſtantia, *pro Collegio Braccarenſi noſtro*, ad quod fuit deuoluta emphyteuſis, & de ea diſpoſuit vt ſibi viſum fuit. 2.

DIFFICVLTAS SEPTIMA.

§. VII.

Vtrùm emphyteuta poſſit ex ſylua terram aratoriam facere.

CÆpola *de ſeruitutib. ruſtic. prædior. c.* 22. *n.* 10. affirmat poſſe; ſequitur Tiraquell. *lib.* 2. *de retract. §.* 2. *gloſſ.* 1 *n.* 27. & Menoch. *conſ.* 13. *in fin. lib.* 1. quando id fuerit vtilius; pro quo allegant Baldum *in l.* 1. *n.* 11. *C. de iur. emphyt.* Bald. tamen per illos citatus contra dicit; ſolùm enim probat in area conceſſa in emphyteuſim poſſe emphyteutam domum extruere, quia non omnino videtur mutata forma, cum facilè ad antiquam reduci poſſit, deſtructa ſcilicet domo; vt in ſimili probatur *in l. quæſitum, §. illud, ff. de legat.* 3. 1.

Reſolutio

2. Resolutio ergo sit negatiua, non posse scilicet emphyteutam facere ex sylua terram aratoriam, quia mutaret omninò rei formã, quod ei non licet etiam in melius: argumento mariti qui non potest parentem formam fundi dotalis in aliam formam mutare parentem diuersam ab ea, ad quam res est destinata: Barbos. *in l. diuortio, §. si vir, ff. soluto matrimonio, n. 32.* vbi respondet contrariæ parti. Nihilominus magis placet posse emphyteusim sicut & fructuarium mutare formam, & conuertere illam in aliam vtiliorem, si ex ea mutatione maior speretur vtilitas: argumento *l. Diuus, ff. de vsu & habitation.* facit regula *l. 2, ff. de iurisdict. omn. iudic.* præsertim quando ex consuetudine Regionis, ille, qui habet ius in fundo, seu emphyteusi, potest extirpare vineam, & terram aratoriam facere, vel è contra; nam tunc ratione consuetudinis censebitur permissum, quod aliàs videbatur prohibitum: iuxta Cæpolam *supra, c. 22. n. 10.* Gamm. *decis. 147. ad fin.* Idem de emphyteuta, cui area conceditur in emphyteusim, & traditur emphyteusis ad meliorandum. Atque ita tacitè videtur concessum in re emphyteutica, vt fiant melioramenta: Pinel. *in l. 1. C. de bon. matern. 3. p. num. 52. ad fin.* & asserit molin. *de primog lib. 1. cap. 22. num. 7.*

DIFFICVLTAS OCTAVA.

§. VIII.

Pater nominauit filium simpliciter ad emphyteusim; filio mortuo antequàm dominium haberet, reuersa est emphyteusis ad patrem nominantem; quæritur an filius fecerit fructus suos, quos percepit viuente patre.

Responsio est negatiua; quia nominatio nondum sortita fuit suum effectum, neque in dominium filij translata est emphyteusis; ideò si nepotes velint partitiones facere cum patruis, tenentur conferre fructus, quos pater nominatus, dum vixit, recepit ex emphyteusi: pater namque sibi retinuit dominium, filius autem recepit fructus ex re omninò aliena: igitur non fecit illos suos, sed tenetur restituere: ita Petrus Barbos. *2 p. l. diuortio, § fin. n. 48.* Menoch. *remed. 15. recuperand. num. 508.* Valasc. *de iur. emphyt. q. 25. n. 19.* per Glossam singular. *in l. emptor, in verbo, superfluum, in fin. de rei vendicat.* negantem fructus interim perceptos compensari; quod probat Tiraq. *de retract. conuent. § 7. gloss. 1.* cum aliis. Et confirmatur ex eo, quòd nominatio facta fuit simpliciter sine translatione dominij, ac iuris in filium. Cùm ergo decessisset antequam esset dominus, non fecit fructus suos, & ex consequenti nepotes ex filio, si velint cum patruis ad hæreditatem vocati, debent adducere quidquid eorum pater ab auo accepetit: Barbos. *in l. post dotem, ff. solut. matr. à n. 52.* Gomes. *in l. 29. Tauri, n. 4. ad fin. vers. sed ego:* vbi vult nepotes teneri conferre, & imputare in successione aui, sicut filius, & filia, pater, vel mater eorum tenentur: per *l. illam C. de collat.* 2.

LIBER OCTAVVS.

De obligationibus Dominorum erga Vasallos, seu Feudatarios, & vice versa.

DISPVTATIO XVI.

De origine Feudorum, quid sint feuda, & vnde dicantur.

---

§. I.

Vtrum iure Romanorum sint inducta Feudorum iura?

EPITOME.

1 *De origine Feudorum varia sunt traditiones, & quod nomen sit feudum.*
2 *Ius feudorum cum iure militia quandam habet similitudinem, non tamen fuit cognitum à iure Romanorum.*
3 *Iuri Romanorum feuda fuisse incognita est communiter receptum, quamuis contradicat Zazius.*
4 *Feuda à publico patrimonio ortum habent, & ad quid fuerunt introducta?*
5 *Feudorum vsus secundùm communem à consuetudinibus originem duxerunt.*
6 *Feudorum consuetudines ab Oberto de Orto fuerunt compilata, & in scriptis redacta.*
7 *Consuetudines feudorum sunt naturales, obligant Principes, & habentur pro iure communi.*
8 *Ius naturale est potentius, quam principatus.*
9 *Feuda à iure communi recipiunt interpretationem, nisi aliquid specialiter in libro feudorum dicatur.*
10 *Ius feudorum in scriptis redactum, non dicitur ius scriptum, sed consuetudo; & cùm allegatur, additur.* In vsibus feudorum.
11 *Ius feudorum allegari potest absolutè in causis feudalibus, non tamen est ius ciuile scriptum.*
12 *Ius feudale non valet extra causas feudales decisas per ius ciuile.*
13 *Ius feudorum debet seruari etiam in feudis Ecclesiasticis, nisi iure Canonico aliter sit expressum.*
14 *Consuetudines feudorum generales pro iure communi habentur, & habent vim legum quoad casus expressos; secùs de iure feudorum singulari.*
15 *Feudorum quæstiones debent à domino decidi, quamuis dominus sit Ecclesiasticus.*
16 *Siue quæstio sit de proprietate feudi, siue de possessione.*

17 *Feudum si negetur ad dominum pertinere, quis erit index?*

18 *Ecclesiasticus contra laicum cognoscit de causa feudali, quando tenet feudum ab Ecclesia.*

19 *Ecclesia quoad bona feudalia accepta à domino temporali ligatur legibus feudalibus laicorum.*

1. POst absolutam tractationem de emphyteusi, operæ prætium duxi materiam feudalem hoc loco adnectere, propter affinitatem, quam in aliquibus habet emphyteusis cum feudo; licèt in multis differant inter se.

Nomen ergo *Feudi* Longobardum esse, non autem Latinum tradit Antonius Faber *in Codice Fabrian. lib. 4. tit. 42. definit. 51. num. 1. in allegatione, vol. 1.* & alij multi. Nihilominus si vera est illorum opinio dicentium, vt infra dicemus, feudum à fide denominari, quod & Bald. & Iason *in Præludiis feudorum* docuerunt, sequitur Latinum illud esse compositum, de quo scribit Francisc. Hottoman. *in disp. Feudistica cap. 1.* Camill. Burrel. *de feudis dignitatum lib. 1. cap. 2. versiculo vnde mea fert opinio*, & pleniùs, *de Regis Catholici Præstantia, cap. 64. num. 157. cum pluribus sequentibus.*

De origine Feudorum sunt traditiones variæ, quæ inter se non omninò conueniunt: nam Luc. de Penna *in l. quicunque, C. de omni agro deserto lib. 11.* tradit contractum feudalem fuisse tempore Iustiniani, quod probat *ex §. per traditionem, Inst. de rerum diuis.* vbi declarat, verbum *Stipendiaria*, de prædiis datis militibus, vt ex eorum fructibus alerentur stipendiorum nomine tanquam Reipublicæ seruientes sine aliis stipendiis, subdens ea prædia fuisse assignata militibus veteranis in præmium emeritæ militiæ. Sed in hoc discordat à communi, quia feuda non conceduntur propter præclara facinora in bello iam gesta, sed plerumque propter militiam futuram, & vt bello adsint.

Francisc. autem Connanus *in commentariis iuris lib. 1. cap. 9. num. 5.* vult feudorum mores manasse à Gallis ad Germanos, Italos, & Hispanos, & ad alios Europæ populos iam à tempore Iulij Cæsaris *lib. 3. de bello Gallico*, vt ibi videri potest: Nihilominus non placet in eo, quod ait hos milites mortuo suo patrono sibi ipsis debuisse vitam eripere: quod quantum hodie ferinum sit, manifestum est.

Sequitur traditio, quæ tribuitur Lælio Taurello *in libello suo*, quem inscripsit *de Militiis*, asserenti hæc iura feudistica referri ad agros extremos, & limitaneos Imperij, quos Imperatores donabant militibus, vt eorum essent, si eorum hæredes militarent, quia attentius militaturi essent, si sua etiam rura tuerentur: Sed in eo displicet, quatenus dabantur, vt militea quiescerent, & in otio acturi vitam paratas epulas haberent, quibus fruerentur: nec non . i limitibus Imperij se alentes agros suos ab ..ionibus hostilibus, & Imperij fines defenderent. Accedit, quòd hos agros assignabant senibus, & edentulis, vt se ipsos alerent: at verò feuda concedi solent plerumque adolescentibus neruosis, robustisque, qui militare possunt, & quò velit dominus deduci ad seruiendum: Lampridius *in vita Alexandri.*

2. Resolutio sit, quamuis ius feudorum cum militiæ iure quandam habeat similitudinem, non tamen fuit cognitum à iure Romanorum: ita Andr. de Isernia *in prælud. feudor quæst. 4. num 41. & 45.* Afflictis *ibidem quæst. 3. col. 2.* & videtur verosimile, ex eo quòd feudorum vsus inducit quandam speciem seruitutis non modò rerum, sed etiam personarum, & singulis personis tribuit iurisdictionem, quæ ex iure Romanorum apud Principes, & magistratus esse debet: Bald. *in cap. quæ in Ecclesiarum, num. 21. in fin. de constit.* Crauetta *cons. 241. num. 15.* & dicitur *in l. non est singulis, de regul. iuris.*

Iuuat iuri Romanorum, vt dictum est, feuda 3.
fuisse incognita, communiter esse receptum; vt vltra præcitatos meminit Aluar. *in prælud. feudorum. quæst. 7. & in cap. 1. num. 3. de controuers. inter Dominos, & Vasal.* Iuli. Clar. *§. feudum, quæst. 1.* Neque apud veteres Iurisconsultos *in libris Pandectarum*, neque apud Imperatores *in libris Codicis Theodosiani, & Iustinianei* mentio vlla feudorum fit, quæ cùm speciali obseruatione fuissent notanda, immeritò dicerentur neglecta; maximè cùm Iustinianus antiquitatum fuerit obseruantissimus, *Instit. de testament. in principio.* Quamobrem Zazius in *Epitome feudor. 1. part. de orig. feudor.* minùs bene putat, feuda à vetustis Romanorum moribus originem duxisse, quem sequitur Valasc. *de iur. emphyt. quæst. 39. num. 1.* Sed melius & certius tradunt, qui dicunt incertam esse originem feudorum, neque ex antiquis scriptoribus eorum initium deprehendi.

Præterea dicendum est feuda à publico patrimo- 4.
nio ortum habuisse. Probatur *ex §. optimum, in auth. de exhibend. & introducend. reis.* & apertiùs id ostenditur *ex cap. 1. de prohibita feudi alienat. per Lothar. & in cap. 1. §. præterea si quis, de prohib. feudi alienat. per Federic.* Luc. de Penna *in l. 2. vers. quod autem feuda magis fiscalia, de fundo patrimon lib. 11.* Afflict. *decis. 19. num 2.* & Angel. *in vsibus feudor.* idem Afflict. *decis. 361. num. 40.* & Andr. *in præl ud. feudor. quæst. 4. num. 43.* fuerunt ergo introducta feuda, vt Principes abundarent delectu, ac militibus: qui prælio simul cum dominis adessent, & eos ab hostibus defenderent: *cap. 1. de Capitulis Conradi*; ex quo deducitur feuda ex militia principium duxisse; vt notat Chassaneus *in Catalogo gloriæ mundi, consider. 6. num. 10.*

Insuper communis sententia etiam est, feudorum 5.
vsus à consuetudinibus originem traxisse, & ideò consuetudines dicuntur; quasi in se sapientiam non haberent: tamen fuerunt introductæ secundùm vsum ab antiquis Sapientibus institutum: proinde consuetudines appellantur, quæ postea ab Oberto de Otto
fuerunt conscriptæ, vt constat *ex cap. 1. de cognitione* 6.
feudorum: atque ita feudistica iura à consuetudinibus proficisci patet: Iul. Clar. *§. feudum, quæst. 1.* quidquid Zazius velit *in Epitome feudorum part. 1.* Facit quòd feuda nullam habent regulam præscriptam nisi à consuetudine feudorum: Bald. *in cap. quæ in Eccles. num 20. vers. idem in pensionibus, de constit.* & hoc in specie probatur *in cap. significauit, de rescript.* Cùm
ergo huiusmodi consuetudines sint naturales, obli- 7.
gant Principes, & habentur pro iure communi. Est enim ius naturale potentius, quàm principatus;
Bald. *in cap. 1. §. notandum est autem, num. 2. qui feud.* 8.
dare possunt, & cap. 1. de feudi cognitione, vbi ait feudales consuetudines pro iure communi obseruari debere; & Hieronym. Gabriel. *cons. 81. num. 65. lib. 1.*

Imò feuda à iure communi recipiunt interpre- 9.
tationem, nisi aliud specialiter *in lib. feudorum* sit dictum *cap. 1. §. strenuus*, cum Gloss. *de feudi cognitione.* quam *ibi* Bald. ait esse dignam notatu.

Cæterum ius feudorum ex consuetudinibus 10.
compilatum, & in scriptis redactum; non dicitur tamen ius scriptum, sed consuetudo, & dum allegatur aliqua rubrica, seu titulus feudalis, semper additur: *In vsibus feudorum*: ita solent loqui Iurisperiti. Iul. Clar. *§. feudum, quæst. 2.* Caccia Lup. *de feudi cognitione, art. 5. num. 1.* quin etiam ius feudorum allegari potest ad decisionem causarum absolutè, modo causæ sint feudales, quia liber habet authori

authoritatem ex tanto tempore, cuius initij non est memoria: non tamen est ius ciuile scriptum, quia à principio sine scripto illud vsus approbauit: Card. Mantica *de tacitis, & ambiguis conuentionibus, part. 2.*
12. *lib. 14. titul. 1. num. 3.* Non autem valent iura feudalia ad causas non feudales, quæ repeciuntur decisæ per ius ciuile: Gloss. & *ibi* text. *in cap. 1. de feudi cognitione*, & *ibi* Bald. Et quamuis ius feudorum dicatur ius ciuile, non tamen ita censetur.

13. Ad hæc ius feudorum debet obseruari etiam in feudo Ecclesiastico, nisi à iure Canonico aliud specialiter sit expressum: Bald. *in cap cæterum, num. 2. de iud. Anch. cons. 147. num. 1. post medium*, Alexand. *cons. 98. num. 8. lib. 6.* Afflict. *in cap. 1. §. præterea, num. 9. de prohibita feud. alienatione, per Frideric.*

14. Insuper potest dici, quòd licèt consuetudines feudorum generales pro iure communi debeant obseruari, vt notat Bald. *in cap. 1. in principio, num. 6. de feudi cognitione*, & est communis sententia, quòd vim legis obtineant, vt tradit Zazius *in epitome feudorum, in principia, num. 3.* & obstringant etiam Ecclesias, & personas Ecclesiasticas; vt vult Clarus *in §. feudum, quæst. 3. ad finem*: attamen hoc procedit quoad casus expressos, prout loquitur Bald. cùm autem ius feudorum sit singulare, non potest in aliis causis venire in consequentiam: *l. quod vero, cum seqq. ff. de legib.* & Bart. *in l. vt iurisiurandi, §. si liberi, num. 6. ff. de oper. libert.* maximè in quibus disponitur contra animarum bonum, & in præiudicium Ecclesiarum, quibus ius commune maximè fauet: *cap. vlt. de re iudicata*, & *l. sunt personæ, ff. de religiosis, & sumptibus funer.*

15. His adde feudorum quæstiones debere à Domino terminari: *cap. nouit, de iudiciis, & cap. ex transmissa, & cap. verum, de foro compet.* Menoch. *cons. 2. num. 10. & 11.* quamuis dominus feudi sit Ecclesiastica persona; quia ratione feudi Ecclesia & Clerici Domino laico subduntur: Abb. *in cap. cæterum, de iudic. num. 6. & 22.* Bald. *ibi, num. 2.* Felin. *num. 1.* Villalob. *Communium opinionum, verba, Clericus, num. 17.* Gutier. *de iurament. confirmat. part. 3. cap. 12. num. 8. & Practicarum, lib. 3. quæst. 24. num. 11.* Farinac. *in praxi crimin. quæst. 8. num. 22.* Soar. *de fidei defens. lib. 4. de immunit. cap. 14. num. 12.* hoc autem domino feudi datum est priuatiuè in causis feudi respectu aliorum iudicum, & ideò vasalli in illis causis nequeunt prorogare aliorum iudicum iurisdictionem sine domini directi consensu; Cened. *ad decretates Collectaneo 37. num. 5.* D. Barbusa Lusit. *in l. 1. ff. de iudic. articul. 4. num. 51.*

16. Quod procedit, siue quæstio sit de proprietate, siue de sola possessione feudi, Menoch. *d. cons. 2. num. 97.* Villalob. *suprà, tom. 1. lib. 1. titul. 11. num. 4. pag. 181.* Farinac. *d. quæst. 80. num. 12. vers. & hoc siue agatur.* Quin etiam Iudex secularis Dominus feudi potest suam sententiam mandare executioni contra vasallos etiam Clericos, vt tenet post plures Belletus *disquisition. clerical. part. 1. tit. de fauore Clericorum reali, §. 3. num. 4. vers. hinc infertur.*

17. Quòd si negetur feudum ad dominum pertinere: in hoc casu vasallus conueniri non potest, nisi priùs à non suspecto Iudice iurisdictionis fundamentum decidatur: Menochius *d. consilia 2. num. 95. & consilio 301. num. 55. & consilio 322. num. 16.* Eodem modo si quæstio non sit de feudo, neque de natura feudi, tunc erit iudex Ecclesiasticus ipsius Clerici: Hostiens. *in cap. cæterum, de iudic. num 6.* Abb. *n. 13.* Felin. *num 8.* Socin. sen. *consilio 12. num. 22. vol. 1.* prout etiam quæstio quando fuerit inter vasallum, & alium non vasallum: ita Carol. de Grassis *de effectibus Clericalibus effectu 1. num. 740.*

18. Contra verò, Ecclesiasticus cognoscit contra Laicum de causa feudali vbicunque aliquis laicus tenet feudum ab Ecclesia: Menoch. *remedia 3. retinendæ, num. 409.* Amed. à Ponte *in tract. quis sit iudex in causa feudi, col. 81. in fine.* Surd. *consilio 193.* Armendar. *in addit. ad recopil. legum Nauarræ, lib. 1. tit. 4. l. 4 num. 41.*
Sicut Ecclesia quoad bona feudalia, quæ tenet à do- 19.
mino temporali ligari legibus feudalibus laicorum, vt dictum est; & subest domino temporali: Sbroz. *de officio Vicarij, lib. 2. quæst. 26. num. 25.* & August. Barbos. *in cap. verum, de foro compet. num. 5.*

---

§. II.

Quid sit feudum.

EPITOME.

1 *Quid sit feudum, & quomodo definiatur?*
2 *Aliorum Authorum descriptio eiusdem feudi.*
3 *Definitiones feudi explicantur, & particula singulatim.*
4 *Molendina an sint computanda inter bona immobilia?*
5 *Feudum etiam est beneficium: & cur ita dicatur?*
6 *Proprietas feudorum, & vtile dominium penes quem remaneant?*
7 *De natura feudi est, vt transeat ad alios, & ad quos?*
8 *Feudum tribuitur pro seruitio certo, & incerto?*
9 *Septem sunt necessaria ad feudum proprium constituendum.*
10 *Feudum an possit constitui pro annuo censu, aut pecunia?*

INcipiendo à definitione. Feudum communiter 1.
definitur, Concessio rei immobilis, vel æquipollentis cum translatione dominij vtilis, retenta proprietate, sub onere fidelitatis, & seruitij personalis exhibendi: F. Molina *de iust. tractat. 2. disput. 10. pag. 94.* Lessius *eodem titulo, lib. 2. cap. 24. dub. 1. num. 15.* Iul. Clar. *§. feudum, quæst. 4. num. vnica*, & Bonacin. *de contractibus, disput. 3. quæst. 8. puncto 1. vers. secunda propositio, num. 2.*

Petrus Gregor. verò *prima parte, in Syntagmate* 2.
iuris vniuersi, de feudi descriptione, lib. 6. cap. 2. num. 3: & Cardinalis Mantica *2. part. de tacitis, & ambiguis conuentionibus, lib. 23. titul. 2. num. 2.* ita describunt: Feudum est beneficium, quod ex beneuolentia ita datur alicui, vt proprietas quidem rei immobilis beneficiariæ penes dantem remaneat, vsus autem fructus illius rei ita ad accipientem transeat, vt ad illum, hæredésque suos masculos, siue fœminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat; ea lege, vt ille, & sui hæredes fideliter Domino seruiant: siue illud seruitium, qualiter esse debeat, sit expressum, siue indeterminatè sit promissum.

Hæc autem definitio coïncidit cum priori, vt de- 3.
ducitur *ex cap. 1. in quibus causis beneficium amittatur*, ita Hostiens. *in summa in tit. de feud. §. 1.* Aluarot. *in præludio feudorum, col. 4. vers. quæro quartò*, Iacob. de Ardizo. *in summa feudor. cap. 3. & Cardin. Zabarel. in d. cap. 1. num. 1.* & Imola *num. 34. extra, de feud.* eámque exponit Bald. *in prælud. feud. num. 8.* Dicitur ergo feudum, Concessio rei immobilis, vel illius, quod immobile censetur: non enim feudum potest consistere in re mobili, sed in re immobili: Bald. *suprà, col. 6.* per text. *in cap. 1. de controuers. inter vasallum, & Episcop.* vel æquipollentis, quæ inter immobilia numeratur, veluti cum feuda de Camera, vel de Cauea constituuntur, hoc est de annonis ciuilibus, quæ inter immobilia numerantur, Ioann. Le Cirier *de pri-*

mogenitura, lib. 2. quaest. 4. num. 14. dicens redditus annuos inter immobilia computari: *§. cumque annui redditus, in Clement. exiui, de verb. signific. l. iubemus nulli, in principio, C. de sacros. Eccles.*

4. Quinimo in Molendinis potest feudum consistere, quoniam inter immobilia referuntur: iuxta Angel. *in l. non solum, ff. de petit. hared.* Bald. *in l. certi iuris, C. locati*, vbi vocat Molendinum prædium rusticum, & ratio Angeli *in §. 1. in authent. de non alien.* est, quòd mobilia cohærentia immobilibus, censentur immobilia, *§. fin. feud. cognit. lib. 2. feud. tit. 1.*

5. Præterea feudum secundùm aliam diffinitionem, dicitur beneficium; quoniam procedit ex beneuolentia, & gaudium tribuit accipienti: & beneficij nomen genus est, quod continet alia beneficia, idest alias beneuolas concessiones, quibus ex feudo, vt interest hominis, homo afficitur beneficio: *l. seruus ea lege, de seru. export.* & continet etiam priuilegia, *l. fin. de constit. princip.* Petrus Gregor. *d. cap. 2. num. 4.* & ex hoc, qui beneficium, seu feudum accipiunt, beneficiarij sæpe in feudis vocantur. Item dicitur feudum beneficium, eò quia plurimum habet gratiæ, quamuis non sit omnino gratuitum: *l. Titius puerum, de obsequiis libert.* & est etiam feudum species beneficij, per text. *in cap. vnico, in fine, in quibus causis feudum amittatur.* Non tamen sub prætextu pecuniæ, sed ex honore, & amore domini acquirendum est.

6. Penes item Dominum proprietas, seu directum dominium reseruatur, vt patet ex definitione, & penes beneficiarium seu vasallum vtile dominium retinetur: Gloss. & Interpretes *in §. praterea, de capitul. Corradi, cap. 1. §. 1. de inuestitura de re aliena fac.* Verumtamen hoc non videtur de substantia feudi: nam hoc mutari potest ex pactu, vt vult Cardin. Mantic. *de tacitis, & ambiguis, part. 2. lib. 23. tit. 2. num. 13. & 14.* post alios.

7. Sequitur particula, *ad eum, haredésque suos transeat*, ex qua colligitur esse de natura feudi, vt ad hæredes capientis deuoluatur, *cap. 1. de natura successionis feudi.* Dictum est *masculos*: quia feuda postulant masculos: & non admittunt fœminas, nisi ex conuentione aliud dicatur, *c. 1. vers. hoc quoque notandum, de his qui feuda dare possunt.* 8. Si autem feudum sit fœmineum, excluduntur fœminæ, quandiu masculus superest, vt est *in cap. 1. de feudo famineo*: Additum est, *vt ille, & sui haredes fideliter Domino seruiant.* Hæredum nomine veniunt hæredes sanguinis, hoc est descendentes: *cap. 1. §. & si Clientulus, de alienatione feudi*, Gloss. *in l. ex facto, § vltimo, ff. ad Trebell.* Bart. *in l. Gallus, §. etiamsi parente, n. 4. ff. de liber. & posth.* Bal. *in praelud. feudor. num. 25.* Decius *cons. 185. n. 3.*

Item debent vasalli fideliter seruire: ex quo sequitur retributio seruitij pro concessione feudi: id enim est onus impositum per quod apparet feudum esse contractum vltro citróque obligatorium, in gratiam vtriusque datum. Vnde si vasalli seruire recusent amittunt feudum: & nulla est iustior causa amittendi feudum, quàm si id ob quod beneficium datur, vasallus seruire noluerit: *cap. 1. §. sed non est alia, Qua fuit prima causa beneficij amittendi*, & procedit hæc causa ex primo contrahentium consensu, & ita manat ex radice contractus: Bal. *in praelud. feudor. num. 26.*

Porrò seruitium Domino præstandum vel est certum, vel incertum: quòd si concedatur pro certo seruitio, feudum est improprium, quia de natura feudi est, quòd seruitium sit incertum; prout vult Zazius *in epitome feudorum, part. 12. num. 13.* Item si seruitium est certum, & certo mense, ac die est exhibendum, feudatarius debet præstare dictum seruitium, quamuis ad illud non sit vocatus specialiter: quoniam cùm tempus sit certum, & determinatum, dies interpellat pro homine: Afflictus *in cap. 1. § sed nec est alia, num. 15. qua fuit prima causa beneficij amittendi*: Secùs si seruitium est incertum; tunc enim vasallus non tenetur nisi vocatus seruitium impendere: *cap. 1. §. licet vasallus, Si de feudo fuerit controuers. inter Dominum, & agnatos vasall.* And. de Ysernia *in cap. 1. §. sed nec est alia iustior. circa princip. qua fuit prima causa beneficij amittendi*, & Afflict. *ibidem, num. 2.* nisi vasallus certò cognouerit dominum esse in prælio: quoniam tunc tenetur seruire etiam non vocatus, neque interpellatus, prout habetur *in d. cap. 1. §. praterea Qua fit prima causa benefic. amittendi.* Insuper quando seruitium est incertum, vasallus inscio domino potest feudo renunciare, nec tenetur amplius seruire: *c. 1. §. vltimo, de vasallo qui contra constitutionem Lotharij beneficium alienauit*: Secùs si seruitium est certum: tunc non potest vasallus renuntiare feudo inuito domino: Gloss. *in cap. 1. §. vltimo, de Capitaneo qui Curiam vendidit, an intelligitur beneficium vendidisse*: Corneus *cons. 239. lib. 1. num. 20.* Valasc. *de iure emphyt. quaest. 24. §. 22.* & Iul. Clar. *§. feudum, quaest. 34.*

9. Ex dictis sequitur in hac feudi definitione septem requiri, vt Feudum vocetur propriè Feudum. Primum, vt sponte datum sit, non autem coactè. Secundum, vt dominium directum maneat penes dantem. Tertium, vt vtile penes accipientem cum vsufructu retineatur, vt iam memini. Quartum, vt feudum consistat in re immobili, vel æquipollenti; vt dicitur *in §. vltimo, de feudi cognitione, lib. 2. tit. 1.* Quintum, quòd perpetuò transeat ad masculos liberos descendentes. Sextum, quòd fidelitas, & seruitium præstetur. Septimum, vt gratis concedatur, hoc est sine pensione, & sine interuentu pecuniæ: ita Ioann. Le Citier *de primogenitura, lib. 2. quaest. 4. num. 12. & sequentibus*, Petr. Gregor. *1. part. iuris vniuersi, lib. 6. cap. 2. num. 6.*

10. Quid ergo, si feudum pro annuo censu concedatur, vel pro pecunia. Ad primum dico censendum potiùs contractum emphyteuticum, quàm feudalem, Ioann. Le Cirier *d. quaest. 4. num. 16.* Idem quoad secundum: nam emphyteusis potest concedi pro pecunia, & vendi: imò secundùm aliquos, requiritur, quòd detur aliquid pro ingresso, vt Valasc. *de iure emphyt. quaest. 10.* Contra verò si concedatur feudum pro pecunia, quod fieri posse tradit Bal. Aluar. & Iacob. de Ardizon. *in cap. 1. de natura feudi*, per text. *ibi*, & per textum *in cap. 1. §. final. qui feudum dare possunt*: tamen quando ita conceditur non est proprie feudum, neque strictè: quia non est beneficium: Bal. *in l. si quam, C. de oper. libert.* Alexand. *cons. 54. num. 2. vol. 2.* quoniam feudum gratis, & ex beneuolentia debet concedi: *cap. 1. in fine, ex quibus causis feudum amittatur.* Nihilominus quamuis in hoc casu non sit propriè feudum, respectu emptitiæ conditionis: quoad cætera autem rectum erit feudum, & regulabitur secundùm leges feudorum: Iul. Clar. *§. feudum, quaest. 16.* Valasc. *de iure emphyt. quaest. 39.*

§. III.

Feudum vnde dicatur.

EPITOME.

1 *Feudum vnde dicatur? à fidéne, an à fidelitate, & secundùm aliquos à fœdere.*
2 *Inuestiri non debet, qui fidelitatem seruare recusat.*
3 *Fidelitas est de substantia feudi, & ideo remitti non potest, neque separari a feudo; etsi, iuramentum remittatur.*

4 Feudum

4 *Feudum an poſſit conſtitui ſine fidelitate?*
5 *Feudi natura mutari poteſt per pactum, modus autem inueſtituræ eſt ſeruandus.*
6 *Feudum eſt contractus bonæ fidei.*
7 *Sed melius dicitur contractus ſtricti iuris.*
8 *Feudum eſſe contractum obligantem ex vtraque parte oſtenditur, neque vaſallum poſſe reuocari ſine cauſa etiam à ſucceſſoribus.*
9 *Feudatarius debet eſſe fidelis domino, eiúſque honori, ac vitæ tenetur conſulere.*

1. DE feudo & eius nominis etymologia ſecundùm aliquos tactum eſt §.1. & eſſe feudum Latinum nomen iuxta Franciſc. Hottoman. *in diſput. Feudiſtica, cap.1. ibidem, d.§.1. num.1. verſ. nomen ergo.* Non deſunt tamen, qui negant feudum eſſe Latinum nomen, ſed Italicum videri, cùm apud Italos *fides* vulgari idiomate vocetur *la fede*; Vnde *Feudum:* Sed ſi feudum dicitur à fide conſiderata declinatione magis fidum, quàm feudum dici debuiſſet. Sit ergo bonis auibus cum vulgari feudum à fide, ſeu fidelitate profectum; vt colligitur *ex §. per quos fiat inueſtitura, & per quos recipiatur, lib.2. feudor. tit.3.* Iul. Clar. *§. feudum, quæſt.5.* ſecundùm communem, quia in feudo maximè fidelitas conſideratur: Valaſc. *ſuprà, quæſt.18. verſ. feudum etenim.* Petrus Gregor. *1.p. Syntagm. iuris vniuerſi, lib.6. cap.2. num.1.* Cardinalis Mantica *de tacitis & ambiguis, part.2. lib.23. titul.1.* quamuis dici feudum *à fœdere* putant, qui cenſent ita vocari ex certis fœderibus in forma fidelitatis vltro, citróque conſcriptis: vt volunt Zaxius *in epitome feudorum, part.1. num.1.* Valaſc. *d. cap.18. de iure emphyt. col.5. verſ. vel à fœdere,* & Petrus Gregor. *vbi proximè:* ſed magis feudum dici à fide, ſeu fidelitate traditur, quia fidelitas eſt propria feudi ſubſtantia: Ita Scribentes communiter, quos ſequitur Petr. Rebuff. *in declaratione feudorum, col.2. verſ. ſecundo quæritur.* Vnde dicitur feudum *à fide* nulla mentione facta *fœderis*. Sequitur Bonacina *de contractib. diſput.3. quæſt.8. puncto 1. num.1.* atque ita non debet inueſtiri, qui fidelitatem ſeruare recuſet: Hoſtienſ. *in ſumma, rubrica de feudis, §. vnde dicatur.* Panorm. *conſ.82. Quanquam ex his, col.1. vol.1.* Corn. *conſ.16. Aperta fronte, col.1. vol.1.* Cardinalis Mantica *d. lib.23. tit.1. num 9. & 12.* niſi eo pacto ſit ei feudum acquiſitum, vt ſine iuramento fidelitatis habeatur, vt dicitur *in cap.1. in fine, per quos fiat inueſtitura.*

2.

3. Fidelitas ergo, vt dictum eſt, cùm ſit propria feudi ſubſtantia, vt docet Andr. de Iſernia *in cap.1. § huius generis, num 9. in quibus cauſis feudum amittatur,* & Iacob. de Ardizon. *in ſumma feudor. cap.4. in rubr. vnde dicatur feudum,* ſequitur fidelitatem remitti non poſſe, vt vult Dom. Syluius Aldobr. *in conſ.1. num.257.* Decian. *conſ.19. num. 203. & conſ. 58. num 47. lib.2.* & Menoch. *conſ.1. num.28. & conſ.65. num.18.* quamuis iuramentum fidelitatis remitti poſſit: Curt. iun. *de feudis, 1. part. principali, quæſt.7.* Zazius *in epitome feudor. p.1. de origine feud. num.8.* & ex conſequenti fidelitas à feudo ſeparari nequit. Idem Curt. iunior, & ideò in omni caſu debet eam cuſtodire vaſallus, quoniam ſine fidelitate feudum non poteſt conſtitui.

4. Nec obſtat *cap.1. §.1. in fin. quæ fuit prima cauſa beneficij amittendi,* ex quo videtur colligi poſſe conſtitui feudum ſine fidelitate: Quia dicitur non eſſe propriè feudum, nec poſſe feudum vocari, niſi Dominus voluerit expreſsè: Gratus *conſ.9. num.120. in fin. lib.1.* Si autem loco fidelitatis ponatur cenſus annuatim ſoluendus, ſapit emphyteuſim, vt dictum eſt: quòd ſi detur pecunia, eſt potiùs venditio, quàm feudum: Ioann. Le Cirier *ſuprà, lib.2. quæſt.4.* vbi pro hac parte citat Franciſc. Curt. & Specul. *in tit. de locat. §. nunc aliqua, verſ.4. in fin.* & *ibi* Bald. *in addition. ad ipſum.*

5. Hinc patet poſſe mutari naturam feudi per pactum initum inter dominum, & vaſallum in aliquibus, conſeruata in aliis natura, & ſubſtantia feudi proprij: prout dicitur *in cap.1. in fin. de feudo non habente propriam feudi naturam, & iure feudi cenſetur, cap.1. §. præterea, quid ſit inueſtitura feudi.* Hoc autem non procedit in iis, quæ veniunt in conſequentiam pacti celebrati contra naturam ipſius feudi: ita Socin. ſenior *in l. Gallus, §. etiamſi parente, num.6. verſ. aliquando & ſecundò, ff. de lib. & poſthum.* Neque ambigi poteſt, modum inueſtituræ eſſe ſeruandum, licèt natura feudi repugnet: *cap.1. in fin. de duobus fratribus à Capitaneo inueſtitis,* & *ibi* Bald. & Curt. iun. *de feudis, quæſt.6. num.30. & 31.* quibus relatis accedit Cardinalis Mantica *de feudis, lib.23. tit.2. num.26. & 27.* Vide *ſuprà, §.2. ad finem, num.10.*

6. Controuertitur, ſitne feudum contractus bonæ fidei, an ſtricti iuris? Franciſcus Connan. *lib.7. commentar. iuris ciuilis, cap.12. num.1.* vult eſſe bonæ fidei; idem Cardinal. Mantica *d.2.p. lib.23. tit.1. num.19.* tradit. Ratio, quia in iudiciis, & cauſis feudorum, æquitas potiſſimùm ſeruatur, quæ maximè contractibus bonæ fidei conuenit: *l. conſenſu, ff. de oblig. & action. l.3. C. pro ſocio.*

7. Sed meliùs feudum eſſe contractum ſtricti iuris volunt Bald. *in cap.1. in principio, col.2.* & *ibi* Aluaro. *de feudi cognitione,* Socin. *conſ.156. vol.2.* Valaſc. *de iur. emphyt. quæſt.38. num.21.* atque ita agentes de feudo debent ſtricto iure procedere: non autem ſuper feudo ex æquo & bono definiendum eſt. Iuuat *§. actionum, Inſtit. de actionibus,* in quo nulla mentio fit de feudo, ſicut nec de emphyteuſi: ideò etiam eſſe ſtricti iuris diximus *ſuprà, diſput.9. §.1. num.8. & 9.*

8. Cæterùm quia feudum eſt contractus nominatus, & vltro, citróque obligatorius, tenetur dominus tradere feudum vaſallo, vt illud poſſideat: *cap.1. §. ſi factum de feudo: ſi de feudo defuncti fuerit controuerſ. inter dom. & agnat. vaſalli:* vaſallus autem tenetur eſſe fidelis, *c.1. de noua forma fidelitatis,* nec poteſt ſine cauſa ab ipſo domino dimitti, & multo minus ſine culpa. Sed nec etiam à ſucceſſoribus expelli poteſt ſine cauſa; ſiue detur pactum, quia obligat de iure naturæ; ſiue ſit beneficium, quia decet illud eſſe manſurum: *cap. decet, de regul. iuris, in 6.* & Bald. *in cap.1. §. notandum, num.2. de his qui feudum dare poſſunt.* Fidelitas igitur non ſolùm ſeruanda eſt à vaſallo ergà perſonam domini, ſed etiam erga bona ipſius, & honorem: per *cap.1. de noua forma fidelitatis,* Zaxius *in epitome feudorum, part.12. de feudis à recto feudo degenerantibus.* Quare alienum eſt à ſubſtantia feudi dominum nullo modo recognoſcere: vt notat Præpoſ. *in prælud. feudorum, num.17. ad finem.*

§. IV.

De forma iuramenti fidelitatis præſtandi à vaſallo Domino directo.

EPITOME.

1 *Forma iuramenti fidelitatis ſecundùm ius conſuetudinarium ſic habet.*
2 *Apud Gallos duplex eſt forma præſtandi hominium, vel iuramentum fidelitatis.*
3 *In Gallia quando vaſallus non admittitur à Rege ad oſculum.*
4 *Feudum in dubio præſumitur conceſſum ſecundùm ſuam propriam naturam.*

5 Iuramen

5 *Iuramentum fidelitatis non posse fieri per procuratorem ostenditur.*

6 *Actus quando requirit propriam personam non potest delegari.*

7 *Professio fidei, quam Episcopus electus facit, non potest fieri per procuratorem.*

8 *Iuramentum fidelitatis verius est posse fieri per procuratorem ex causa iusta: & num.9.*

10 *Professio fidei, quæ fit ab aliquibus in beneficiis promisis, potest fieri per procuratorem.*

11 *Iuramentum semel a vasallo factum quando sit repetendum? & num.12.13.& 14.*

15 *Hæredes vasalli defuncti an teneantur iurare Domino?*

16 *Potest quis se obligare alicui, & successoribus, non autem se, & successores.*

17 *Fœmina succedentes in feudo an teneantur præstare iuramentum fidelitatis.*

18 *Iuramentum fidelitatis an excludat fœminas à successione feudi? pars affirmans probabilis.*
Sed negans est probabilior, num.19. 20. 21. 22. 23.24. & 25.

1. FOrma iuramenti ex iure consuetudinario hæc est: *Ego iuro ad hæc sancta Euangelia Dei, quod amodò in antea ero fidelis Tibi, sicut debet esse vasallus Domino: nec id, quod mihi sub nomine fidelitatis commiserit Dominus, pandam alij ad eius detrimentum me sciente.* Habetur in §.1. *Qualiter iurare debeat vasallus Domino fidelitatem, lib. 2. feudor. tit. 5.* & Bald. *ibi.* Hoc autem iuramentum in his non fit, pro quibus fidelitas non est præstanda.

2. Apud Gallos ex consuetodine doplex est forma præstandi hominium, vulgò *hommage*, & iuramentum fidelitatis. Nam si feudum est simplex; vasallus authoramentum capit, seu hominium facit domino, nudato capite, iunctis manibus, dominúmque osculatur. Si autem feudum est ligium; homo ligius, mánibus iunctis super sancta Euangelia impositis, aperto capite, exarmatus & discinctus Dominum deosculatur; iuramento fidelitatis in vtroque interposito per hæc verba: *Domine, ego N. ingredior, & in eo fidem, & hominium vestrum, & me vestrum profiteor vasallum ratione illius loci, seu oppidi, quod accepi à Te ob talem, vel talem causam, &c. Polliceor ob id, & iuro nunc, & in antea Tibi seruire contra omnes, & adimplere capitula antiqua, & noua fidelitatis.* Quibus dictis Dominus respondet: *Recipio hominium tuum saluo iure meo, & alterius, & dicendo hoc deosculatur vasallum in maxilla.*

3. In Gallia autem non admittitur à Rege ad osculum vasallos ignobilis, quamuis habeat feudum nobile; vt vult Specul. *tit. de feudis, §. quoniam verò, vers. forma.* Reliqua verò in aliis locis obseruari solent in præstatione iuramenti. Quòd si Prælati recipiant, vel dent fidem, stolati esse debent præsentibus sacrosanctis Euangeliis: ita Andreas de Ysernia, & Card. Alexand. *in §.1. de noua forma fidelitatis*, & in his standum est consuetudini locorum.

4. Feodum item in dubio præsumitur concessum secundùm propriam eius naturam, nimirum vt iuramentum fidelitatis præstetur: ex *cap.1. de forma fidelitatis, cum titulo sequenti, de noua forma fidelitatis*, Bald. post Glossam *in cap.1. in principio, num. 2.* & Afflictus *num.3. de capit. Corradi.*

5. Vtrùm verò iuramentum fidelitatis præstari possit per procuratorem vasalli? quæstio est: Pars negans ex eo probatur, quia iuramentum fidelitatis, quod præstant Episcopi Sedi Apostolicæ tempore suæ consecrationis, personaliter præstari debet; Barbosa *in cap.4. Ego N. de iureiur. num.2.* & confirmatur *ex c. licet, 47. de testibus, vers. proprio iuramento,* vbi habetur, quòd quando iuramentum requirit, quòd fiat manu propria alicuius, non posse fieri per alium: quod etiam tradit Couarr. *in cap. quamuis pactum, de pactis, lib.6. 1.p. §.15. num.9. col.3.* Rebuff. *in tract. nominat. quæst.10. num.12.* quos sequitur idem Barbosa *in d.c. licet, num.5.* post Felin. *ibi, col.2. & c.1. de iureiur. in 6.* quoniam importat propriam industriam: Barbat. consentit *cons.76. Sapienter, col.3. & cons.88. col.6. in vol.4.*

Quinimò pro hac parte facit actus, qui requirit 6.
propriam personam; is namque delegari non potest: Aret. *in l.1. §.1.* & *ibi* Iason, & alij, *ff. de acquirenda possess.* Item quando in lege, vel Statuto præcipitur vt scribant, & Tabelliones subscribant, tunc est de forma subscriptio illorum, nec suppletur per alium: *l.1. C. de conuenicnd. fisci debitor. lib.10.* & omissio illius formæ annullat actum. Roman. *cons.103. Quoad primum, l.1. ff. de liber. & posthum.*

Iuuat professio fidei, quam electi in Episcopos, 7.
aut ad alium Episcopatum transferri, ex Pontificis præscripto faciunt in manibus Episcopi signari ab eodem, quæ aliter fieri non potest: vt ait Sanchez *in præcepta Decalogi, lib.2. cap.5 num.7.* vbi vult non posse fieri per procuratorem.

Pars tamen affirmans in nostro casu est verior, 8.
posse scilicet vasallum facere iuramentum fidelitatis domino per procuratorem ex voluntate domini, aut si iuramentum fidelitatis ab Vniuersitate, seu pago sit præstandum, vel si sint plures filij vasalli defuncti, qui in feudo succedunt: vnde si Dominus moriatur relictis pluribus filiis hæredibus, non omnibus hominium præstandum est, sed vni antiquiori sufficit præstari: Bald. *in cap. omnes, si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dominum & agnatos vasalli.* Ex consuetudine Parisiorum non admittitur præstatio hominij, & fidelitatis, nisi ex legitima excusatione, per procuratorem. Quòd si feuda ad dignitatem spectent, aut si personæ ratio est inenoda, vix dabitur locus, vt procurator possit facere hominium, seu iuramentum pro alio; eò quia, quæ sunt huiusmodi, coram, & sine mandato explicari debent.

Indistinctè tamen dici potest ex causa aliqua iusta 9.
posse fieri hoc hominium, homagium, seu iuramentum fidelitatis per procuratorem. Probatur, quia qui per alium facit, per se ipsum facere dicitur, vt est *in regula*: alioquin sequeretur notario absente, vel valetudinario, non posse rem alteri committi. Nec refert, si dicatur hoc propriis manibus debere fieri. Nam compaternitas contrahitur per procuratorem, secundùm communem *in cap. veniens, de cognat. spirituali*, Felin. *in cap. licet, de testib.* Suffragatur *c. si quis suadente, 17. quæst.4. iuncto cap. mulieres, de sentent. excommunicat.* Panorm. *in cap. final. de iuram. calumn.* ex quo deducitur non importari personalitatem, vel industriam, quando dicitur *tantùm manibus propriis*, adhuc enim potest fieri per alium; Cardin. *in Clem. de iureiur.* quando actus non est vel personalis, vel non est electa persona, nec industria illius, quamuis dicatur, *propriis manibus*: Bald. *in l. vnic. §. ne autem, C. de caduc. tollend.* Item valet actus non seruata forma vrgente necessitate: Alexand. & Socin. *in l.1. ff. de liber. & posthum.* Bald. *in rubrica, C. de fide instrum.* Necesse tamen erit, vt procurator protestetur se facere nomine mandantis: Bartol. *in l. ad testium, §. si ab ipso, de testam.* & in specie deciditur, §. *sed etiam, vers. sed vtrum ipse, vel alius pro se inuestituram faciat, vel suscipiat, nihil interesse putamus: potest enim hoc negotium & per procuratorem ab vtraque parte expediri, lib. 2. feud. tit. 3. & in §. item inuestitura, de notis feudorum, eod. lib. 2. titul. 58.* ibi: *inuestitura per se, vel per suum nuncium dari, & accipi potest.* Petr. Gregorius *d. 1. part. iuris vniuersi, lib. 6. cap. 2. num. 8. vers.*

vers. nihil autem interest, litera I. id ipsum tradit.

Quare fatendum est in nostro casu posse fieri hominium, & iuramentum fidelitatis domino à vasallo per procuratorem: vnde *in cap. 1. §. verum, de statu regularium, in 6.* habetur ex consensu domini posse vasallum iuramentum præstare fidelitatis per procuratorem habentem ad hoc speciale mandatum: Rom. *singulari* 198. Archid. *in cap. tibi domino, dist. 63.* Si tamen vasallus sit impeditus, ita vt non possit commodè accedere ad dominum, tunc inuito domino poterit mittere procuratorem cum speciali mandato.

Longè aliter de iuramento Episcopi, quod facit Summo Pontifici; id namque debet facere per propriam personam, vt probat argumentum *in principio*, & deducitur ex traditis per Couarr. *in d. c. quamuis pactum, 1. part. §. 5. num. 8. vers. sed si lex requirat*, pro quo faciunt verba Bullæ Summi Pontificis concedentis certo Episcopo, vt professionem fidei Episcopi electi acciperet, de qua Sanchez *in præcepta Decalogi, lib. 2. cap. 5. num. 7.* quæ sic habent: *Ne propter hoc ad Sedem Apostolicam accedendo personaliter laborare cogatur: volentes parcere laboribus, & expensis, Fraternitati vestræ committimus*, &c. At si posset præstari per procuratorem, non opus esset parcere laboribus, nec expensis; sed posset Episcopus facere facultatem Romano procuratori; vt Romæ nomine suo in manibus Pontificis professionem fidei præstaret: Ergo licèt iuramentum fidelitatis possit fieri à vasallo per procuratorem, præsertim quia *ex d. tit. 3. lib. 2. de feudis*, id conceditur fieri per nuntium: non tamen idem arguendum est de iuramento ab Episcopo præstando: Sanchez *in præcepta Decalogi, lib. 3. cap. 13. num. 21. 22. & 23.* cum aliis.

10. Hinc deduci potest decisio quæstionis, an professio fidei, quæ solet fieri à prouisis de beneficiis, fieri possit per procuratorem? Affirmant aliqui argumento iuramenti, quod potest per procuratorem præstari: *cap. final. de iuram. calumniæ, in 6. cap. 1. §. verum, de statu regul. in 6.* Nauarr. *lib. 1. cons. in 1. edition. tit. de summ. Trinit. cons. 4. num. 2. & in 2. edit. lib. 2. tit. de iureiur. cons. 11. num. 2.* Azor *2. part. Instit. moral. lib. 7. cap. 2. quæst. 6.* Debere autem fieri personaliter censuit Congregatio Concilij, vt notat Additio *ad Nauarri consilia, d. cons. 11. ad finem*, & refert Zerola *2. part. verbo, fidei professio.* Nihilominus posse fieri per procuratorem tradit Sanchez *suprà, lib. 2. cap. 5. num. 7.* quia in Concilio Trident. *sess. 24. cap. 12.* nullum est verbum ex quo colligatur professionem fidei esse faciendam per propriam personam.

11. Maior est difficultas an iuramentum fidelitatis præstitum semel domino à vasallo, sit iterandum eidem Domino ab eodem vasallo? Responsio est negatiua, nec potest vasallus cogi ad repetendum iuramentum, quod semel factum est ritè, & rectè. Quod si dicas Concilium Trident. *sess. 25. de reformat. cap. 2.* statuere Magistros Vniuersitatum in principio cuiuslibet anni solemni iuramento se arctare ad docendum secundùm decreta eiusdem Concilij? Respondetur prædictum iuramentum, & repetitionem illius in Magistris non esse otiosam, sed maximè vtilem, ac necessariam ad renouandam memoriam præceptorum, ne in illis reuisendis sint negligentes. Quare quoties renouatio iuramenti aliquam præ se ferat vtilitatem, iuramentum repeti potest, vt in renouatione votorum quæ singulo quoquo semestri apud Societatem nostram solet fieri, præcedente confessione generali; vt hoc modo ad obseruationem votorum, obedientiæ scilicet, castitatis, & paupertatis se accingant, & fortiùs præparent.

12. Idem autem procedet etiam respectu successorum, quando nimirum dominus, cui iuratum fuit, est iam defunctus: tunc vasallus cogendus est iurare successori defuncti. Circa tamen hoc onus solent casus tres assignari. Primus, quando iuramentum fit sub hac forma: *Ego iuro Tibi fidelitatem, & successoribus tuis, iuxta contenta in cap. Ego N. de iureiur.* in quo casu nulla est dubitatio, vt notat Couarr. *in cap. quamuis pactum, de pactis, lib. 6. 1. part. §. 5. num. 4. & 5.* Soar. *tomo 2. de religione, tract. de iuramento, lib. 2. cap. 3t. num. 15.* & Sayr. *in claui regia, lib. 5. cap. 6. num. 19.* post Panorm. *in cap. veritatis, num. 3.* & Gloss. *ibi, in verbo, compellantur, de iureiur.* Angel. *verb. iuramentum 5. num. 40.* Sylu. *eodem verbo 4. quæst. 5.*

13. Secundus casus. Si iuramentum fiat alicui sub nomine & ratione dignitatis, quamuis nulla fiat mentio Successurum, censebitur factum etiam quoad successores in illa dignitate, quia dignitas non variatur per varietatem personarum: *argum. c. veritatis, de iureiur.* In dubio autem an actus aliquis tribuatur personæ, vel dignitati? ex coniecturis constabit.

14. Tertius erit, quando cum iuramento alicui particulari aliquid pollicetur; vnde illi quæritur obligatio: tunc nisi aliud suadeat materia subiecta, & intentio iurantis, secundùm quam iuramento est standum, obligabit etiam quoad hæredes, qui in illo debito successerunt defuncto, licèt in tali iuramento nulla fiat mentio successoris, transit tamen iuramentum ad hæredes: Sayr. *d. c. 6. num. 19.* & Barbos. *in d. c. veritatis, de iureiur. num. 5.* Idem erit quando iuramentum fidelitatis factum fuerit à vasallo, non sub nomine appellatiuo dignitatis, sed expresso nomine proprio sine vlla mentione successorum; in quo casu etiam ad successores transire probat text. *in d. c. veritatis, de iureiur.* ibi: *Nobis, vel alicui successorum*, &c. Eò quia iuramentum, vel promissio facta alicui expresso nomine proprio in re tantùm ad dignitatem pertinente, ad successorem dignitatis transit: Couarr. *in d. c. quamuis pactum, part. 1. §. 5. num. 5. vers. tertio.* Proinde cùm fidelitatis iuramentum versetur circa rem spectantem ad dignitatem, rectè sequitur prædictum iuramentum, seu promissionem transire ad successorem: prout vult Couarr. *suprà, num. 4. & 5. & in c. requisisti, num. 1. de testam.* reiecta Glossa *2. d. cap. Ego N. de iureiur.*

Nec refert text. *in cap. 1. §. præterea, de prohibita feudi alienat. per Federicum*: Quoniam non loquitur de vasallo, qui semel à domino inuestitus, illo mortuo, teneatur nouam ab eius successore inuestituram petere: sed loquitur de vasallo nouo, qui intra certum tempus inibi præfixum, tenetur à Domino inuestituram petere: Barbos. *in d. c. veritatis 14. de iureiur. num. 5. ad finem.*

15. Quid ergo de hæredibus vasalli, qui in sua vita iurauit? Responde illos, non obstante iuramento vasalli, teneri iurare fidelitatem Domino: ita D. Th. & *ibi* Caiet. *2. 2. quæst. 98. art. 2. ad 4.* D. Anton. *p. 2. tit. 10. cap. 6. §. 3. casu 10.* Sot. *lib. 8. de inst. quæst. 2. art. 2. ad 4.* Alciat. *in c. cum contingat, num. 120.* & *ibi* Imol. *num. 18. de iureiur.* Nam iuramentum ex parte iurantis ita est personale, vt eius obligatio ex vinculo iuramenti, ac religionis nullo modo ad hæredes transeat, ac successores ipsius iurantis; & ex consequenti non adimplentes iuramentum defuncti non fiunt hæredes periuri, quia iusiurandum est personæ vinculum, & obligatio spontè assumpta ex virtute religionis; atque ita ex vi iuramenti non potest eius obligatio extendi ad aliam personam: Est communis, vt volunt Doctores *citati*, quos refert & sequitur Gutierr. *de iurament. confirm. 3. part. cap. 1. num.* -. & Gomes. *var. tom. 2. c. 14. num. 19.* & Matienzo *lib. 5. recopil. tit. 10. gloss. 13. num. 10.* Quod procedit etiam quando vasallus iurauerit fidelitatem

pro

pro se, & pro suis successoribus; adhuc enim non tenebuntur successores ex vi iuramenti seruare fidelitatem: quia cùm obligatio iuramenti personalis sit, à nemine alio potest quispiam obligari: ita Abbas *in c. veritatis 3. de iureiurando*. Padilla *in l. si quis maior, num. 51. C. de transactionibus*, & Sanch. *in precep. Decalogi, lib. 3. c. 13. n. 1. & sequent.* vbi concludit non teneri successores ex vi iuramenti, sed ex vi contractus.

16. Quæritur etiam cur possit quis se obligare alicui, & successoribus sub reatu periurij, non autem obligare se, & successores: Respondeo, quia in primo casu agitur de obligatione propria: in secundo autem agitur de obligatione aliena: Abbas *in d. c. veritatis, num. 3. de iureiur.* Sayro *in claui regia, lib. 5. cap. 6. n. 20.* ideò non potest quis se obligare, & successores suos in istis spiritualibus sine speciali mandato: D. Ant. *part. 2. tit. 10. cap. 6. §. 3. arg. c. fin. de iur. calumn. in 6.* Non enim anima potest obligari, nec ligari in spiritualibus nisi ex consensu proprio.

17. Ambigitur item an fœminæ succedentes in feudo teneantur præstare iuramentum fidelitatis? Respondetur, si in aliquo feodo iuramentum est præstandum, non posse fœminam succedere: Purpuratus *cons. 25. num. 3. & 4. & 8. vers. nec etiam refragatur, & num 9.* & Decian. *cons. 58. num. 45. lib. 2.*

18. Hinc argui potest, iuramentum fidelitatis, quoties à fœminis exigitur, illas excludere. Ratio affirmandi est, quia iuramentum fidelitatis continet seruitium personale, quod fœminæ nequeunt honestè præstare: ergo ratione iuramenti non debent admitti ad feudum, cùm arma tractare nequeant: neque decet fœminas cœtui virorum se immiscere. Secundò sunt inconstantes, & ter mutantur in horam, & secreta difficillimè retinent, & custodiunt: Bald. *in l. quotiens, col. penult. C. de suis & legit.* Curtius iun. *de feud. in 3. p. in 1. regula*, Rol. *cons. 41. num. 10. & 11. & 16. vol. 4.* vbi addit, si feudum de sui natura præstet iuramentum fidelitatis, sub quo continentur illa sex, de quibus *in cap. 1. de noua forma fidelitatis*, quæ omnia non possunt explicari per fœminas: igitur non possunt succedere in feudo. Idem Roland. *d. vol. 4. cons. 48. num. 36. & 40. & cons. 90. num. 32. vers. quinto, & n. 44. vol. 4.* post Alexand. *cons. 9. num. 7. vers. præterea dictus Ioannes, lib. 5* Decius *cons. 139 vers non obstant allegata*, & sequitur Hieron. Gabriel *cons. 79. num 7. lib. 2.* Sed his respondetur. Ad primum, quòd in illis casibus, in quibus fœminæ admittuntur ad feudum, possunt fœminæ seruire per alium, ex quo non possunt per se. Non autem sequitur ex hoc, possunt seruire per alium: ergo possunt obtinere feudum: quia potest aliud impedimentum obstare. Ad secundum dicas quòd illa ratio non est finalis, sed impulsiua, vt inquit Izernia *in cap. 1. § hoc autem notandum, qui feud. dare possunt.* Menoch. *cons. 65. num. 28.* quinimò Bald. *in l. si quis seruo, C. communia de manumission. num. 1.* censet iuramentum fidelitatis non esse de substantia feudi: sequitur Decius *in l. 2. § item impuberes, num. 6. de regul. iuris*, quod sane iuramentum esset omninò præstandum, si ratio præcipua, & finalis, esset præstatio eorum, quæ in iuramento continentur: Menoch. *d. cons. 65. num. 29.*

19. Probabilior tamen videtur pars contraria, quæ habet iuramentum fidelitatis non excludere fœminas, nisi ob alias causas, & rationes debeant excludi: ita Menoch. *d. cons. 65. num. 15.* & probatur *ex c. vnico, § verum, de statu regul. in 6.* vbi dicitur, quòd si *Abbatissa, aut Priorissa cuiusuis Monasterij pro feudo, quod Monasterium ipsum tenet ab aliquo Principe temporali, debet ei homagium, vel fidelitatis Sacramentum præstare, egredi poterit de Monasterio decenti comitatu sociata, & hominio facto, ac fidelitatis Sacramento præstito, quamprimum se recipere ad Monasterium.* Quòd si per procuratorem possit præstari Sacramentum fidelitatis, non debet permitti exitus de Monasterio. Confirmatur argumento Ecclesiæ, seu Monasterij, quæ, vel quod non excluduntur à feudo propter iuramentum fidelitatis: igitur nec debent fœminæ excludi; quoniam in hoc casu æquiparantur: Ruyn. *cons. 18. n. 16. & 17. lib. 1.*

Iuuat *cap. si cui militi, de feudo & beneficio, in extraordinariis capitulis*: quæ sanè constitutio ita scripta est: *Si cui militi ad certum seruitium datum fuerit, isque relicta ex se descendente fœmina decesserit, quæ id seruitium iuxta feudi conditionem non minus decenter præstare possit, quàm masculus; & si in inuestitura minimè cautum sit, vt & fœmina ad id aspirare valeant, eam tamen admitti putamus.* Sic *ibi*. Cuius constitutionis meminit Menoch. *d. cons. 65. num. 16. vers. primo enim*: vbi ostendit fœminam posse succedere in feudo, quando seruitium decenter domino præstare potest. 20.

Suffragatur, feuda de quibus illa constitutio loquitur, annexum habere iuramentum fidelitatis; quia cùm agat de feudo concesso per inuestituram, iuramentum fidelitatis comprehendit, cùm illud omninò præstandum sit, nisi expresè fuerit remissum: Hostiens. *in summa, tit. de feudis, vers. cum fidelitate*, & Iuann. Andr. *ad Specul. tit. de prescript. in additione prima, in fin.* dum tradit iuramentum, non autem fidelitatem pacto remitti posse: atque ita quando iuramentum non est expressim remissum, præstari debet. Esse autem capitulum, *Si cui militi*, authenticum, & posse allegari scribit Bald. *in c. 1. §. & quia videmus, qui feudum dare possunt*, & Rom. *singular. 177. Hodie, & cons. 367. n. 12.* Corn. *cons. 16. col. penult. vers. sed potius, lib. 1.* & Ias. *cons. 152. col. 3. vers. secundo respondetur, lib. 2.* 21.

Confert huic sententiæ, quòd fœmina potest consequi feudum francum, prout volunt Alex. *cons. 20. n. 1. & cons. 30. n. 24. lib. 1.* Bald. *vbi proximè*, Barbar. *in c. ex parte 2. n. 25. de verb. signif.* & Ruyn. *cons. 24. n. 9. vers. & similiter, lib. 1.* atqui is qui consequitur feudum francum tenetur exequi contenta *in tit. de forma fidelitatis, & de noua forma fidelitatis*, vt docent Iuann. Andr. *in additionibus ad Specul. tit. de præscriptionibus, vbi supra*, & Paul. de Castr. *cons. 310. incipit, Circa id quod primo quæritur, col. 2. vers. valuerunt ergo, lib. 1.* igitur fœmina non excluditur à feudo propter iuramentum fidelitatis, & verius est posse obtinere feudum francum. 22.

Conducit quòd ex consuetudine regionis multis in locis ad feuda fœminæ admittuntur, prout scribunt Curt. iun. *in tract. feudor. p. 3. n. 10.* & Iacob Beluisius, quem allegat; & de consuetudine Galliæ meminit Guid Papæ. *q. 59. & q. 297.* Dec. *cons. 445. num. 20.* de quo dicemus *infrà suo loco*, cùm actum fuerit, an fœminæ sint habiles ad feuda consequenda: Sed in illis casibus, in quibus fœminæ possunt admitti, seruire possunt per alium ex quo nequeunt per se: Menoch. *d. cons. 65. num. 36. & num. 70.* Non ergo fidelitatis iuramentum est in causa, vt fœmina non obtineat feudum. 23.

Fauet quod dicitur, quòd quando inuestitura conceditur pro masculis, & fœminis, fœminas succedere deficientibus omnibus masculis, probat *cap. 1. §. quin etiam Episcopo, & Abbati.* & *ibi* omnes, quos refert Paris. *cons. 9. num. 3. lib. 1.* concedúntque omnes hoc esse feudum proprium, & masculos in eo succedentes præstare iuramentum fidelitatis, & personale seruitium; quod onus etiam transit ad fœminas: quare iuramentum fidelitatis non obstat fœminis. Idem Paris. *cons. 12. num. 33. lib. 1. vers. & probatur.* Imò *ibidem, num. 28.* probat argumento infantium, & impuberum nec fidelitatis iuramentum, nec præstationem seruitiorum impedire eos in concessione feudi, qui dominos in prælio iuuare non possunt, nec consilio, 24.

ſilio, neque ſecreti commiſſi reticentia prodeſſe illis poſſunt: ſed huiuſmodi infantes, & impuberes poſſunt tenere feuda, vt vltra Pariſium *ſupr.* tradit Ang. *in l.vlt.C.de teſtam.militis*, & Bald. *& l.a te*, Iacob. à ſancto Georg *in inueſtit. feudi, in verbo, qui quidem inueſtitura, n.25.& 26.* dicentes hos memoratos poſſe feuda retinere: igitur ſicut infantes, & impuberes non excluduntur à feudo, neque tamen poſſunt intereſſe prælio ad dominum iuuandum armis, & conſilio; idem dicendum eſt de fœminis.

25. Vltimò probatur, quia cùm fœminæ in multis caſibus admittuntur ad feuda, non poteſt dici, quòd iuramentum fidelitatis obſtet illis; alioquin ſequeretur, quòd nunquam fœminæ poſſent in feudis ſuccedere, ſi in cunctis feudis iuramentum fidelitatis ſit neceſſarium, nec per alium, ſeruitium præſtari valeat. Quare vel dicendum eſt, quòd ea quæ continentur in iuramento fidelitatis poſſint exhiberi per idoneum ſubſtitutum, vel quòd tale iuramentum non ſit præſtandum, quando fœminæ admittuntur ad feudi ſucceſſionem: quòd ea quæ reſpiciunt ſeruitium perſonale remiſſa intelligantur: ita Pariſ. *conſ.16. n.8. & ſeqq. lib.1.* & Decian. *conſ.58. num.47. & 48.*

§. V.

Quotuplex ſit feudum, & in quot ſpecies diuidatur.

EPITOME.

1 *Prima diuiſio feudorum eſt, in feudum ſeculare, & Eccleſiaſticum.*
2 *Secundu eſt in Regale, & non Regale.*
3 *Tertia eſt in nobile, & ignobile.*
4 *Quarta in feudum reale, perſonale, & perſonaliſſimũ.*
5 *Quinta in feudum ligium, & non ligium.*
6 *Sexta in maſculinum, & fœmininum.*
7 *Septima in feudum habens propriam naturam feudi, & impropriam.*
8 *Octaua in iurabile, & non iurabile.*
9 *Nona in feudum diuiſibile, & non diuiſibile.*
10 *Decima in feudum perpetuò duraturum, & in feudum ad tempus.*
11 *Vndecima in feudum francum, & non francum.*
12 *Duodecima diuiſio in feudum tranſitorium ad omnes heredes, & non tranſitorium.*
13 *Decimatertia diuiſio eſt in feudum de pacto, & prouidentia, & in feudum hæreditariũ proprie ſumptum.*
14 *Decimaquarta diuiſio eſt in feudum antiquum, & in feudum nouum.*
15 *Decimaquinta diuiſio eſt in feudum purum, ſimplex ſeu rectum, & in feudum conditionatum.*
16 *Decimaſexta diuiſio eſt in feudũ paternum, & maternũ.*
17 *Decimaſeptima diuiſio eſt in feudum Guardiæ, & Caſtaldiæ.*
18 *Decimaoctaua diuiſio eſt in feudum de Camera & de Cauena.*
19 *Decimanona diuiſio eſt in feudum in Curte, & extra Curtem, & Soldata.*

1. IN primis feudum diuiditur in ſeculare, & Eccleſiaſticum. Seculare eſt quod Eccleſiaſticũ non eſt, & à ſecularibus conceditur aliis ſecularibus. Eccleſiaſticũ tribus modis dicitur tale. Primò, quod datur aut ſuſcipitur ab Eccleſia proprio Eccleſiæ nomine. Secundò, quod datur à Clerico non tanquam ab Eccleſia, vt habetur *in c.1.de Clerico qui inueſtiturã facit, lib.2. feudor. & c.1. quibus modis feudum conſtitui poteſt.* Tertiò, quod recognoſcitur ab Eccleſia, & Clerico, *§.final. de capit. Corradi, lib.2. feudor.* Petr.Greg. *in 1.p. Syntagm. iuris vniuerſi, lib.6.c.5.n.1.* Card.Mant. *2.p. de*

tacit. & ambig. lib.23.tit.3.n.83. Bald. *in prœmio feudor. in vlt. feudor. diuiſ. n.56.* & Zazius *in epitome feudorum, p.2.n.7.* & Curt.iun. *de feudis, in 1.p. ſecundæ partis princ.*

Illud etiam aduerte feuda Eccleſiaſtica ex capitulis feudorum eſſe decidenda, niſi à iure Canonico aliud ſit deciſum. Item Eccleſia Iudici ſeculari ratione feudi ſubdita eſt, ſicut & Clericus habens feudum ſeculare quoad feudum eſt ſubditus Iudici ſeculari: *c. ſolita, de maior. & obed. & §. debet, in c. Romana, de appellat. lib. 6.* Cæterùm quamuis feudum ſit Eccleſiaſticum, ſi concedatur laico, vtile dominium erit laicum, & de illo prout de qualibet alia re temporali iudicandum eſt. Sed de his aliqua *ſuprà, §.5. num.15.16.17. & duobus ſequentibus.*

Secunda diuiſio feudorum eſt in Regale, & non Regale. Regale dicitur feudum, quòd habet dignitatem annexam: non Regale eſt, quod caret dignitate. Vt autem feudum ſit regale, duo ſunt neceſſaria. Primum, quòd Regnum, vel Ducatus, Marchionatus, vel Comitatus, vel alia dignitas concedatur. Secundùm, quòd huiuſmodi Dignitas ab Imperatore, vel à Rege, vel ab alio ſupremo Principe tribuatur. Quare feudum regale non dicetur, quod fuerit conceſſum à Principe Superiorem recognoſcente, vel quod conceditur ab hoc ſupremo Principe ſine titulo dignitatis: *c.1. de feudo Marchiæ, vel Ducatus, vel Comitatus*, iuncto *c.1. in princip. de his qui feudum dare poſſunt, & c.1. in princip. & §.1. quis dicatur Dux, Marchio, Comes, vel Capitaneus, vel Valuaſor, lib.2. feudor.* Petr.Gregor. *1.p. iuris vniuerſi, lib.6. cap.5. num.10.* 2.

Hæc autem diuiſio placet Baldo *in præludio feudor. n.32.* Tiraq *de Nobilit. c.7.n.1.* & Iul.Claro *§. feudum, q.10.* poſt alios *ibi* relatos, & Rimin.iun. *conſ.5.n.94.* Erit ergo feudum non regale, quando res priuata, vt pagus, ſeu caſtrum ſimplex, vel aliæ ſimplices priuatæ res tribuuntur: Petr.Gregor. *d. cap.2. num.15.*

Tertia diuiſio feudorum eſt in Nobile ſimpliciter, & in minus nobile, & in aliud quadãtenus nobile, & in ſimpliciter ignobile. Nobile ſimpliciter eſt illud, quod à Papa, vel ab Imperatore confertur in Regnũ, Ducatum, ſeu Marchionatum. Minùs nobile, ſed tamen nobile, quod à Rege, Duce, ſeu Marchione conceditur. Aliqualiter nobile eſt, quod ab habentibus feudum à Rege, Duce, Marchione. hoc eſt à vaſallis Regis aut Marchionis tribuitur aliis inferioribus. 3.

Ignobile autem dicitur feudum, quod conceditur ab iſtis inferioribus, minoribus ſcilicet Valuaſoribus, qui & minimi dicuntur, à quibus nulla dignitas obtineri poteſt: ita Iacob.Belui. *in prœmio feudor. in 6. diuiſione*, vbi id probat *in c.1. in princip. tit. qui feudum dare poſſunt, & in c.1. tit. de feudo Marchiæ, vel Ducatus, vel Comitatus*: & hac diſtinctione vſus eſt Ioannes Andreas *in addit. Specul. in rubric. de præſcript. col. vltim.* Card.Alex. *in prœmio feudorum, in 2. diuiſione, & ibi* Iaſon *in diuiſione 10.* & alij, quos referens ſequitur Tiraqnell. *de Nobilit. cap.7. num.6. fol.62.*

Petrus tamen Greg. *in 1.p iuris vniuerſi, lib.6. c.4. in principio, n.1.* ex Bald. *in ipſo feudor. prœmio, in penult. diuiſione*, ait feudum nobile eſſe, quod ſuum nobilitat poſſeſſorem: ignobile autem feudum, quod alio nomine dicitur Burgenſe illud eſt, quod ſuum poſſeſſorem non nobilitat: *c.1.§. cæteri, quis dicatur Dux, Marchio, Comes, vel Capitaneus, vel Valuaſor.* Addie Tiraq. *ſuprà, d.c.7.n.7.* feudum antiquum, non autem nouum præ ſe ferre nobilitatem: quia nobilitas non naſcitur in momẽto temporis: ſequitur Dec. *conſ.55.* incipit, *Placet mihi, col.2. verſ. quartò facit*: atque ita feudum nouum non nobilitat: Idem Bald. *in d.c.1.§. cæteri, tit. quis dicatur Dux*, &c. niſi concedatur ab Imperatore, vel à Rege: tunc enim vaſallus eſt nobilis.

Feudum item nobile non ex eo dicitur nobile, quod habeat dignitatem: nam minima etiam Caſtra

concedi possunt in feudum nobile; sed ex eo quòd seruitium habet nobile, ac proinde à tali seruitio nobile vocatur; nimirùm si quis annuatim pro recognitione dominij directi soluat vnum Accipitrem: Paul. de Castr *cons.* 461. *n.* 5 *lib.* 1. sicut dicitur nobile simpliciter, quod habet iurisdictionem, merum, & mixtū imperium, siue ex priuilegio, siue ex consuetudine legitimè præscripta: Bald. *cons.* 129 *col.* 1. *vers. circa tertium, sciendum est, lib.* 2. Tiraq. *de nobilit. cap.* 7. *num.* 8.

Contra verò, si feudum conferatur à minimis Vasuasoribus, vel à plebe, feudum est ignobile, seu Burgense; quia possessorem nō nobilitat: Bald. *in prælud. feudor. n.* 55. Ruyn. *cons.* 69. *n.* 19. *lib.* 3. Rusticus enim siue ignobilis, Burgensis vocatur, teste Tiraq. *de nobilitate, c.* 7. *n.* 5. *fol.* 61. Andr. de Ysetnix *in c.* 1. §. *si vero contigerit, circa medium, tit. de pace iuram firm.* nam feudum quod paucos habet vasallos, non solet esse nobile: sed erit nobilis feudatarius, quando fuerit Dominus vasallorum, & in illos habuerit iurisdictionem; non quòd rei nobilitas insit, sed quia bomines vasallos sibi subditos habet.

4. Quarta diuisio est in feudum reale, personale, & personalissimum. Reale est, quod ad descendentes recipientis regulariter transit; vt patet ex *c.* 1. §. *beneficium, in quibus causis feudum amittatur*: & hoc feudum proprium est, cui feudi definitio maximè congruit: Quare qui feudum capit sine mentione filiorum, vel hæredum, intelligitur suscepisse pro suis descendentibus: Afflict. *in prælud. feudor. q.* 5. *col.* 12. quod non procedit, quando feudum est personale: Nam personale feudum finitur cum persona, nec extenditur ad hæredes, vt est feudū habitationis: *c. feuda habitationum, in capit. extraordinarium*, & Soldata, videlicet quando nobili, qui incidit in paupertatem, assignatur pensio annua: *c.* 1. *quis dicatur Dux, Marchio, Comes, vel Capitaneus.* Quod feudum etiam non personale tantùm, sed personalissimum nuncupatur: eo quòd nec ad hæredes dantis, neque ad hæredes recipientis transeat: quod sane genus feudi est improprium; vt vult Præpos. *in prælud. feudor. n.* 48 Petr. Greg. 1. *p. iuris vniuersi, lib.* 6. *c.* 3. *n.* 6. post Bald. *in prælud. feud.* Valasc. *de iur. emphyt. q.* 4. *n.* 11. vbi de feudo habitationis, & *n.* 12. vbi de feudo personalissimo, vt feudū Soldatæ: sequitur Garc. *de expensis, c.* 12 *n.* 16. *vers. Soldata*, inquit, *est præstatio quædā annua gratuita, quæ à neutra parte transit in hæredem.* Morte namque dantis, vel accipientis intercedente finitur: & dicitur Soldata, quia plerúmque in donatione solidorū consistit, à quo non ineptè Soldati nomen deriuatum est apud Hispanos.

5. Quinta diuisio feudi est in Ligium, & non Ligium. Ligium dicitur, quod accipitur à Principe non recognoscente Superiorem, in quo iuratur fidelitas contra omnem hominem nullo excepto: & pariter cunctabona ipsius per consequentiam subiiciuntur Domino: Sonsbechius *de feud.* 3. *p. n.* 19. Requiruntur tamen tria, vt feudum sit Ligium. Primum, vt vasallus iuret fidelitatem, nullius alterius fidelitate reseruata. Secundum, vt expressè ponatur in instrumento inuestitoræ, quòd feudum sit Ligium. Tertium, quòd vasallus principaliter personām suam, & consequenter bona etiam non feudalia subiiciat potestati Domini: ita Curt. iun. *in* 1. *p. tract. de feud. c.* 9. *n.* 2x. Petrus Gregor. *d. lib.* 6. *cap.* x2. Garcias *de expensis, cap.* 12. *num.* 33. vbi concludunt feudum Ligium esse, in quo vasallus principaliter potestati Domini suam personam subdit; & eum persona, bona sua omnia; & iurat insuper fidelitatem nulla alia fidelitate reseruata, & ob id debet Cliens contra omnes nec non contra fratrem, filium & patrem adiuuare dominum.

Ex quo bene sequitur non posse quemquam esse hominem Ligium duorum hominum, vt vult Gloss. *in Clem. pastoralis, de sent. & re iudicata, verbo, homo Ligius*, quia nemo potest duobus dominis seruire æquali iure, si contrarij sint. Nihilominus Ligius vnius, & vasallus alterius, vt plurimùm fieri potest. Quinimò Ligius homo, & cum feudo, & sine feudo esse potest. Cum feudo, si ea conditione feudum accepit: sine feudo si propter amicitiam solam motus se, & bona sua cum speciali iuramento in clientelam alicuius Principis addixerit, & adscriptus fuerit, & Sacramento se obligauerit contra omnes adiuuare Principem, nemine excepto.

Item quamuis feudatarij possint in aliis feudis ea eiurare, & fidem datam rescindere, *c.* 1. *de vasallo, qui contra constitutionem Lotharij Imperatoris beneficium alienauit, lib.* 2. *tit.* 38. homo tamen Ligius non potest ab obedientia, vel subiectione illius Principis, cui fidem dedit, abire, nec feudo renuntiato absolui à fide data: vt notat Bald. *in c. cæterum, de iudiciis*, Mattin. Laud. *in c.* 1. *col.* 7. *qui feudum dare possunt.* Petr. Greg. *d. c.* 2. *n.* 30. qui *n.* 23. ait hoc nomen *Ligium* esse Italicum, & significare totalem subiectionem, deducique à verbo *Ligare.* Vnde & coniurationes, seu factiones apud Italos vocantur *Ligues*, sicut apud Hispanos *Liga*, quādo videlicet Principes Christiani vnanimes contra Turcas conueniunt, dicuntur Ligam facere.

Insuper omnes, qui in Imperio sunt, censentur Ligij Imperatoris. Extra verò imperium consideratio §. 1. *de noua forma fidelitatis, lib.* 2. *feudor. tit.* 7. est noua forma iurisiurandi de nouo innenta per hæc verba: *Ego N. iuro super hæc sancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vsque ad vltimum diem vitæ meæ ero fidelis tibi Domino meo contra omnem hominem, excepto Imperatore*: sic ibi. Et licèt *in* §. *fin. de prohibita feudi alienatione, per Feder. lib.* 2. *tit.* 55. constitutum sit, vt in omnī Sacramento fidelitatis Imperator semper excipiatur, & ideò videtur semper exceptus, ac subinde videri poterat, nullum esse Ligium feudum, eo quòd nulla concessio poteſt dari in feudum, quin videatur semper exceptus: nihilominus à Rege nostro, vel à Rege Gallorum, & aliis qui Imperio non subsunt, si quis accipiat feudum sub præstita fidelitate contra omnes de mundo, feudum illud erit regale, & homo ille erit Ligius, quoniam nemine excepto contra omnes stare debet. Nec obest apud Gallos, & Germanos, vt placet Francisco Hothomano *in disp. de feudo, cap.* 4. quòd idem sit homo Ligius, quod vasus, vel vasallus, vel subiectus: Quia rationes Hothomani nihil vrgent; & Feudistæ considerata & retenta forma fidelitatis inuenta, in qua nemo excipitur, Ligium illum vocarunt, addúntque opus esse, vt ita in inuestitura nuncupetur: Garc. *de expensis, c.* 12. *n.* 33. *ad fin.*

Feudum non Ligium illud erit, in quo iuratur fidelitas generaliter priori Domino excepto, vt In titulo *Hic finitur lex, in fine, & de prohibita feudi alienatione,* §. *final. per Lotharium, lib.* 2. *tit.* 52. Valasc. *de iur. emphyt. q.* 40. Rebuff. de Monte Pessulano *in declaratione feudorum, num.* 23. dicens in regno Franciæ in feudo non Ligio, quando iuratur fidelitas adueisus omnem hominem, semper excipi Regem Franciæ.

Sexta diuisio feudorum dicitur in masculinum, & fœmininum: masculinum est regulariter omne feudum, vel quia à masculis quæsitum est, ita vt non transeat ad fœminas *c.* 1. §. *hoc autem, de his qui feudum dare possunt*, vel quia à masculis primò quæsitum, licèt sub pacto, vt ad fœminas transeat, *d. c.* 1. *de eo, qui sibi.* Valasc. *sup. q.* 40. *n.* 9. Fœmineum est quod ad fœminas transit ex pacto, vt *c.* 1. §. *filia, de successione feudi, & quemadmodum feudum ad filiam pertineat, lib.* 1. *feud. tit.* 14. Quinimò si quis recipiat feudum pro se, & hæredibus tam masculis, quàm fœminis, succedent fœminæ deficientibus masculis *c.* 1. §. 1. *Episcopum, vel Abbatē, vel Abbatissam, lib.* 1. *tit.* 6. Card. Mant *de tac. & amb.* 1. *p. lib.* 23. *tit.* 34. *n.* 2. vbi de hoc plenè. 6.

Septima

7. Septima diuisio in feudum proprium hoc est habens propriam naturam feudi continens illa septem, de quibus *suprà*, §. 2. *n.* 9. & in feudum improprium, quando scilicet illi non est propria natnra feudi: *c.* 1. *de feudo non habente propriam feudi naturam*, *lib.* 2. *titul.* 48. ptovi est feudum condirionatum, quod conceditur ad certum seruitium, vel cnnditionem, ex pacto datum: §. *final. quid sit inuestitura feudi*, *lib.* 2. *tit.* 2. *& c. de Capitaneo, qui Curiam vendidit*, *lib.* 5. *tit.* 51. ve est feudum Gnardiæ, & Castaldiæ, de quibus *infrà*, *n.* 18. Ruyn. *conf.* 25. *n.* 13. *lib.* 2. Feudnm denique dicitur improprium, quando per pactum, vel statutum receditur à communi iure feudorum: vnde etiam feudum simpliciter concessum intelligitur secundùm tenorem supplicationis: Bero. *conf.* 69. *num.* 13. *lib.* 1. & in dubio præsumitur proprium, modò habeat illa septem, de quibus *suprà*, *d.* §. 1. *num.* 9.

8. Octaua diuisio est in feudum iurabile, & non iurabile. Iurabile dicitur pro quo iuratur domino fidelitas: Petr. Iacob. *in sua practica, in noua diuis.* Quòd si plures in locum illius succedant, vni præstandum est iuramentum nomine omnium: Guido Papæ. *conf.* 107. incipit, *Dominus*. Non iurabile est, quando feudum datum est sub pacto, quòd non iuretur fidelitas, *in* §. *nulla, per quos fiat inuestitura, & per quos recipiatur*, *lib.* 2. *tit.* 3. *c. vnic. in principio, de Capitul. Corradi*, *lib.* 2. *tit.* 40.

9. Nnna diuisio est in feudnm diuisibile, & indiuisibile. Diuisibile dicitur omne feudum regulariter loquendo. Indiuisibile est feudnm maiorum dignitatum, veluti Dncatus, vel Marchionatus, & similium feudorum dignitatem indiuisibilem habentium: Petrus Greg. 1. *p. iuris vniuersi*, *lib.* 6. *c.* 6. *n.* 27. dicens Regnum, Ducatum, Marchionatum, & similia dignitatem habentia esse indiuisibilia: sequitur Valasc. *d. q.* 40. *n.* 10. Alnar. *in nona diuisione, in proœmio per text. in* §. *omnes, si de feudo defuncti fuerit contentio inter dominum & agnatos vasalli*, *lib.* 2. *tit.* 26. Bart. *in l. inter tutores*, *ff. de administr. tutor.* Chassan. *in catalogo gloriæ mundi*, *part.* 12. *considerat.* 55. *per totam*, vbi copiosè. Quare dici potest feudum non posse diuidi: & est verum quoad dignitatem; secùs quoad administrationem. Vnde sic vnus frater potest regere partem certam regni, & alter alteram certam: Benedict. *in c. Raynut. in vers. in eodem testamento, el primo*, *num.* 185. *de testament.*

Cæterùm ex generali consuetudine feuda Italiæ sunt diuidua: Ioann. Andr. Hostiens. & Card *in c. licet, de voto.* Alex. *conf.* 18. *n.* 8. *lib.* 2. Idémque obseruari in aliquibus partibus Alemaniæ tradit Socinus iun. *conf.* 31. *num.* 11. *&* 15. *vers. sed ex prædictis*, *lib.* 4.

In Lombardia tamen omnes filij succedunt in feudo Comitatus, & Comites nuncupantur, vt scribit Andr. de Ysernia *in c.* 1. §. *præterea Ducatus, de prohibita feudi alien per Federic. in principio*, Bald. *n.* 3. Afflict. *n.* 9. Oldrad. *conf.* 237. *Perlectis*, *n.* 3. Ioann. Andr *in addit. ad Specul. in tit. de feud. in rubr. in vers. non omittam*, & licèt in feudn Marchiæ, Ducatus, & Comitatus non est locus stricto iure successioni, nisi quando ab Imperatore obtinetur inuestitura: nihilominus ex generali consuetudine obtentum est, vt quemadmodum in aliis feudis babet locum successio, per *c. primum, in principio*, cum Gloss. *in verbo, succedit, de feudo Marchia, vel Ducatus, vel Comitatus*, *lib.* 1. *de feud. tit.* 14. Curt. iun. *de feud. part.* 5. *num.* 5. *ad finem.*

Accedit feuda dignitatum Regalium ad vitandum scandalum posse partiri, quæ aliàs sunt indiuidua, vt probat Alex. *conf.* 7. *n* 11. *lib.* 5. Tiraq. *de primog. q.* 4. *n.* 26. idque in successione regni loquens verum esse testatur idem Tiraq. *de primog. q.* 17. *opinion.* 4. *n.* 33. Constat item ex Romanorum historiis Imperatores plures simul interdum Romanum Imperium administrasse, & Reges item plures Hispaniarum Regnum ipsū gubernasse. Atque ita Regni administratio inter duos Reges est diuidenda, quando ad illos successio eius delata est: Mol. *de primog. lib.* 3. *c.* 1. *n.* 23. *cum seqq.*

Quin etiam feudum in diuisione bonorum inter fratres, vni potest assignari sine consensu Domini: quia hæc non potest dici feudi diuisio; sed fortificatio vnionis, & consolidatio: Bald. *c.* 1. §. *præterea Ducatus, vt suprà*, *num.* 7. *vers. pone, duo fratres, de prohibit. feud. alienat. per Federic.* Et valet. Bart. *in l.* 1. *n.* 4. *C. de impon. luc. descript. lib.* 10. & sequitur Rnyn. qui de feudo loquitur *conf.* 10. *n* 8. *&* 9. *lib.* 1. & Alex. *conf.* 18. *n.* 8. *lib.* 2. Sed puto hanc diuisionem filiis præiudicare, vt firma permaneat, si is cui feudum pro parte datum est, cum filiis masculis mortuus fuerit. Quod si absque hærede masculo decesserit, feudum ad fratres, & eorum filios masculos redit: *c.* 1. *de natura successionis feudi*, *lib.* 2. *tit.* 50 *& c.* 1. §. *vlt. si de feudo defuncti fuerit contentio inter Dominum, & agnat.* & Bald. *in l.* 1. *n.* 8. *de rerum diuisione.* Addo quòd si huiusmodi diuisio fiat in fraudem Domini, ad quem debuisset redire, non subsistere: ita Iacob. de S. Georg. *in inuestitura feudi, in verbo, Marchio*, *n.* 7. & Afflict. *in c. Imperialem*, §. *præterea Ducatus, vers. tertio noto*, *num.* 31. *& seqq. de prohibita feudi alienat. per Federic.*

Decima diuisio fit in feudum perpetuum, & an- 10.
nale, seu temporale. Perpetuum regulariter est omne feudum eo modo datum: *c.* 1. §. *cum vero Corradus, qui feudum dare possunt*, & feudum simplex dicitur perpetuum, *c.* 1. *in fin. in quibus causis feudum amittatur.* Imo omne feudum ab initio fuit personale; beneficio tamen Principis factum est perpetuum, vt ad hæredes sanguinis esset transitorium: ac proinde feudum præsumitur concessum, vt perpetuum: Ang. *in l. qui in aliena, in principio, vers. & præsumitur*, & Imol. *n.* 2. *vers. & dicit*, & Alex. *n.* 13. *&* 15. *ff. de acquir. hæred.*

Quamobrem si quis feudum accipiat nulla facta mentione de hæredibus, præsumitur sibi, & suis hæredibus consuluisse: *c.* 1. *de duobus fratribus*, & filiis, esto illos non habuerit tempore, quo feudum suscepit, quia feudum intelligitur susceptum pro filiis etiam in perpetuum: *l. tale pactum*, §. *vlt. de pactis*, Bald. *in cap.* 1. *num.* 3. *vers. nota text.* & Alciat. *num.* 1. *de duobus fratr. à Capitan. inuest.*

Annale feudum, seu temporale est, quod post annum statim auferri potest, quale est feudum Guardiæ, & Castaldiæ, & quod pro mercede alicuius rei conceditur: ex pacto potest annus prorogari: & ex conuentione potest iniri pactum, vt nunquam auferatur feudum: ita Bald. *in proœmio feudorum, in* 9. *diuisione*, sequitur Iacob. de S. Georg. *in tract. de feud. in vers. in feud. in* 9. *diuisione*, Petr. Greg. *de iure vniuerso*, *p.* 1. *lib.* 6. *c.* 3. *n.* 6. *vers. porrò feudalia, quæ annumerantur inter impropria feuda, veluti habitationis, Soldata, Camera, Canea, Guardia, Castaldia, & reliquorum, quæ pro mercedibus sunt accipienda; quarum nomine dabantur res ad tempus, & reuocabiles.* Sic ille: sequitur Valasc. *de iur. emphyt. q.* 40. *n.* 14. De quibus *infrà, diuis.* 17. *&* 18.

Vndecima diuisio est in feudum francum, & non 11.
francum. Francum dicitur, quod accipitur sine onere seruitiorum, nisi eorum, quæ continentur in forma fidelitatis, siue ad illa, quæ continentur in forma communi fidelitatis, demptis maleficiis, ad quæ non facienda censetur iurare: Bald. *in prælud. feudor.* Requiritur item vltra hæc, quòd exprimatur in inuestitura, quòd est feudum francum: Valasc. *d. q.* 40. *n.* 19. Garcias *de expensis*, *c.* 12. *n.* 35. vbi ait esse francum, in quo inuestitus ad ea sola seruitia tenetur, quæ expressa sunt in inuestitura; ad alia autem minimè.

Addo, si feudum liberè conceditur, intelligitur esse liberum, & francum, vt post Oldrad. & Bald. scribit Ruyn. *in conf.* 18. *num.* 12. *tit.* 1. Eodem modo

censetur liberum,& francum,si bona omnia integrè, & sine diminutione concedantur. Cæterùm si in instrumento inuestituræ non fuit expressum, quòd nullum exhibeatur seruitium,& fuerit præstitum iuramentum fidelitatis; illud seruitium videtur esse promissum, quod præstari debet ex natura feudi: Alexand. *cons.* 30. *num.* 21. *vers. ad tertium*, *lib.*1. *& cons.*2. *lib.*5. & alij, quos sequitur Cardin. Mantica, *de tacitis conuent. lib.*23. *tit.*15. *num.*37. *cum seqq.*

Feudum non francum est illud, in quo Dominus in inuestitura retinet sibi aliquod seruitium, vt regulariter fit in reliquis feudis: Andr. de Ysernia *in rubrica*, *in quibus causis feuda amittantur*. Bald. *in prælud. feudor. in octaua diuisione.*

12. Duodecima diuisio feudi fit in transitorium ad omnes hæredes, & in non transitorium ad illos, sed ad primogenitum. Transitorium ad omnes hæredes est regulariter quodlibet feudum: quoniam æqualiter ad omnes descendentes transit: Iason *in prælud. feudor.col.fin.num.*128. per text. *in c.*1. *§.*1. ibi, *quod hodie: qui feudum dare possunt.* Quin etiam feudum hæreditarium, quod conceditur pro se,& hæredibus quibuscunque, defertur non solùm filiis, & agnatis; sed etiam extraneis, qui secundùm propriam naturam non succedunt: Bart. *in l.*1. *n.*27. *vers. trigesimo quartò quæritur, de rer.diuis.& in c.imperialem,in principio,num.*19. *de prohibita feudi alienat.per Federic.* Alex. *in l.Gallus,§.etiam si viuente parente ff.de liber.& posth.* Socin. sen. *cons.*157. *num.*5. *lib.*2. Cardin. Mantica *supra*, *d.*2.*p. lib.*23. *tit.*3. *num.*59.

Non transitorium ad hæredes omnes est, quod defertur primogenito, vt est regnum Lusitaniæ, Hispaniæ, Angliæ, Galliæ,& Siciliæ vt habetur *in c.licet, de voto*, vbi Scribentes colligunt successionem Regni de se, vbi aliter non fuerit decisum per legem, non iure hæreditario deferri, sed sanguinis: dum inquit, Rege sine liberis decedente, Regnum de vno ad alium fratrem deuolui ordine genituræ, hoc est propinquitatis in sanguine: sequitur Bald. *in l. cum in antiquioribus,num.*18. *C.de iure deliber.* & Purpuratus *cons.*419. & alij, quos sequitur August. Barbosa *in d. c.licet,de voto,num.*18.

Sed quidquid sit de feudo transitorio,& non transitorio ad hæredes omnes, dicendum videtur in regnis Hispaniarum iure hæreditario successionem esse deferendam tanquam hæreditatem Regis vltimi possessoris, *ex l.*8.*tit.*1.*p.*2. ibi: *Las pueden dexar à sus hereideros, por que han el senhorio por heredad. l.*18. *eiusdem tituli*, ibi: *por heredamento, l.*2. *tit.*15. *part.*2. ibi: *que el senhorio del reino heredasen siempre.* Quas leges expendunt in hanc sententiam Couarr. Pract. *c.*1.*n.*7.& Ioann. Garc. *de expensis,c.*16.*n.*20.*cum seqq. & n.*30. Quam etiam partem, vtpote iure hæreditario esse deferendum in Hispania, tradunt Oldrad. *cons.*94.*num.*8. *Mortuo vltimo possessore.* Abbas *in d.c. licet,de voto*, Costa *de successione regni, pag.*136. Perea *ad l.*1.*tit.*2.*lib. Ordin pag.*121.& alij, quos refert Molina *de primog. lib.*1. *cap.*8. *in principio.*

13. Decimatertia diuisio est in feudum de pacto, & prouidentia, & in feudum hæreditarium propriè sumptum. Feudum de pacto, & prouidentia est illud, quod conceditur alicui pro se, & filiis; nulla de hæredibus facta mentione. Vnde vt quis succedat in hoc feudo necesse est vt sit de liberis, non autem requiritur quòd sit hæres: Bart. *in l.vt iurisiurandi, §. si liberi, num.*4. *ff. de oper. libert.* Alex. *cons.*19. *num.*5. *& 10. lib.*5. *& cons.*26. *num.*3. *vers. aut vasallus,eodem lib.* Menoch. *cons.*201. *num.*53.

Similiter feudum familiare est ex pacto,& prouidentia, quando conceditur alicui, & eius generi, & familiæ: Bald. *in l.cum virum,num.*21. *C.de fideicom; miss.* Pinel. *in l.*1. *p.*3. *num.*84. *vers. omnium tamen, & num.*90. *vers. infertur etiam sexto, Cod. de bonis mater.* Quinimò si feudum concedatur pro se,& hæredibus suis, ea suo corpore legitimè descendentibus, censetur ex pacto,& prouidentia: Roland. *cons.*55.*num.*7. *lib.*3. & Andreas de Ysernia *in c.*1. *§. & filibellus, de alienat.feudi paterni,lib.*2. *tit.*39. per Gloss. *in l. si quis Titio,de vsufructu*, Valasc. *de iur.emphyt. quæst.*43. *n.*3. post alios,& Cardin. Mantica *d.*2.*p. de tacitis & ambiguis,lib.*23. *tit.*3. *num.*38. *vers. sextò quæritur*, quidquid alij repugnent.

Eodem modo dicetur feudum ex pacto & prouidentia, quando conceditur pro se, filiis, vel descendentibus masculis: ita Couarr. *lib.*1. *variarum,c.*18. *num.*2.*vers.quinta conclusio*, Roland. *cons.*60. *num.*30. *lib.*1. Ofascus *decis.*161.*num.*1.& in specie Socin. iun. *cons.*42.*num.*3.*lib.*3. quibus accedit Menoch. *cons.*160. *num.* 30. Idem dicendum est de feudo concesso pro se,& suis, absque expressione hæredum,& filiorum; quia non fit mentio hæredum: & ideò censebitur de prouidentia, seu de familia: ita Valasc. *de iur.emphyt. quæst.* 44. *num.*15. Quod etiam tenendum est, quando conceditur Tibi,& Petro filio tuo: Mascard. *de probat. conclus.* 767. *num.*4. *&* 5. Sed Mant. Card. *d.lib.*23.*tit.*3. *n.*37. vult hoc feudum potius esse hæreditarium, quia de suis hæredibus intelligitur, esséque hæreditarium secundùm quid. Sed tu ne recedas à prima opinione in consulendo, & iudicando.

Feudum hæreditarium propriè est, quod conceditur simpliciter pro se & hæredibus: quæ sententia vt magis vera recipitur: Gratus *cons.*4. *num.*4. *lib.*1. vbi testatur de communi. Vnde qui vult succedere in feudo, necessariò debet succedere in hæreditate morientis vasalli: Menoch. *cons.*201.*n.*52. Mascard. *de probat. conclus.* 767. *num.*1. *&* 2. Et non sufficit probare se filium, sed requiritur, quòd probet se hæredem esse ex communi sententia.

Cæterùm feudum hoc hæreditarium adhuc dici potest paternum, & maternum. Paternum hæreditarium est eius naturæ, vt competat tantùm masculis descendentibus liberis; Maternum verò, vt primùm masculis; deinceps fœminis possit accedere; etiam si quis pro se, & liberis masculis, & fœminis inuestituram accipiat: Ita Petr.Gregor. *supra,d.lib.*6. *cap.*2. *num.*18.

Porrò quando feudum conceditur pro se, filiis, descendentibus, ac hæredibus: aliqui apud Alexand. *in l quod dicitur, num.*21. *de verbor. obligat.* volunt esse de pacto,& prouidentia: ex eo quia dictum fuit pro se, filiis,& descendentibus, & illud verbum *hæredibus*, quod sequitur, restringitur à verbis præcedentibus. Ipse tamen Alex. *in d.l.quod dicitur,num.*21. putat esse feudum hæreditarium: sequitur Couarr. *lib.*2. *variar. c.*18.*n.*3. vbi pro hac parte multos refert: ex quo dictum fuit ibi, *pro hæredibus.*

Attamen dicendum est hoc feudum esse mixtum; hoc est, esse feudum ex pacto, & prouidentia hæreditarium. Quatenus enimque prouenit ex concessione Principis, & prouidentia primi acquirentis, est feudum ea pacto & prouidentia: hæreditarium autem, quoniam succedens in hoc feudo debet esse hæres illius primi acquirentis: ita Iul. Clar. *verbo, feudum,q.*9.*vers.quandoque,& tertio.* Menoch. *d.cons.*202. *n.*56. *vers.tertius est casus*, non autem vltimi possessoris: Card. Mantica *supra*,2.*p.lib.*23.*tit.*3.*n.*44. siue mediatè sit hæres primi inuestiti, siue immediatè; neque est necesse, vt sit hæres vltimi possessoris: Bart. *in l.vt iurisiurandi, §.si liberi, num.*4. *ff.de oper. libert.* Alexand. *cons.*26. *num.*7. *lib.*5.

His accedit, feudum ex pacto & prouidentia, & feudum hæreditarium non esse species inter se contrarias, sed posse simul conuenire: Nihilominus quæri potest in dubio an feudum sit tale, vt qui vult

vult succedere debeat esse hæres, vel non. Nam feudum ex pacto & prouidentia secundùm eos dicitur, quando quis est inuestitus pro se & liberis, & in hoc omnes conueniunt non esse necesse, vt ille, qui vult succedere, sit hæres: at in feudo hæreditario, requiritur quòd sit hæres: ita Natta *conf.681. num.1. in fine.*

Iam verò si feudum concedatur alicui pro se, & hæredibus, ita quòd primogenitus aliis præferatur; erit ex pacto & prouidentia: eo quòd in successione paterna non datur locus huic præferentiæ, cùm æqualiter omnes liberi ad successionem ingrediantur: §.1. *in auth. de hæred. ab intestat. venien.* Alex. *conf.17. sub num.4. lib.3.* idem autumat Afflict. *in prælud feudor. col.30. vers. item in feud. & in c.1. n.13. an agnati vel filij.* Si feudum tribuatur alicui pro se, & hæredibus masculis, & fæminis, ita quòd masculus fœminæ, & maior natu minori præferatur; tunc etiam erit feudum ex pacto & prouidentia: Secùs quando feudum concessum fuerit pro se, & hæredibus, & descendentibus masculis, & fœminis eo ordine, vt masculis existentibus fœminæ non succedant: in quo euentu esse hæreditarium vult Decian. *conf.24. num.68. lib.1.* Decius tamen *conf.395. num.6. & sequent.* ait esse ex pacto, & prouidentia: sed Decian. contrarium fuisse iudicatum refert *d. conf.24. num.69.*

14. Decimaquarta diuisio est in feudum antiquum, & in feudum nouum. Antiquum dicitur illud, quod à maioribus etiam vltra quartum gradum est acquisitum: Valasc. *de iur. emphyt. q.42. n.1.* seu, vt aliis regulariter etiam placet, quod est acquisitum ab aliquo ascendente, qui fuerit parens communis agnationis: Nunc hoc feudum antiquum dicitur etiam paternum, quamuis paternum dicatur propriè, quod à patre, vel ab aliquo ascendente infra quartum gradū inclusiuè fuit acquisitum: Petr. Greg. *1. p iuris vniuers. lib.6. c.2. n.19.* Card. Mant. *de tacit. & ambig. a.p. lib.23. tit.3. n.71.* vbi notat feudū antiquum & paternum distingui interse, eò quòd feudum acquisitū ab aliquo ex antecessoribus, qui vltra quartum gradum fuit origo communis agnationis, vocatur feudum antiquum. Quod autem à patre, vel alio ascendente vsque ad quartum gradum habuit principium, paternum dicitur: Bald. *in c.1. § hoc quoque, n.10. vers. & not. de successione feudi.* Alex. *conf.30. n.3. lib.1. & conf.16. n.6. lib.5.* Decius *conf.208. n.9. vers. paternum:* atque ita feudum antiquum dicitur propriè illud, quod est acquisitum ab aliquo ascendente, qui est stipes communis agnationis: ita Alex. *vbi proximè,* & Crauet. *de antiquitate tempor. p.5. in principio, n.1. & seqq.* paternum autem propriè appellatur, quod est acquisitum à patre vel ab alio ascendente vsque ad quartum gradum: ita Præpos. *in præludio feuder. n.40. & seqq.* Bald. *in cap.1. de success. feud.*

Feudum nouum dicitur, quod est acquisitum de nouo, & habet principium ab ea persona, quæ de nouo fuit inuestita primùm: *c.1. vers. nouam inuestituram dico, Qui testes necessary sunt ad nouam inuestituram probandam, lib.2. de feud. tit.82.* Valasc. *de iur. emphyt. q.42. n.3.* nec dicitur venire per successionem à maioribus, nec fuit acquisitum à primogenitoribus: Oldrad. *conf.178. n.2.* Iason *in l.2. n.214. col. fin. C. de iur. emphyt.* Afflict. *decis.112. n.5.* vbi etiam vocat feudum nouum ex nouis pactis, seu causis: Iul. Clar. *§. feudum, q.8. n.1.*

An autem sit dicendum feudum nouum, quod fuit extinctum, & postea renouatum, tradit Bald. *in l.1. n.11. de rer. diuis.* & Afflict. *in c.1. § si vero contigerit, n.1. de pall. iuram. firmand.* vbi dicunt ita esse vocandum. Domino autem feloniam vasallo remittente, non vocabitur feudum nouum, nisi per nouam inuestituram sit ita factum; videlicet si possessio corporalis ad dominum rediret, qui vasallum de nouo inuestiuit: ita Bald. *in d.l.1. n.11. de rerum diuisione, &*

in c.1. §. insuper, n.8. de prohibita feudi alienatione, per Federic. & pater, quia si felonia remittatur priusquam vasallus priuetur per sententiam, feudum retinet suam antiquam naturam; & ideò non est nouum: vt notat Paul. de Castr. *in l. peculium, § si ære alieno, n.2. & 3. ff. de peculio,* sed antiquum: Titaq. *in l. si vnquam, in verbo, reuertatur, num.10. C. de reuoc. donat.*

Quòd si feudum nouum concessum fuerit iure feudi antiqui simpliciter, in omnibus, & per omnia, secundùm Bald. *in c.1. n.2. de alienat. feudi paterni, lib.2. tit.39.* erit feudum antiquum: iuxta autem Oldrad. *conf.178. n.3.* censebitur nouum. Sed prior opinio est receptior, & illam tanquam magis communem sequitur Iason *in conf.136. col.4. vers. specialius, lib.4.* Corn. sen. *conf.49. post numerum 58. vers. respondemus enim.* & Curt. iun. *de feud. in 1. p. princip. q.8. col.2.* Iul. Clar. *§ feudum, q.8. n.2.* Card. Mant. *d. lib.23. tit.3. n.77.* vbi *num.76.* voluit feudum antiquum posse fieri nouum, si concessum sit tanquam nouum: *c.1 in fin. de eo qui fin. fecit adgn. de feudo paterno, lib.2. de feud. tit.49.* quod intelligitur sine præiudicio agnatorum: ita Tiraq. *de retract. lignag. §.32. gloss.1. num.38.*

Roland. tamen *conf.3. num.2. vol.4.* tradit, quando feudum est antiquum, non posse de eo inuestiri; vt de feudo nouo, ne fiat præiudicium agnatis non consentientibus, quibus erat ius quæsitum ex prima inuestitura beneficio domini.

Hinc sequitur differentia inter feudum nouum, & antiquum, quod si vasallus ob aliquam culpam non concernentem domini personam priuetur feudo, in hoc casu, si feudum est nouum reuertitur ad dominum: quando autem est antiquum permanet apud eius filios, saltem quando fuit expressè acceptum pro se, & liberis: Iul. Clar. *§. feudum, q.66. vers. etiam hæc quidam, in n.5.* Si verò est antiquum reuertitur ad agnatos vasalli: prout vult Ysernia. Idem Iul. Clar. *d. § feudum, q.8. n.5. vers. quæro nunc, & seqq.*

Decimaquinta diuisio fit, in feudum purum, simplex, seu rectum, & in feudum conditionatum. Feudum purum, simplex, seu rectum, est feudum proprium, pro quo feruitium præstonale præstatur secundùm formam iuramenti fidelitatis *c.1. de forma fidelitatis, lib.2. tit.6.* nec datur sub conditione, Valasc. *de iur. emphyt. q.40. n.13.* Indeterminatè tamen prout notat Petr. Gregor. *d. lib.6. c.1. n.14.* Conditionatum est quod habet seruitium determinatum reale, & dicitur feudum improprium, accedens ad naturam emphyteusis: ita Cyn. *in authent. ingressi, col. vltima, vers. primo casu, C. de sacros. Eccles.* Dec. *conf.138. n.7.* Bald. *in tit. de pace Constantia, in verbo, libellaria,* Vincent. de Franch. *in decis. Neapolit. 154. num.4.* & alij quos referens sequitur Camill. Borrell. *in Summa decis. tom.1. tit.34.* vbi feudum concessum sub certo, & determinato seruitio singulis annis, vocat Conditionatum, putà si teneatur vasallos dare domino vnas chirothecas: & Card. Mantica *de tacit. & ambig. p.2. lib.23. tit.3. num.64. & tit.15. num.40.* 15.

Decimasexta diuisio est in feudum paternum, & maternum: Paterni ea est natura, vt competat tantùm masculis descendentibus liberis: *c.1. §. profecto, de lege Corradi, lib.2. feudor. tit.34.* Maternum autem est, quod primùm conuenit masculis, deinde & fœminis potest accedere: *cap.1. §. de feud. fœmin lib.2. tit.30.* Petr. Gregor. *d. lib.6. c.1. num.18.* Card. Mant. *d.2. p. lib.23. num.2. vers. quod primum extenditur.* 16.

Decimaseptima diuisio feudi est in feudum Guardiæ, & Castaldiæ. Feudum Guardiæ datur pro custodiendo Castro, vel territorio: vt *in titul. de feudo Guardiæ, & Castaldiæ, lib.1. tit.2.* nam Guardia est Custodia, vetus vox Germanica: vnde feudum Guardiæ Impunitur Custodi, diciturque feudum impropriè: feudum autem Castaldiæ conceditur 17.

pro gubernatione, & adminiſtratione rerum; nam Caſtaldia eſt cura, & Caſtaldus eſt præfectus ſiue cuſtos rerum: Garc. *de expenſis*, c. 12. n. 46. Petr. Greg. *d. lib. 6. c. 3. n. 9.* Valaſc. *de iur. emphyt. quaſt.* 40. *num.* 20.

18. Decima octaua diuiſio fit in feudum de Camera, & de Cauena. Feudum de Camera, ſeu de Cauena dicitur cum aliquid ex Camera Communitatis, vel fiſcali, aut Principis, vel ex menſa Argentariorum, aut ſimilium, ſingulis annis, vel in Cibariis diſtributionibus diurnis conferuntur in feudum: Aluarot. *in §. ſciendum, in c. vnic. de feudi cognitione, lib. 2. feudorum*, Valaſc. *ſuprà, q.* 11. *n.* 7. Garc. *d. c.* 12. *n.* 46. vbi ait feudum de Camera, ſiue Cauena non eſſe propriè feudum, quia non conceditur obſeruata rectâ ratione feudi; nam Camera, Longobardorum lingua, eſt Conclaue, vbi pecunia aſſeruatur, & cui Cameræ applicatur pecunia, vnde ſtipendium annuatim vaſallo datur à domino; & Cauena eſt Cella: ex quo feudum de Cauena eſt annua erogatio frumenti, ſeu vini, ſeu alterius annonæ quæ militibus tribuitur: quare de penu quotidiana debet peti hoc feudum, & tenetur petens cum Domino adeſſe, nec aliter poteſt petere quàm ſit in penu, ſeu Camera, ſeu Cauena, vnde ſolui poſſit: Petr. Gregor. 1. *part. iuris vniuerſi, lib.* 6. *c.* 3. *num.* 10. Valaſc. *d. quaſt.* 40. *num.* 18.

19. Decimanona diuiſio eſt in feudum in Curte, & extra Curtem: c. 1. *§. fin. & ibi Gloſſ. quibus modis feudum amittatur*, Aluar. *c.* 1. *de Capitaneo qui Curiam vendidit*, Sed melius Sonſbechius 3. *p. ex num* 27. *de feud.* Garc. *de expenſis*, c. 12. *n.* 14. Denique eſt feudum Soldatæ, vt apparet ex text. *in §. fin. quis dicatur Dux, Marchio, Comes, vel Capitaneus, vel Valuaſor, lib.* 2. *n.* 10. quod feudum dicitur perſonaliſſimum, quod non tranſeat ad hæredes: Bald. *in præl. feud.* Dicitur autem feudum Soldatæ ſolutio pro ſeruitio: *d. §. fin. quis dicatur Dux*, Garcias *d. c.* 12. *n.* 47. Valaſc. *d. q.* 12. *num.* 7. vbi concludit hoc feudum conſiſtere in præſtatione quadam annua ſoluenda plerumque in frumento, & aliis mobilibus; & ita vocari à datione ſolidorum, vt dictum eſt.

---

§. VI.

Vtrùm in Luſitania, & Hiſpania, feuda ſint in vſu?

EPITOME.

1 *Donationes factæ à Regibus in Hiſpania Nobilibus de oppidis habent naturam feudi.*
2 *Feuda in regno Caſtellæ, an ſint Ducatus, Marchionatus, & Comitatus?*
3 *Vaſalli in Regno Caſtellæ Regis qui vocentur?*
4 *Donationes huiuſmodi quamuis degenerent à natura feudorum, feuda tamen dici poſſunt?*
5 *Feuda in Luſitania an ſint aliqua de bonis Coronæ?*
6. *Luſitania quando fuit in dotem data Comiti Henrico an conceſſa fuerit cum aliquo onere?*
7 *Luſitania tempore Regis Alphonſi Henriques an fuerit Ordini Ciſtercienſi, aut Eccleſiæ Romanæ vectigalis?*

1. Illud apud Hiſpanos dici poteſt ex Molin. *de primogenitis, lib.* 1. *cap.* 14. *ex num.* 47. Conceſſiones factas ſeu donationes à Principe Nobilibus oppidorum cum dignitate, & iuriſdictione, propter quas accipientes tenentur ad certum ſeruitium tempore belli, habere naturam feudi: eò quia in Regnis Caſtellæ nunquam viſum fuit, neque auditum aliud genus feudi niſi huiuſmodi conceſſiones.

2. Hinc fit vt Duces, Marchiones, & Comites, quibus in Hiſpania à Rege conceduntur oppida cum dignitate, & iuriſdictione cenſeantur Feudiſtæ, & omnes vocantur vaſalli propriè: vt oſtenditur *ex l.* 1. *tit.* 25. *p.* 4. *& l.* 2. *tit.* 26. *eadem partita.* Et ita duntaxat in Regiis diplomatibus, & Epiſtolis vocantur Vaſalli Regis, illi qui conſecuti ſunt eadem oppida, & eadem Caſtra cum iuriſdictione, etſi omnes ex generali obligatione regulariter in Regno Caſtellæ viuentes dicantur vaſalli: attamen ex Regia conceſſione ratione oppidorum poſſidentes prædicta oppida ad fidelitatem adſtringuntur, & ad ſeruiendum cum certo numero militum, qui vulgò vocantur *Lanças* tempore belli, & ad alia huiuſmodi tenentur, vt veri vaſalli de quibus loquuntur Leges Partitarum *titul. de los vaſallos* qui eſt *titulus ordine* 25. *part.* 4. 3.

Et quamuis donationes memoratæ non regulentur ſecundùm iura feudorum in multis; tamen quodammodo dici poſſunt ex conſuetudine conceſſiones feudales; eo quòd diuerſæ conſuetudines in diuerſis prouinciis circa feuda obſeruantur: atque ita licèt in aliquibus huiuſmodi conceſſiones à natura feudi recedant, non ſeruantes propriam naturam feudum; feuda nihilominus ſuo modo erunt; eò namque quòd pacto aut conſuetudine à natura feudi recedi poteſt: Præpoſitus poſt Bald. *in proœmio feudorum, col.* 7. Natta *conſ.* 467. *num.* 22. *lib.* 2. idem Bald. *in l.* 1. *col.* 4. *quaſt.* 16. *ff. de rerum diuiſione*, vbi addit, eſto, Dominus vaſallum ab omni ſeruitio eximat, non tamen per hanc exemptionem deſinere eſſe feudum quoad ſubſtantialia: text. *in c.* 1. *de feudo non habente propriam naturam feudi, lib.* 2. *tit.* 48. Franciſc. Curtius *in tractatu feudorum, p.* 1. *quaſt.* 6. 4.

Ambigi poteſt, an in Luſitania poſſint dici feuda, bona Coronæ? ratio dubitandi, quia bona Coronæ poſſidentes non ea poſſideut, niſi ſub certis conditionibus, videlicet, vt fœminæ nequeant matrimonium contrahere ſine licentia Regis habentes bona Coronæ, ex Ordinatione *lib.* 2. *tit.* 37. *in princip.* quod etiam conſtitutum eſt in Regno Neapolitano, ne feudatarius vxorem ducat ſine licentia Regis; vt habetur *lib.* 3. *conſt. & lib.* 1. *tit.* 13. cuius meminit Cabed. 2. *part. deciſ.* 51. *n.* 1. *& n.* 6. Solutio tamen *infrà verſ. his poſitis.* 5.

An autem huiuſmodi conditio non nubendi ſine licentia Regis ſit valida: affirmat Barboſa Vimarenſis in remiſſionibus ad Ordinationem Regiam *lib.* 2. *tit.* 37. *n.* 1. *&* 2. vbi addit modò extare Pragmaticam nouiſſimè editam à Rege Philippo II. *anno Domini* 1616. vbi prohibitum eſt omnibus perſonis cuiuſcumque ſtatus, & conditionis, poſſidentibus bona Regiæ Coronæ, vel aliis quibus in futurum ſpes eſt ſuccedendi in prædictis bonis, ne matrimonium contrahant ſine facultate Regis prius præſentata, ſub pœna incapacitatis ipſo iure ſuccedendi in prædictis bonis.

Nihilominus eſſe inualidam huiuſmodi conditionē non nubendi ſine facultate Regis prout verba ſonant, oſtenditur ex *l. Turpia. ff. de legat.* 1. *& ex l. cùm tale, §. ſi arbitratu, ff. de condit. & demonſt.* per quæ iura probatur non valere conditionem appoſitam in legato, vt legatarius arbitratu alicuius contrahat matrimonium, quia debet illud eſſe liberum, nec pendere ab alieno arbitrio: & ideò cùm per huiuſmodi conditionem adiectam minuatur libertas, non eſt admittenda talis conditio: Gloſſ. *in c. cùm pluresi, verbo, liberè, de officio delegat. in* 6. Bald. & Imol. *in l. cùm tale, §. ſi arbitratu, n.* 6. *limit.* 2. *ff. de condit. & demonſt.* Facit Molina *lib.* 1. *de primogeniis, c.* 13. *n.* 35. Facit text. *in l. filia mea, ff. de condit. & demonſtrat.* Secundùm quam ſententiam, non eſt valida conditio hæc poſita per Principem ſæcularem in donationibus à ſe ipſo factis: Decian. *conſ.* 13. *à num.* 9. *lib.* 1.

Nec

Nec obest Ordinatio Lusitana *d. lib. 2. tit. 37. in principio*, admittens dumtaxat supradictam conditionem in fœminis possidentibus prædicta bona Regiæ Coronæ ne nubant sine Regia facultate: Quia id cautum fuit propter fragilitatem earum, vt ipsæ spe lucri alliciantur, nec deterreantur metu pœnæ, quæ sola minuit libertatem, & reprobatur à iure, *d. §. si arbitratu*. Idem est dicendum, quando conditio importat, vt qui est ducturus vxorem, eam non accipiat sine licentia Regis, tunc sustinetur: contra verò, si ea conditio apponatur à priuato homine, in quo euentu habetur pro non adiecta; & ideo est reiicienda: *d. §. si arbitratu*; secus in Principe non recognoscente Superiorem, offerente bona suæ Coronæ: eo namque iuris ordine; quia expedit Reipublicæ, vt bona Regia non veniant nisi ad viros fideles, & personas Principi acceptas: secùs quando tota matrimonij ratio penderet ex voluntate Principis, eligentis, & nominantis personam, cum qua ineundum est matrimonium, ita vt totum illud pendeat à Principis voluntate: in quo euentu talis conditio, vt libertatem impediens, reiicitur: *cap. cum terra, de electione*, & *ibi* Anton. *num. 4*. Couar. *de sponsal. 2 p. cap. 3. §. 5. num. 9.* & in terminis contra Bald. *l. 1. in fin. C. de sponsal.* communiter traditum est, non sustineri dispositionem testatoris, vt executor testamenti collocet filiam in matrimonio, quia per hoc libertas matrimonij minuitur: text. *in d. l. turpia, in fin.* & *ibi* Iason. *n. 5. ff. de legat. 1*.

His positis dicendum est non esse feuda bona Coronæ & donationes, neque habere naturam feudi: vt habetur in specie *lib 2. Ordin. tit. 35. §. 3.* ibi: *ontrosi* vbi dispositum est ne bona Coronæ Regni diuiderentur inter hæredes, nec aliquo modo alienarentur, sed integra & indiuisa essent in filio maiori natu legitimo, sine aliquo onere seruitij, vt fieri solet in feudo *porque queria, que nam fosem hauidas por terras feudatarias, nem tinesem natureza de feudo*. idem Barbosa *ibi ad d. §. 3*.

6. Quæstionis est, an quando Alphonsus VI. Castellæ dedit genero suo Comiti Henrico Lusitaniam in dotem cum Regina Theresia filia sua, adiecerit onus aliquod, aut conditionem aliquam illi, aut eius successoribus, siue homagium, seu hominium? Dicendum est cum Odoardo Nunez Doliam *in vita Comitis Henrici, vers. sendo pois Dom. Henriques* nullum onus, nec hominium fuisse impositum Comiti à Socero suo, in ea donatione: vbi fundamenta pro contraria parte, & argumenta Scriptorum Hispaniæ facilè euertit ac diluit: sequitur Pater Antonius Vasconcellius nostræ Societatis *in vita etiam eiusdem Comitis Henrici* per hæc verba: *Henrico, vt præter cæteros streno, Lusitaniam, ne obolo quidem vectigalem, sed plane liberam, sub Comitatus nomine addixit*, Alphonsus scilicet eius socer. sic ille.

Nec obest, quod ait idem Odoardus, & Vasconcellius, vterque *in vita Regis Alphonsi huius nominis III. Regis Portugaliæ*, cui Alphonsus Castellæ Rex cum Regina Beatrice eius filia dedit in dotem Algarbium Lusitaniæ, his tantùm conditionibus interpositis. Primò, ne priuilegia à se priuatis negotiatoribus Tudertani Regni irrogata vnquam rescinderentur. Secundò, vt in litibus facultas esset prouocandi ad Castellanam Curiam. Tertiò, vt Rex Alphonsus III. & ipsius liberi Alphonso dumtaxat X quoad viueret cum expeditis quinquaginta equitibus præsto essent, dum Rex postularet. Quia huiusmodi conditiones non in perpetuum fuerunt impositæ Alphonso III. Alphonsi X genero, vt ipse socero suo, non ita cæteris Castellæ Regibus auxiliaretur. Quas conditiones postea in nepotis Dionysij gratiam remisit Alphonsus X. Ex quo locus datus est fabulæ ortæ sine fundamento inter Historiographos, Lusitaniam ab Henrico Comite ad Alphonsum III. Castellanis Regibus stipendia exsoluisse.

Consequens est dicere, an Rex Lusitaniæ Dom. Alphonsus Henrici fecerit eam vectigalem Abbati Clarauallensi, aut Romanæ Ecclesiæ? Quoad primum constat ex traditis ab eruditissimo Fratre Bernardo de Brito *lib. 1. Chronica Cisterciensis, lib. 3. cap. 5.* & deducitur ex instrumento inuento in Chartophylacio Monasterij Alcobasensis, cuius tenor sic habet.

In Dei nomine. Quoniam quidem decet vnumquemque fidelem, de bonis sibi collatis, à supremo Largitore, Dei ministros participes efficere, vt per eos cœlestium bonorum particeps efficiatur. Ideo ego Aldefonsus miseratione diuina Portugalen. Rex, nouiter Deo iubente creatus, quia me plus omnibus debitorem sentio, cupio me, & omnia mea Altissimo offerre, vt tam ego, quam successores mei in perpetuum regnaturi, agnoscant habere Regnum de manu Domini, qui præsentialiter tradidit illud mihi, ac corde firmo, & charitate perfecta, fidem Christianam ab infidelium iniurijs vindicarem, & Sanctam Ecclesiam de regni redditibus ditarem, vt sic esset Regnum Sanctum, Deo charum, & in perpetuo stabilitum. Et quia iam me, & omnia mea Beato Petro, & eius Successoribus vectigalem constitui, cupiens nunc, & Beatam Dei genitricem, apud Deum aduocatam habere: de consensu vasallorum meorum, qui absque externo adiutorio me in Regium solium constituerunt, me ipsum, Regnum meum, Gentem meam, & Successores meos sub Beata Maria de Claraualle tutelam, protectionem, defensionem, & patrocinium constituo, & constituta fore decerno: Ordinando, & mandando omnibus, & singulis successoribus meis in hereditatem huius Regni legitimè intrantibus, vt per singulos annos, eidem sanctæ Ecclesiæ Sanctæ Mariæ de Claraualle, quæ est Cisterciensis Ordinis, posita in Regno Franciæ, in Diœcesi Lingonensi, tribuant in modum feudi, & vasallitij quinquaginta Marabitinos auri probati, boni, & digni quod recipiatur. Si verò contigerit per nostrum Dominium aliquem eiusdem Monasterij, & Ordinis præfati intrare, vel transire, vel Monasterium inibi construere; persona, & res talis Monasterij sub tutela, & patrocinio Regis erunt, taliter, quòd a nullo possint molestari, inquietari, perturbari, vel à suis bonis defraudari, quòd si contingat, in pristinam libertatem restituantur quacumque hora temporis, vel momenti, in quo maiori commoditate id fieri quiuerit: Quapropter bona talium Monasteriorum, & personarum, erunt tanquam bona Regalia, & de illis erit Regi eadem cura, quam de suis debet habere. Si verò Rex aliquis, vel tyrannus, quem de lumbis nostris futurum non credimus, præfatas personas molestauerit, seu illarum bona subripuerit, non meam, aut earum, sed Virginis hereditatem vsurpare se credat, & tanquam Domino suo infideliis, sub cuius tutela Regnum constituimus, eodem priuetur, & semen eius non elucescat super terram. Fratribus verò in dicto Monasterio de Claraualle, & in alijs sui Ordinis Domino famulantibus, cura erit statum Regni nostri Deo deuotè commendare, & animam meam, & parentum meorum, Missis, & vigilijs adiuuare, & de feudo, seu vasallitio, Altare Beatæ Mariæ reparabunt. Abbas verò Dominus Bernardus, & eius in perpetuum successores huiusmodi feudum annuatim habebunt in die Annuntiationis Beatæ Mariæ Virginis. Et ideò, Virgo Mater Domini mei Iesu Christi, in cuius laudem hic Ordo constitutus micat, ego humilis seruus tuus Aldefonsus Rex Portugalensis peto, quatenus meum Regnum defendas à Mauris inimicis Crucis Filij tui, & Coronam hanc ab omni externo dominio liberam conserues, ac de prole mea fideles seruos, & feudi largitores in Regni sede corrobores: Si quis verò contra hoc vasallitium, & feudi testimonium aliquid attentauerit, si vasallus fuerit à

Regno noſtro expellatur: ſi verò (quod Dominus non conſentiat) Rex fuerit, ſit à nobis maledictus, & in ſtirpe noſtra non numeretur, & à Domino Deo, qui nobis Regnum dedit, omni dignitate ſpoliatus, & à ſuis inimicis victus, & cum Iuda traditore in inferno ſepultus. Facta Charta in Eccleſia Lamacenſi.4.Cald.Maij anno 1141.

Ego Rex Aloefonsus.

Egas Curiæ præſes confirmat.

Petrus Pelaides Curiæ ſignifer confirmat.

Euas Ropinius Colomb.præfect confirmat.

Pelagius de Sauſa confirmat.

Gund.ſaluus de Sauſa pro teſt.

Velaſcus Sancius, pro teſt.

Roſendus Aluar. pro teſt.

Alphonſ.Egea pro teſt.

Foit ergo in poſſeſſione recipiendi hoc feodom Ordo Claraualleoſis, non ſolùm imperante Domino Alphonſo Henriques Rege primo, qui feudum conceſſit, ſed poſt illum idem feudum receperunt plures Abbates à Regibus ſeqoentibus, vt cooſtat ex memoriis aſſeruatis io Monaſterio Loruanenſi, ex quibus oſtenditur Regem Sancium huius nominis II. Domini Alphonſi Henriquez pronepotem ſoluiſſe hoc feudum, vt videre eſt ex ſchedula ſequenti, quæ ſic habet.

Nos frater Rodulfus dictus Abbas de Claraualle notum facimus præſentes literas viſuris, quòd nos recepimus à procuratore Domini Sancij Illuſtris Regis Portugalen. hoc anno ſalutis 1230. *quinquaginta Marabitinos auri optimi, boni, probati, & digni quod recipiatur, pro reparatione Altaris Sanctæ Mariæ Virginis, quos annuatim ſolent perſoluere, pro ſua pietate Reges Portugalen. in Vigilia Annuntiationis Beatæ Virginis Mariæ: & quia hoc anno illos recepi à procuratore ſuo, ſicut & cæteris annis receperunt prædeceſſores mei, ideo do illi hanc Chartam teſtimonij actam anno ſalutis* 1230. *Menſe Martio.*

Ad hæc accedit alia certitudo eiuſdem ſolutionis his verbis: *Ego frat. Petrus Abbas Sancti Ioannis de Tarauca affirmo, quòd recepi de vobis, Ioannes Aluariz procurator Domini Regis Alphonſi, quinquaginta Marabitinos auri boni, vos dediſtis, ego recepi: vos dediſtis in nomine Regis, ego recepi in nomine Abbatis de Claraualle in virtute illius facultatis, quam ego oſtendi vobis anno præterito, & in præſenti, & de hoc de per quitum vobis, & vt habeatis firmitudinem, facio Chartam propria manu. Calend. Iulij anno Domini noſtri* 1249. In quo anno regnabat adhuc Alphonſus III. Comes qui fuit Boloniēnſis.

Quoad ſecundum an ſcilicet Dominos Alphonſos Henrici fecerit Regnum Portugaliæ vectigale Romanæ Eccleſiæ? eſt indubitabile feciſſe, vt dictum eſt in præcedenti diplomate iuſdem Regis, *vbi proximè*, incipit: *In Dei nomine.* & clarius ioſi à demooſtrabitur ex confirmatione facta à ſommo Pootifice Alexandro III. de titulo, & oomioe Regis Portugaliæ, quod accepit in agro Orichieoſi, anteqoam collatis ſignis com quioque Regibus dimicauerit, de quibus Chronicum Garibai etiam *lib.* 34. *cap.* 10. Summa autem Bullæ Alexandri III. hæc eſt.

Alexander Epiſcopus ſeruus ſeruorum Dei Chariſſimo in Chriſto filio Alphonſo Illuſtri Portugalenſium Regi, eiúſque hæredibus, in perpetuam memoriam. Manifeſtis probatum eſt argumentis, quod per ſudores bellicos, & certamina militaria inimicorum Chriſtiani Nominis intrepidus extirpator, & propagator diligens Fidei Chriſtianæ, ſicut bonus filius, & Princeps Catholicus multimoda obſequia Matri tuæ ſacroſanctæ Eccleſiæ impendiſti, dignum memoriæ nomen, & exemplum imitabile poſteris relinquens: Æquum eſt autem, vt quos ad regimen, & ſalutem populi ab Alta diſpenſatio cæleſtis elegit, Apoſtolica Sedes affectione ſyncera diligat, & iuſtis poſtulationibus ſtudeat efficaciter exaudire. Proinde Nos attendentes Perſonam tuam, prudentia ornatam, iuſtitia præditam, atque ad populi regimen idoneam, eam ſub Beati Petri, & noſtra protectione ſuſcipimus, & Regnum Portugalenſium cum integritate honoris Regni, & dignitate, quæ ad Reges pertinet, nec non & omnia loca, quæ cum auxilio cæleſtis gratiæ de Sarracenorum manibus eripueris, in quibus ius ſibi non poſſunt Chriſtiani Principes circumpoſiti vendicare, Excellentiæ tuæ concedimus, & auctoritate Apoſtolica confirmamus. Vt autem ad deuotionem, & obſequium Beati Petri Apoſtolorum Principis, & ſacroſanctæ Romanæ Eccleſiæ vehementiùs accendaris hæc ipſa præfatis hæredibus tuis duximus concedenda, eóſque ſuper his quæ conceſſa ſunt, Deo propitio, pro iniuncto nobis Apoſtolatus officio defendemus. Tuæ itaque intererit, Fili Chariſſime, Te ita circa honorem, & obſequium matris tuæ ſacroſanctæ Romanæ Eccleſiæ humilem, & deuotum exiſtere, & ſic Te ipſum in eius opportunitatibus, & dilatandis Chriſtianæ Fidei finibus exercere, vt de tam deuoto, & glorioſo filio Sedes Apoſtolica gratuletur, vt in eius amore quieſcat. Ad indicium autem, quòd præſcriptum Regnum B. Petri iuris exiſtat, pro amplioris Reuerentiæ argumento ſtatuiſti duas Marchas auri annis ſingulis, Nobis, noſtriſque Succeſſoribus perſoluendas; quem vtique cenſum ad vtilitatem noſtram, & Succeſſorum noſtrorum, Bracharenſi Archiepiſcopo, qui pro tempore fuerit, Tu, & Succeſſores tui curabitis aſſignare. Decernimus ergo, vt nulli omninò hominum liceat Perſonam tuam, aut hæredum tuorum, vel etiam præfatum Regnum temerè perturbare, aut eius poſſeſſiones auferre, vel ablatas retinere, minuere, aut aliquibus vexationibus fatigare. Si quæ igitur in futurum Eccleſiaſtica ſæcularíſue perſona ſanè noſtram Conſtitutionis paginam ſciens contra eam temerè venire tentauerit, ſecundò tertióve commonita, niſi reatum ſuum digna ſatiſfactione correxerit, poteſtatis honoriſque ſui dignitate careat, reámque ſe diuino iudicio exiſtere de perpetua iniquitate cognoſcat, & à ſacratiſſimo corpore, ac ſanguine Dei, & Domini Redemptoris noſtri IESV Chriſti aliena fiat, atque in extremo examine diſtrictæ vltioni ſubiaceat. Cunctis autem eidem Regno, & Regi, ſua iura ſeruantibus, ſit pax Domini noſtri IESV Chriſti, quatenus & hic fructum bonæ actionis percipiant, & apud diſtrictum Iudicem præmia æternæ pacis inueniant. Amen, Amen, Petrus Paulus, Alexander Papa III.

Ego Alexander *Catholicæ Eccleſiæ Epiſcopus.*

Ego Ioannes Presbyter Cardinalis S. Ioannis, & Pauli, Eccleſiæ Lamachij.

Ego Ioannes Presbyter Cardinalis Eccleſiæ S. Anaſtaſiæ.

Ego Ioannes Presbyter Eccleſiæ S. Marci.

Ego Petrus presbyter Cardinalis Eccleſiæ S. Suſannæ.

Ego Viuramenſis presbyter Cardinalis Eccleſiæ Sancti Stephani in Cælio monte.

Ego Cynthius presbyter Cardinalis Eccleſiæ Sanctæ Ceciliæ.

Ego Hugo presbyter Cardinalis Eccleſiæ S. Clementis.

Ego Arduinus presbyter Cardinalis Eccleſiæ S. Crucis in Ieruſalem.

Ego Matthæus presbyter Cardinalis Eccleſiæ Sancti Marcelli.

Ego Hulaldus Oſtienſis Epiſcopus.

Ego Theodinus Portuenſis Sanctæ Rufinæ Epiſcopus.

Ego Petrus Tuſculan. Epiſcopus.

Ego Henricus Albanenſis Epiſcopus.

Ego Bernerus Penitiuus Epiſcopus.

Ego Iacinthius Diaconus Cardin. Sanctæ Mariæ in Coſmedim.

Ego Ardicio Diaconus Cardinalis S. Theodori.

Ego

Ego Haberans Diaconus Cardinalis Sancta Maria in Porineri.

Ego Camerius Diaconus Cardinalis Sancti Georgij ad velum aureum.

Ego Braiiatus Diaconus Card. Sanctorum Cosme, & Damiani.

Ego Ioannes Diaconus Cardin Sancti Angeli.

Ego Chanerius Diaconus Sancti Adriani.

Ego Mathaeus Sancta Maria noua Diaconus Cardinal.

Ego Bernardus Sancti Nicolai in carcere Tulliano Diaconus Cardinal.

Dat Laterani per manum Alberti S. Romana Ecclesia Presbyteri Cardinal. & Cancellarij decimo Kal. Iuny, Indict. II. Incarnationis Dominica, an. MCLXXIX. Pontific. S. Domini Alexandri Papa III. an. XX.

Hæc autem pensio, siue onus hisce temporibus non soluitur Ecclesiæ Romanæ: quinimò neque aliquando fuisse solutam tradit Odoardus Nunius *in vita Comitis Henrici, folio.* 12.

DISPVTATIO XVII.

De his, qui sunt capaces, vel incapaces feudorum?

§. I.

Vtrum illegitimi sint capaces feudorum.

EPITOME.

1 *Spurij illegitimi, & naturales in feudo non succedunt.*

2 *Spurij an succedant in feudo materno.*

3 *Naturales an possint admitti in principio à Domino directo?*

4 *Legitimati per Principem quando succedunt in feudo?*

5 *Filyj legitimis extantibus an legitimati succedant in feudo?*

6 *Legitimati per subsequens matrimonium succedunt in feudo.*

Et quid de filiis legitimatis per contractum matrimonij in articulo mortis? num. eodem.

7 *Filius susceptus ex concubina durante matrimonio an legitimetur per subsequens matrimonium?*

8 *Legitimatus simpliciter ad feuda an succedat in feudo antiquo?*

9 *Legitimatus etiam ad feuda succedit quando specialiter dicitur: Non obstante cap. 1. §. naturales, si de feud. fuer. contron.*

10 *Legitimatus specialiter ad feudum an succedat in feudo dignitatis.*

11 *Legitimatus per rescriptum specialiter ad feudum, tunc succedit, quando legitimatur ab habente potestatem.*

12 *Feudum concessum pro filiis legitimis non potest suscipi a legitimatis per rescriptum.*

13 *Filij legitimati per sequens matrimonium quando non succedunt in feudo concesso pro legitimis filijs.*

14 *Filij legitimati per sequent matrimonium an succedant, si aliud matrimonium intercesserit?*

15 *Filij nati ex matrimonio putatiuo quando admittantur ad feuda.*

CERTI iuris est spurios illegitimos, & naturales in feudo non habere locum: *cap. 1. §. naturales, si de feudo fuerit controuersia inter Domin.* vbi additur, etiamsi sint legitimati, & legitimi effecti: Quod quomodo sit intelligendum ex dicendis ostendetur: ita Cardin. Paleot. *de Nothis & spuriis cap. 30. num. 3. & 9.* Bart. *in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 9. ff. ad Trebell.* & ante illos Iacob. Ardiao *in summa feudor. cap. 137.* incip *Diximus supra, vers. naturales verò.* Raph. Comens. *in consil. 168. num 4.* Iul. Clar. *in §. feud. q. 82.* Sonsbech. *ad vsus feudor. part. 4. n. 3. vers. decimo sexto* Francisc. Hothoman. *in disp. feudistica, c. 18. & in d. §. naturales.* 1.

An verò spurij & naturales succedant in feudo materno? colligitur responsio negatiua ex text. *in dicto §. naturales,* vbi generaliter dicitur, quòd naturales in feudo non habent locum: nec loquitur de feudo paterno, vel materno; & de materno negat Franciscus Duaren. *in consuet. feudales, cap. 11. sub. num. 6.* Francisc. Sonsbech *in feud. part. 9. num. 78.* Zaaius *in Epitome feudorum part. 8. num. 83.* Petrus Gregor. *iuris vniuersi part. 1. lib. 6. cap. 13. num. 1.* & Cardinalis Mantica *de tacitis conuent. p. 2. lib. 23. tit. 12. num. 6.* vbi subdit non pertinere ad rem, quòd spurium nasci non sit vitium respectu filij, & qui delictum non commisit, non debet puniri: *l. sancimus, C. de pœn.* Quia responsio est in promptu; similiter culpam patris non debere etiam nocere filio naturali in successione feudi paterni; & tamen à feudo excludi. *d. §. naturales*; ergo nec matri illegitimus potest succedere in feudo, quamuis in aliis bonis succeda. *§. nouissimè, Instit. de Senatusconf. Orfic. & l. si qua illustris, C. eodem tit.* 2.

Quæri potest, an illigitimus in principio in concessione, & in inuestitura possit admitti ad feudum? Responsio est affirmatiua; necesse tamen est, quòd id exprimatur in inuestitura: ita Franciscus Duarenus *in consuetudines feudales c. 11. n. 7.* & Boër. *in decis. Burdegal. 123 sub n. 4.* 3.

Idem deciditur *in §. predicto, naturales,* videlicet, nec legitimatos succedere: Quod intellige, nisi sit legitimatus expresse à Principe ad succedendum in feudo: quia tunc tales naturales admittuntur: Ardizo *in summa feudorum, cap. 137.* incipit: *Diximus supra, vers. naturales vero,* Seraphinus Oliuatius *in decis. nouissimis Rot. Roman. decis. 151. num. 2. vol. 1.* Zaaius *in Epitome feudor p. 8. num. 14.* Ioan. Ferrar. Montan. *in collect. ad ius feudor lib. 3. cap. 2. vers. de naturalibus,* Aluarot *in d. § naturales.* 4.

Quæritur item, si supersint filij legitimi & naturales, an excludant legitimatum? Respondetur excludere: ita Cardinalis Paleot. *in tract. de Nothis, & spuriis cap. 30. num. 8.* Ioan. Ferrar. Montan. *in vsus feudorum lib. 3. cap. 2. vers. de naturalibus liberis,* & ante illos Iacob. Ardiao. *in summa feudorum, c. 139.* incipit, *Diximus supra, q. 6. vers. naturales verò.* 5.

Nihilominus contrarium est probabilius quando expresse fuerit legitimatus ad feuda: in quo euentu succedit legitimatus etiam cum filiis ex legitimo matrimonio susceptis: Afflict. *in d. cap. 1. §. naturales, num. 70.* quam partem Rol. *in cons. 96. num. 46. lib. 3.* vult frequentiori calculo esse receptam, & citat Socinum iunior. *in cons. 142. num. 30 lib. 1.* qui tamen de successione feudi non loquitur.

Quid de legitimatis per subsequens matrimonium? non est dubium succedere in feudo sicut legitimos: Afflict. *in d. § naturales, notabili quinto, num. 1.* Hostien. & Panor. *in cap. tanta, qui filij sint legitimi,* Bald. *cons. 380.* incipit, *Ad euidentiam, vol. 1. & cons. 129. vol. 3.* Tiraquell. *de iure primog. quæst. 34. num. 54.* Ioan. Ferrar. Montan. *ad vsus feudor lib. 3. cap. 2. vers. de naturalibus,* Boër. *in decis. Burdegal. 123. num. 4.* Iulius 6.

Clar.

Clar. *in §. feudum, quæſt.* 82. *num.* 4. Caldas Pereira *de nominat. emphyt. quæſt.* 21. *num.* 33. Petrus Gregorius *de conceſſione feudor. part.* 6. *quæſt.* 10. *num.* 18. Baptiſta Villalob. *opin. com. in verbo, legitimatus, num* 73. Menochius *conſ.* 180. idem Petrus Gregor. *p.* 1. *iuris vniuerſi, lib.* 6. *cap.* 13. *num.* 1.

Extenditur hoc etiam, quamuis legitimati per ſubſequens matrimonium fiant tales in articulo mortis; prout tradunt Petrus Gregor. *de conceſſione feudi, part.* 6. *q.* 10. *num.* 18. *in fine*, Anton. Capic. *in inueſtitura feudali, §. ad feuda legitimatione.* Polidorus Ripa *in tract. actis in articulo mortis, cap.* 2. *per totum*, & Præpoſitus *in d. cap. tanta, col.* 3. *verſ. ex his infertur, Qui filij ſint legitimi.* Quod procedit dummodò celebretur matrimonium publicè coram Parocho, in facie Eccleſiæ cum benedictione ſacerdotali: ita Innocentius III. Summus Pontifex *in cap. cum inhibitio. de clandeſtin. deſponſat* qui rexit Eccleſiam *anno Domini* 1198. Hodie tamen ſatis eſt fieri coram Parocho, vel alio eius nomine de eiuſdem Parochi vel Ordinarij licentia, & coram teſtibus, vt deciditur in Concilio Trident. *ſeſſione* 14. Nauar. *in ſumma cap.* 17. *num.* 36. *& ſequent.* Alex. Carterius *de ſponſal. & matrimon. lib.* 4. *cap.* 7. & Menoch. *de arbitrariis iudicum, lib.* 2. *num.* 45. 2 *& conſ.* 180. *num.* 7. *& in conſ.* 199. *num.* 57.

7. Ex eo autem quod dicitur feudum conceſſum filiis etiam legitimatis per ſubſequens matrimonium, non ſoluitur quæſtio, ſi quis viuente vxore ſua habuerit filios ex alia, quamuis poſt mortem vxoris illam in matrimonium duxerit: quia huiuſmodi filij viuente vxore ſuſcepti ex alia ſunt ſpurij, non autem naturales: ſpurij autem manifeſtum eſt, quòd ad feudorum ſucceſſionem non admittuntur, *d. §. naturales*, & filius ſic ſuſceptus non legitimatur per ſubſequens matrimonium: Accurſius *in §. final. in verbo, interdictum, Inſtit. de nuptiis.* Ioan. de Arnon. *in Problemat.* 39. Cardin. Mantica *de tacit. & ambig.* 2. *p. lib.* 23. *tit.* 11. *num.* 6. poſt alios

8. Controuerti poteſt an legitimatus ſimpliciter ad feuda, ſuccedat in feudo antiquo? Negandum videtur, niſi in ſupplicatione exprimatur facultas ſuccedendi: quia difficiliùs conceditur, quàm ſi feudum eſſet nouum: Rolandus *conſ.* 22. *num.* 12. *lib.* 3. *& conſ.* 49. *num.* 55. *lib.* 4. ex Ruyno *conſ.* 36. *num.* 13. *verſ. de ſubreptione, lib.* 1. nam Imperator per legitimationem non vult præiudicare agnatis, quibus ius in feudo antiquo eſt quæſitum; imo nec poteſt de poteſtate ordinaria: Andr. de Iſernia *in d. §. naturales, n.* 4. *verſ. quod autem dicitur de agnatis*, & ſequitur Afflict. *in ſecundo notab. num.* 35. Accedit, quia ſi per legitimationem fieret præiudicium agnatis, ſequeretur patrem poſſe alienare feudum antiquum, quod agnatis ex pacto & prouidentia acquiſitum eſt: contra *cap.* 1. *§. hoc quoque, de ſucceſſione feudi.* Quare agnati quibus præiudicium fieri poteſt, debent antequam fiat legitimatio citari à Principe, & audiri, etiam ſi Princeps ſit ſupremus; & quamuis Patre viuente legitimatio facta ſit, ſi agatur de bonis, de quibus pater non poteſt diſponere liberè: Socin. iun. qui loquitur *in conſ.* 14. de feudo paterno, *num.* 3. *lib.* 2. Decius *in conſ.* 85. *num.* 8. *verſ. poſtremo*, quod eſt rationi valde conſentaneum.

9. Quod ſi aliquis legitimetur ad feudum, non eſt dubium ſuccedere, quando dicitur expreſsè, & ſpecialiter: *Non obſtante cap.* 1. *§. naturales, ſi de feudo fuerit controuerſia*, vt ſcribit Bald. *ibidem, n.* 8. & Afflict. *in verſ. ſecundo, noto, num.* 1. quam reſolutionem Ruyn. *in conſ.* 36. *num.* 14. *lib.* 1. non, vt omninò certam tradit; atque ita fortè intelligitur, quando extant filij ex legitimo matrimonio geniti: nam tunc non præiudicat illis legitimatio, niſi aſſenſum præſtent: Alex. *conſ.* 60. *num.* 1. *&* 2. *lib.* 2. & Ruyn. *conſ.* 99. *num.* 1. *lib.* 3.

10. Quid de legitimato ſpecialiter ad feuda, nunquid ſuccedat in feudo dignitatis? Reſponſio ſit negatiua. Nam Princeps in his feudis non ita facilè ſolet diſpenſare, imò difficilem ſe exhibet; & ideò cenſetur non hoc ſenſiſſe, niſi ſpecialiter declarauerit: Paulus de Caſtro *conſ.* 461. *n.* 5. ibi, *nam non ideo dicitur, lib.* 1. & expreſsè Socin. iun. *conſ.* 95. *n.* 92. *lib.* Non tamen id debet intelligi, niſi de maximis dignitatibus; prout notat Curtius iun. *in conſ.* 157. *n.* 15. *in fine, & de feudis* 2. *p. tertiæ partis princip. num.* 39. *verſ. & ſufficit*, & Rol. *conſ.* 49. *n.* 5. *verſ. tamen ſententia fallit, lib.* 4.

Non tamen opus eſt, quòd fiat mentio de feudo nobili, niſi quando habuerit ſimul dignitatem adiunctam: vt in terminis dixit Paulus Caſtrenſis *in conſ.* 461. *num.* 5. *lib.* 1. ex quo viſus eſt erraſſe Sapientiſſimus alioqui Cæphalus *in conſ.* 23. *n.* 45. *& n.* 80. & denique *n.* 96. dicens legitimatum non poſſe ſuccedere in feudo, cùm non fuerit expreſsè ad feudum nobile legitimatus: atque ita poteſt legitimatus ſuccedere in feudo nobili, quando nó habeat annexam dignitatem: Paul. de Caſtro *conſ.* 461. *num.* 15. *lib.* 1.

11. Ad hæc, his eſt locus legitimatum per reſcriptum ſpecialiter ad feuda in illis ſuccedere, ſi ſit legitimatus ab habente talem poteſtatem: atque ita ad feuda Eccleſiaſtica non ſufficit legitimatio facta per Principes ſeculares, & ideò legitimati ab illis etiam expreſsè ad feuda, non aſſequentur feuda Eccleſiaſtica: Aluarot. *in cap. naturales, num.* 13. *verſ. quaro an Imperator*, & Cardin. Alex. *num.* 5. Afflict. *decis.* 386. *num.* 3. Eodem modo legitimatus à Romano Pontifice non ſuccedet in feudo ſeculari: Afflict. *vbi proximè*, Zazius *in Epitome feudor. part.* 8. *n.* 75. *in fin. & 76.* Vnde laicus poteſt legitimari à Summo Pontifice, vt ſuccedat in feudo Eccleſiaſtico: poteſt tamen Dominus directus feudi Eccleſiaſtici, vtpote Epiſcopus conſentire legitimationi factæ à Principe ſeculari ad feudum Eccleſiaſticum, vel illam habere ratam, & tunc legitimatio proderit: Pariſius *conſ.* 1. *num.* 153. *lib.* 2.

12. Quando autem feudum conceditur pro filiis legitimis, non intelligitur de legitimatis per reſcriptum, licèt ad feuda ſint legitimati: nam ſi fiat comparatio ad filios natos ex legitimo matrimonio, non ſunt propriè, & naturaliter legitimi, ſed impropriè, & ciuiliter cenſentur tales: Alex. *conſ.* 128. *num.* 15. *verſ. benefacit lib.* 1. Decius *conſ.* 275. *num.* 11. *verſ. & iſta concluſio*, Hieronymus Gabriel. *conſ.* 30. *num.* 13. *&* 14. *lib.* 1.

Quare qui habuerit poteſtatem legitimandi etiam ad feuda, debet id exprimere in tenore legitimationis, nimirum quòd Titius eſt legitimatus etiam ad feuda: & ideò in poteſtate legitimandi non intelligitur conceſſa facultas ad feuda niſi ſpecialiter exprimatur: Tiraq. *de retract. lign. §.* 1. *gloſſ.* 3. *num.* 6. Couar. *in Epitome lib.* 4. *decret.* 2. *part. c.* 8. *§.* 8. *num.* 6. *verſ. ex qua primo*, & opinatur Alex. *in conſ.* 33. *num.* 2.

Oppoſitam partem vult Socin. ſen. *conſ.* 3. *num.* 15. *lib.* 3. dicens in poteſtate legitimandi, etiamſi non exprimatur facultas ad feuda, id debere intelligi; eò quod poteſtas legitimandi eſt fauorabilis; & ideò debet extendi, etiam ſi legitimatio vti odioſa ſit reſtringenda: *l. cùm quidam, ff. de liberis & poſthumis*, ita Decian. *conſ.* 124. *num.* 36. *lib.* 3. Vnde ſecundùm partem hanc, poteſtas legitimandi generalis, & pleniſſimè data Palatino intelligitur, vt legitimet etiam ad ſucceſſionem feudorum: & ita fuiſſe deciſum in ſacro Auditorio, docet Gamb. *decis.* 46. *in manuſcriptis.*

Venit

13. Venit etiam io dubium, an filij legitimati per sequens matrimonium, ad feudi successiooem admittantur? Pars affirmans admitti poteſt, niſi dictum fuerit, & pro filiis legitimè natis: ita Bald. *in c. 1. §. naturales n. 5. ſi de feud fuerit controuerſia*, ſed Bald. vtitur exeoiplo, quando quis fuit inueſtitus pro ſe, & filiis ſuis legitimè deſcendentibus, reddítque rationem: quoniam hæc verba tendunt ad principium geniture; & non intereſt noſtra extendere ſcripturas: *per l. cōtractus, C. de fide inſtr.* & loquitur de conceptionis, vel natiuitatis initio, vt magis expedit filiis: ſequitur Cæphalus *conſ. 25. n. 40.* Anton. de Butr. *in c. per venerabilem, n. 17. ad finem, qui filij ſint legitimi*, & Menoch. *conſ. 16. num. 6.* vbi id affirmat, vt magis commune.

Nihilominus contraria ſententia magis placet, videlicet non obſtante quòd dicatur in inueſtitura pro filiis legitimè natis, vel legitimè deſcendentibus; adhuc legitimati per ſubſequens matrimooium ad feudi ſucceſſionem admitti poſſunt: provt notat Andreas de Iſernia *in d. §. naturales, num. 8.* volens, quòd ſi dicatur in inueſtitura: *Inueſtio te, & ex corpore tuo legitimè natos, & deſcendentes.* adhuc legitimatus per matrimonium ſequens feudum conſequetur: accedit Abbas, & Præpoſitus *in cap. lator, num. 14. qui filij ſint legitimi*, & ante illos Hoſtien. & Ioan. Andreas *ibidem*, & Alciatus *conſ. 12. num. 6. lib. 9. & in l. Gallus §. & quid ſi tantum, in ſecunda lectura, num. 30. & 31. de liber & poſthum.* ſequitur Iul. Clar. *in §. feudum, q. 9. verſ. item quæro*, & Menoch. *conſ. 227. n. 16.*

Alij autem diſtinctione vtuntur, volúntque ſi tempore matrimonij quis exiſtat iam conceptus, & natus, tunc habere locum opinionem Baldi, non admitti ſcilicet ad feudum; eò quia nondum dici poteſt verè legitimè natus. Si autem tempore matrimonij conceptus erat, non tamen natus, tunc procedere opinionem Andreæ de Iſernia, quia tunc verè dicitur legitimè oatus. Quam diſtinctionem probat Curt. iuoior, *de feudis, 2. p. tertia partis princ. num. 41.* Anton. Gabriel. *concluſione prima, num. 23. de legitimat.* quamuis indiſtinctè videatur opinio Andreæ de Iſernia magis communiter recepta: nam lex præſumit legitimatum per ſubſequens matrimonium, fuiſſe à principio legitimatum. Non eſt tamen negandum, aliud eſſe legitimatum, aliud legitimè natum: ſed hoc habet locum quando quis legitimatur per Principis reſcriptum, non autem ſi ſit legitimatus per ſubſequens matrimonium; eò quia à principio præſumitur fuiſſe maritalis affectio ſecundùm legem ciuilem: quod tamen argumentum non procedit, ſi poſt filium natum, matrimonium aliud fuerit conſecutum, & deinde poſt mortem vxoris contraxerit cum concubina, ex qua ſuſcepit filium:
14. Alciatus *conſ. 56. num. 6. lib. 9.* atque ita filius non legitimatur per illud, ſed maoet ſpurius: per textum *in cap. tanta, qui filij ſint legitimi*, ibi: *ſi autem vir viuente vxore.* Lara *in l. ſi quis a liberis, in principio, n. 92. ff. de liber agnoſcendis*, Valer. Reginal. *in praxi fori pœnit. lib. 30. num. 69. verſ. aduerte*, Menoch. *de præſumpt. lib. 4. quæſt. 81. num. 22.* ſecùs ſi vterque fuerit ſolutus: tunc feudi ad ſucceſſionem admittuntur legitimati per ſequens matrimonium: ita Feudiſtæ *cap. 1. d. §. naturales*, poſt plures, quos referens ſequitur Auguſtinus Barboſ. *in d. cap tanta, n. 17.*

15. Quid de filio ſuſcepto ex matrimonio putatiuo? Dicendum eſt admitti poſſe ad feudi ſucceſſionem, dummodò natus ſit in figura matrimonij: ſunt enim verè legitimi: *cap. 2. & cap. ex tenore, qui filij ſint legitimi*, Decius *conſ. 153. num. 2.* maximè *in verſ. & talis filius natus ex matrimonio putatiuo.* Quod habet locum, quando matrimonium celebratur in facie Eccleſiæ, ſeruata conſuetudine regionis: Rol. *conſ. 93. ex n. 19. ad n. 26. lib. 3.*

Idem dicendum eſt de filio ſuſcepto ex coniogato & ſoluta ignoraote matrimonij impedimentum. Nam is per matrimonium verum poſtea ſubſecutum ſit legitimus: Gloſſ. 2. *in d. cap. tanta de ſponſal.* ſecundùm quam refert Caſſador *deciſ. 1.* fuiſſe iudicatum: Campanil. *in diuerſorio iuris canonici, rubrica 51. cap. 13. num. 139.* vbi vult hanc partem eſſe communiter approbatam: idem ait Surd. *conſ. 303. n. 10. vol. 3.* & Ludouicus de Sardis *de legitimat. per verum matrimonium. 16. & de legitimat. per matrim. putatiuum, quæſt. 1.* argumento matrimonij putatiui bona fide celebrati, quod reddit legitimos filios poſtea genitos: ſic etiam concubinatus putatiuus efficere debet filios oaturales, qui per ſequens matrimonium fiant legitimi. Iuuat *cap. quod nobis. Qui filij ſint legitimi*, vbi matrimonium clandeſtinum reddit filios legitimos, ſi poſtea Eccleſia illud approbet etiam ſi ob aliquod impedimentum fuiſſe nullum reperiatur: igitur, ſi filius ex bona fide vnius parentis non cenſetur adulterinus, poſtea per ſubſequens matrimonium licitum, filius legitimus cenſebitur: vt vltra præcitatos tenet Roſella *lib. 1. de matrim. putatiuo num. 2.*

Contrarium tamen vt verius docet Molina Theologus *de Iuſtitia tract. 2. diſp. 172. verſ. dubium. deinde*, & alter Molioa *de primogen. lib. 3. cap. 1. num. 11.* pro quo ſtat textus *in dicto cap. tanta*, negans legitimati poſſe per ſubſequens matrimonium genitos ex pareotibus; qui nulliter contraxerunt matrimonium, ob dirimens impedimentum. Vnde non procedit argumentum *cap. ex tenore*, ad caput, *quod nobis, eodem titulo*, Quia in primo non datur impedimentum dirimens, ſed ſolum vitium clandeſtinitatis, quod non eſt potens ad irritandum matrimonium, nec ad prolem reddendam illegitimam, & ex conſequenti mater ignorans impedimentum, cùm præceſſerit matrimonium quod eſt actus per ſe licitus putabat licitè cognoſci à viro, & bona fides proli proderat ad legitimitatem: ſecùs quando proles nata fuit ex coniugato, & ſoluta, extra figuram matrimonij, licèt ipſa neſciat virum eſſe coniugatum, ſcit tamen ſe dare operam rei illicitæ, quæ ab Eccleſia nunquam approbatur, etiam ſi matrimonium ſequatur: propter quod diſcrimen hæc pars tenetur à Gutieres *pract. lib. 2. q. 105.* & à Fachineo *controuerſ. lib. 3. cap. 55.* & ab Azor *inſtit. moral part. 2. lib. 2. c. 13. q. 9.*

---

§. II.

Vtrùm filij adoptiui ſuccedant in feudo?

EPITOME.

1 *Adoptiui non ſunt verè filij.*
2 *Adoptiuis non debetur emphyteuſis pro filiis conceſſa.*
3 *Adoptiui filij non ſuccedunt in feudo præſertim in Gallia.*
4 *Adoptiui filij an ſuccedant in patronatu Eccleſiaſtico, & in Regno?*
5 *Adoptiui an excludantur à ſucceſſione feudi per filios naturales, qui ad ſucceſſionem feudi admittuntur?*
6 *Adoptiui quando ſuccedant in feudo.*
7 *Adoptiui in feudo ſuccedunt quando Dominus voluit vt veniret ad quaſcunque perſonas.*
8 *Adoptiui poſſunt admitti in feudum, ſi ab initio hoc ſit expreſſum.*
In feudo empto an ſuccedant adoptiui?

10 *An*

10 *An filij adoptiui ſuccedant in priuilegijs?*
11 *Adoptiui,& legitimati an ſint pares in omnibus.*
12 *Adoptiui an ſuccedant in feudo quandò ſunt adoptati ad petitionem concedentis feudum.*
13 *Adoptiui filij an excludant filias?*

1. INdubiale eſt adoptiuos non eſſe verè filios, quia qui ficti ſunt,non dicuntur verè filij: *l. filio quem,in principio, ff.de liber.& poſthum.* ibi, *ne imagine natura*, tradit Corneus *lib.3. conſ.85. in principio*, Picus *in l. Titia.§.Titia ff.de leg.2. num.61.* Aſcan. *de patria poteſtat.cap.3.num.8.& 9.*Caldas Pereira *de nominatione emphyt n.35.q.20.*

2. Vnde adoptiuis non debetur emphyteuſis conceſſa pro filiis. Quinimo adoptiui filij non comprehenduntur in conceſſione feudi, aut emphyteuſis facta pro ſe & ſuis filiis: vt de feudo eſt textus *in cap.adoptiuus,*& *ibi* Bald.& reliqui,*tit.ſi de feud. fuer. controuerſ.inter Dom & agn.vaſ.* Ratio, quia ex ſtatuto, vel conſuetudine, quod dicitur de ſimplici non extenditur ad fictum, hoc eſt, quod dicitur de filiis ſimpliciter, non accommodatur ad filios adoptiuos, cùm ſint filij ficti, niſi conceſſio fiat à Principe ea conditione,& indulgentia, vt adoptati ſuccedant in feudum: ſecundùm Bald. *in d.cap. adoptiuus*, per *§. naturales, eodem titulo.* Quod intelligitur, vt ſi filiæ ſint,quæ ex pacto in feudo poſſunt ingredi, nec iſte quidem ita adoptatus eas excludat:imo potiùs ab iis expellitur: prout vult Andreas Iſernia *in d.cap. adoptiuus,*& Cardin.Alexand.*ibidem.*

De emphyteuſi autem, quòd ſcilicet illius conceſſio pro ſe & filiis, non extendatur ad adoptiuos, vult Speculator *in tit.de locato,§. nunc aliqua, verſ.68.* Cald. Pereira *d.q. 20. num.36.* poſt Tiraquell. *in l ſi vnquam,C. de reuocand donat. verbo, ſuſceperit liberos, num. 13.* atque ita liberorum appellatione non veniunt liberi adoptiui.

3. Certi etiam iuris eſt, adoptiuos non ſuccedere in feudis,Tiraquell.*de primog.quæſt.84. num.10.* præſertim in Gallia,Petrus Gregor.*iuris vniuerſi part.1. lib. 6.num.4. litera F.*& teſtatur Maſuer.*in tit.de pro. verſ. item & ſi defunctus*, & Benedictus *in cap. Raynutius, verbo,& vxorem nomine Adelaſiam,num.758 & n.760.* Tiraq. *ſupra,num.11. & de retract.tit.1. §.1.gloſſ.8. in verbo,ſeparent,num.16. & in d.l.ſi vnquam,num.22.* vbi concludunt filios adoptiuos in Francia nullo modo ſuccedere.

4. Sequitur dicendum adoptiuos filios poſſe ſuccedere in patronatu Eccleſiaſtico, & in Regno. In patronatu voluit Cæſar Lambertinus *in tract. de iure patron art.14.quæſt.2. principali ſecunda partis lib.1. & in 9. art. eiuſdem quæſt.1. partis & libri* poſt Ruchum de Curte *in tract.at. eiuſdem tituli,in verbo, ipſo,vel is à quo, in 34. q.* Et in Regno quoque, etiam cum aliis liberis naturalibus,& legitimis: vt notat Tiraquell. *in d. l. ſi vnquam, verbo ſuſceperit liberos, num.19. de reuoc donationibus,*vbi id exemplis probat:propterea filij adoptiui dicuntur filij Regis, aut Imperatoris, ſicuti & Senatoris,&Decurionis:*l Senatoris filium,& l.ſequenti ff.de ſenator & l.cum adoptiuum, C. de Decurionib.lib.10.*vbi & id probatur.

5. Hinc ſequitur ſolutio dubij quod poteſt excitari, an filij adoptiui debeant excludi à ſucceſſione feudi per filias legitimas,& filios naturales,qui ad ſucceſſionem feudi ingrediuntur?Reſponſio eſt affirmatiua excludi ſcilicet à filiabus legitimis, & filiis naturalibus, qui ex pacto poſſunt ſuccedere:Tiraquel. *in dict. l. ſi vnquam, verbo, ſuſceperit. filios, num. 12. & de primog. quæſt. 84. num.10.* & alij, quos referens ſequitur Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.23. tit.13. num.6.* ſubdens aliàs, filias non ſuccedere in feudis, niſi deficientibus maſculis: per *cap. primum, §. filia, de ſucceſſione feudi.*

Quando ergo filij adoptiui debeant ſuccedere in 6.
feudo? Non eſt dubium ſuccedere quando ab initio fuerit expreſſum & conceſſum cum pacto,vt ſuccedant: quia pactum,quod eſt contra naturam feudorum, debet obſeruari: *cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi*, vt in terminis vult Aluarot. *cap. 1. §. adoptiuus, num.3. ſi de feud. fuer. contr. inter Dom & agnat.*

Similiter adoptiui ſuccedunt quando Dominus 7.
permiſit, vt venirent feuda ad quaſcunque perſonas:Ruynus *conſ.vltimo,num.3. in fine lib.5.*Idem tra-
dit Alciatus *conſ.27. num 6. lib.3.* Prout etiam ſi ab 8.
initio in inueſtitura fuerint comprehenſi: vt mox dictum fuit. *ſup.num.6.*

Eodem modo adoptiui ſuccedunt, quando feu- 9.
dum fuit emptum:tunc enim etiam inhabiles veniunt, quoniam eſt improprium feudum: Alciatus *d.conſ.27.num.6.lib.3.* Si tamen feudum non eſt emptum, regulariter non intelligitur conceſſum pro filiis adoptiuis: *d cap. 1. §. adoptiuus, ſi de feud. fuer. contron.* niſi filius fuerit adoptatus ab Auo paterno, à quo eius pater fuit emancipatus. Ratio, quia quamuis adoptio facta non eſſet, debuiſſet ſuccedere: *l.cum in adoptiuis,C. de adopt.§ ſed hodie, Inſtit.eodem titulo.* Iacob. de Ardizo *in d.§.adoptiuus, in fin.*& Aluar.*ibidem,num.4.*Mantica *ſupra,lib.23.tit.10 n.23. & tit.13.num.2.* vbi *num.3.* id extendit ad filios adoptatos ab Auo materno, dummodò mater poſſit ſuccedere: alioquin quod matri obeſt, filiis etiam poteſt obeſſe:vt Iſernia ſubiungit *d.§.adoptiuus.*

Cùm ergo conceſſio facta pro ſe, & filiis, non 10.
comprehendat filios adoptiuos,vt dictum eſt:infertur ex *d.cap.adoptiuus*,ſecundùm Alex.*in l.adoptiuum, poſt principium,ff.de in ius vocand.*filios adoptiuos non comprehendi in priuilegiis:ſequitur Tiraquell. *in d. l ſi vnquam.verbo.ſuſceperit libros,num.12 ad fin.*ex eo vulgari, quòd adoptiui filij in nulla diſpoſitione veniunt, ſunt enim filij ficti; ne imagine naturæ veritas obumbretur: *l.filio quem,ff.de liber.& poſthum.* ſed idem probat eadem *l. cum in adoptiuis §. ſed ne articulum,C.de adoption.*in illis verbis: *quaſi imagina-*
ria quadam, & in l.adoptiones, in verbis, *perinde quaſi* 11.
ex vero filio, & iterum in verbo, *videatur, ff.de adopt.* quæ verba quidem denotant improprietatem, & fictionem: *& l ſi pater filio,* & *ibi* Gloſſ. *ff.de his quæ in fraudem credit.* Quibus adde Caium Iuriſconſultum, ſi is eſt, *lib.1. Inſtitut.tit.4.* hos adoptiuos filios adfiliatos appellaſſe, tanquam legitimatos diceres comparatione legitimorum. Ex quo ſequitur filios adoptiuos, & legitimos naturales diſtingui,vt legitimati & legitimi differunt: annuit Bald. *in cap.cum in cunctis, in fine, de electione*, dicens filios adoptiuos eſſe filios abuſiuos: quare filius adoptiuus non eſt propriè ſuus patri hæres, vt Iaſon vult *in d. l. Gallus, §.ſi eius,col.3. ff.de liber.& poſthum.* Aret. *ibidem,& in l.lege Corneli.a,col.2. ff.de teſtamentis.* Quod etiam ſignificat dictio *quaſi*; quia non ſignificatur per illam natiuitas, quæ producat ſuitatem. Item adoptiuus præteritus non rumpit teſtamentum adoptatus ab extraneo: *l.cum in adoptiuis, verſ. ſed ne articulum* & *ibi* Bald. & alij *C. de adoption.* Nec etiam pater adoptiuus tenetur alere filium adoptiuum, vt naturalem; Benedict. *in repetitione cap. Raynutius, in verbo, & & vxorem nomine Adelaſiam, num.738.* nec illi debetur legitima, Bald.*in d l.cum in adoptiuis,in principio, col.3. verſ. iſtam ergo comparationem*, & Franc. Aret. *in l.ex facto, in principio, col.9. ff. de vulgar. & pupillar.*

Illud etiam non eſt prætereundum, adoptiuum
ſuccedere in feudo, quando fuit adoptatus ad peti- 12.
tionem illius,qui feudum conceſſit. Nam ex conjectura

&curata planè voluntate illius debet admitti: vt vult Socin.sen.*in l.si cognatis, ff. de rebus dubiis,n.*20. & est communis,vt tradit Tiraq. *in d.l.si vnquam,in verbo, susceperit liberos,n.*18,& 20.Dūmodò ex hac facultate adoptionis non fiat præiudicium cognatis,esto, fiat Domino postulanti. Nihilominus in his casibus in quibus Imperator potest agere,& concedere,vt succedant filij legitimi,potest etiam permittere,vt recipiantur filij adoptiui;nec agnati, quorum spes frangitur,& minuitur,possunt obijcere aliquod præiudicium inde oriri; nisi supersint filij legitimi & naturales, quibus in legitima iure naturæ debita præiudicium infertur:ita Scribentes *in c.*1.§ *naturales,Si de feud fuer.controu.inter Dom & agnat.* Alciatus *in consf.* 27.*n.*3.& 4.vbi id ad adoptiuos extendit.

13. Ex dictis sequitur statutum præferens masculos fœminis in successionibus non habere vim in filiis adoptiuis:ita Ioan. Anani.*in consf.*27.incipit, *Viso casu mihi proposito* Benedictus *in d. c. Raynunt. vbi supra,in verbo duas habens filias,n.*149.Ripa *lib.*1.*respons. cap.*3.*in cap.filia,col.*3. idem quoque voluisse videtur Rom.*in l.si is qui pro emptore,col.*8. *ff.de vsucap.*& Albet.Brunus *in tract.etiam statutorum excludentium fœminas,in* 1.*q.art.*12.

§. III.

Vtrùm Ecclesiastici succedant in feudo?

EPITOME.

1 *Ecclesia an possit succedere in feudo?*
2 *Ecclesia ratione feudi an subijciatur seculari Iudici?*
3 *Clericus an sit feudorum capax?*
4 *Religiosi an sint habiles ad feuda capienda?*
5 *Monasteria quando sint capacia fructuum feudorum.*
6 *Ecclesiastica persona feudum dant antiquum, non autem nouum de rebus Ecclesiæ.*

1. QVæritur primò an Ecclesia possit succedere in feudo?Pars affirmās ex discrimine inter feuda secularia,& Ecclesiastica,cùm seculare sit quod à secularibus conceditur aliis secularibus: Ecclesiasticū autem,quod datur ab Ecclesia, seu suscipitur ab eadem; & hoc feudum non est dubium, quòd debeat redire aliquando ad Ecclesiam Dominam;ergo Ecclesia est capax successionis in feudo: de quo Curr. iun. *de feud.in* 1. *p. secunda partis princ.* & Zazius *in Epitome feudor.p.*5. *n.*42. Card.Mant.2. *p.de tacit.& ambig.lib.*23.*tit.*3.*n.*33.& *n.*85.*cum seqq.*

2. Quæritur secundò quando Ecclesia,vel Ecclesiasticus suscipit feudum à Principe seculari,aut Clericus teneatur recognoscere illum, ac eidem subijci ratione feudi?affirmatur *ex c.*1.*in fin de capitulis Conradi* & ex consequenti, mota aliqua lite,causa debet expediri per capitula feudorum, nisi aliud decisum sit à iure Canonico:*cap.cæterum,de iudiciis*, & coram Domino conueniendus est vasallus, licèt Dominus feudi non sit persona Ecclesiastica;quia ratione feudi; Ecclesia & personæ Ecclesiasticæ Domino laico subijciuntur: Abbas *in d. c.cæterum* ,*n.*6. Marant. *de ord.iudic p.*4. *dist.*11. *n.*75. Surd.*consf.*193. *n.*1.& *consf.* 396.*n.*8. & propterea à iudice Ecclesiastico ad secularem tanquam Superiorem appellatur.*cap.solita, de maior.& obed.& c. Romana,§ debet,de appel.lib.*6.Præp. *in præl.feud.n.*39.Barbos.*in c.ex transmissa,de for.comp.*

3. Quæritur tertiò,an Clericus sit capax feudi? Affirmat Iul.Clar.*in § feudum,q.*78. *n.*4. Bellet.*disquisit. cleric.p.* 1.*tit.vlt.§.*19.post plures *ibi* relatos.

4. Quæritur quartò,an religiosi,seu monachi sint habiles ad feuda? videtur negandum,argumento Cardinalis sponte promoti ad Cardinalatum, qui non succedit in feudo ipse, vt vult Barbatia *de præstantia Cardin.q.*5.*n.*7. vbi probat Clericum in minoribus constitutum perdere successionem feudi.Sed responderi potest si natura feudi patiatur,vt supradicti seruiant seruitio personali eisdem non prohibito,posse succedere in feudo;quia per dignitatem Cardinalatus,seu Clericatus,ius successionis non amittitur:12. *q.*3.*c.*1.& *q.*5.*c fixum,& c.quia nos,de testamentis,& in c.relatum,§.cæterum,eod tit.*&ex consequenti religiosi non perdunt ius succedendi 23. *q.*1. *c.*1. & 18. *q.*1.*c. statutum,&* 19.*q.*3.*c.non liceat:& in auth de sanctissimis Episcopis §.nulla vero,& in §.interdicimus,col.*9.

Neque in hoc contrarietas apparet,quæ impediat ius succedendi, & retinere statum religiosum, *c.nec Moyses,de consecrat.dist.*11.& 21.*q.*1.*c.relatio*,& habetur expressè *in c.*1. *de statu regul.lib.*6. Atque ita Ecclesiastici,&religiosi possunt retinere feuda concessa à Dominis temporalibus; quia successio & retentio non est contraria de se clericatui seu statui religioso,quando seruitium eisdem non est prohibitum.

Iuuat quòd monachus non perdit iura sanguinis, vt ait Lappus *allegat.*101. Abbas *in c.quia nos, de testam.n.*2.Tiraq.*de nobilit.c.*26.*n.*8. & ideò succedit in hæreditate,quæ defertur iure sanguinis text. *in cap. vno* 18. *q.*1. atque ita non est dubium quòd monachus succedat in bonis feudalibus, quibus non est annexum seruitium, quod à monacho præstari nequeat: prout vult Cinus *in Auth.ingressi, C.de sacros. Eccles.*cuius dictum probatur communiter Baldo *in Auth.nisi rogati,C.ad Trebell.n.*15. Innocen.Ioan.Andr. Abbas *in c.in præsentia,de probat n.*69. idque apertiùs habet locum in feudo,in quo fœmina succedit, vt ex pluribus probat Oldrad. *consf.*224. Iul. Clar.§. *feudum,q.*78.*in princ.*vbi hoc dicit commune.

Quæritur quintò, (posito quòd monachus succedat in feudo,cui nullum seruitium est annexum;seu tale est quod à monacho præstari possit)an monasterium capax bonorum in communi mediante persona monachi succedere possit? Affirmat text.*in Auth. ingressi,C.de sacros.Eccles.*text. *in Auth.de monachis.§. illud,& c.in præsentia,de probat.*text.*in c.cum ad monasterium,& in c.quod Dei timorem,de statu monachor.*vbi dicitur religiosos non succedere in bonis per se ipsos, sed monasterium mediante persona religiosorum. Quinimò si monachus habeat maioratum,cui sit annexa iurisdictio, monasteriū durante vita monachi succedit : quod ex pluribus probat Molina *de primog.lib.*1.*c.*13.*ex n.*71.*cum seqq.*Quibus tamen obstat quod Molina addit *n.*96.posse Clericum succedere in maioratu simplici; in eo autem cui dignitas, seu iurisdictio annexa est,non vtique;quia *in c.* 1. & *per totum tit. ne clerici vel monachi*, disponitur, quòd nemo militans Deo, siue Clericus, siue monachus debeat se implicare secularibus negotiis: atque ita, sic Clericus, sicut monachus non succedit in feudo: per text.*in c.qui clericus,si de feud. fuerit contron. inter Domi. & agnat.* Nihilominus oppositum est dicendū de Clericis,posse scilicet illos succedere in quocunque maioratu, seu feudo,modo supra explicato, cui dignitas,seu iurisdictio annexa non est. Idem de religiosis succedentibus in feudo, cùm monasteria illis mediantibus potiantur omnibus emolumentis. 5.

Nam cum monacho transeunt feuda in monasterium,illo saltem viuente,si seruitium,quod Domino est præstandum sit reale: argumento emphyteusis, quæ transit in monasterium vtenda, & fruenda, ad vitam religiosi;Iul.Clar.§ *emphyteusis,q.*13. Felin.*in d.c.in præsentia n.*44. & *in c.quia in Ecclesiarum,n.*70. *de cōst.*Gigas *de pens.q.*57.*n.*4.vbi ait,licèt regulariter feudum non veniat ad monasterium dum possessor ingreditur religionē,nihilominus id non procedere, quando feudum est tale,quòd seruitiū,quod pro eo

eſt præſtandum, præſtari poſſit per monaſteriū: Decius poſt plures *in d.c.in præſentia,de probat.* idem erit in feudo de quo fœmina eſſet inueſtita, ſi monialis fieret: & in feudo franco: vt per Alex *conſ.10. vol.5.* incipit, *Viſo inſtrumento,col.3.* & per Decium *in d.c.in præſentia,col.penult.* allegantem Bald. *in l.ſi plures col.2.C.de condit inſertis,* & alios plures.

His adde interuſurium maioratus Capellæ, ſeu emphyteuſis quoad vixerit monachus, transire ad monaſteriū: vt in ſpecie reſoluit Fortunius Garcias *in l.Gallus,ſupra,§. & quid ſi tantum,* dicens communem *n.10.* quia ſpeciale eſt fauore religionis, vt vſusfructus transeat in monaſteriū, & à perſona vſufructuarij recedat, & tamen non extinguatur: argumento text. *in l ſunt perſonæ,ff de religioſ.& ſumptibus funer.*

Dictum est, niſi maioratus vel emphyteuſis & ſimilia habeant aliquam annexam iuriſdictionem, vt habent multis in locis Ducatus, Marchionatus, & ſimiles dignitates & multis in regnis pleriqué maioratus a Regia Corona procedentes: nam hæc non transeunt ad monaſterium, ex ſententia Ioan.le Cirier *de primogenijs,lib.3. q.4 n.15.* & ex Gomeſ.*l.40. Tauri,n.66* & ex Burſato *conſ.60 n.34.* vbi loquitur de emphyt Eccleſiæ ex Anchar.*conſ.165.* Gloſſ *in auth ingreſſi,& in c.in præſentia de probat.* Vnde extra hunc caſum monaſterium habebit vſumfructum, & vtilitaté, viuente monacho, ſicut monachus habebat ante monachatum: hæc pro vtraque parte diſputandi gratia.

His denique non obſtantibus, magis placet quod ſupra diximus, monachum in maioratu habente annexam iuriſdictionem regalem, vel quaſi regalem nullo modo ſuccedere, neque talem conſuetudinem vnquam extitiſſe: idémque dicendū videtur ex traditis à Molina *de primog lib.1 c 3.n.2.& c.13.n.94.* ſecùs ſi dignitas ſeu iuriſdictio maioratui nō ſit annexa, ſed ſolum ſit conſtitutus ex bonis patrimonialibus: tunc enim dicendum eſt monachum in monaſterio bonorum capace profeſſum poſſe ſuccedere; & ita procedere quæ ſuperiùs dicta ſunt, nō poſſe ſcilicet monachum ſuccedere in maioratu, cui dignitas ſeu iuriſdictio fuit annexa: Molina *d.cap.13.n.95.*

Idem confirmatur ex Doctiſſimo Petro Barboſa *in l.cum prætor,§.vlt.n.25.ff.de iudiciis,* dicente monachum indiſtinctè non ſuccedere in bonis vnitis dignitati, ſiue iuriſdictioni: ſequitur Matienzo *l. 1. gloſſ.1 n.16.tit.7.lib.5.nou. recopil.* quos refert & probat Barb. Vimarenſis *in c.recolentes,de ſtatu monachorum,n.3.* vbi *n.8.* tradit hodie ex priuilegiis ſummorum Pontificum Ciſtercienſes monachos poſſe habere caſtra, villas, poſſeſſiones, cenſus, iuriſdictiones, & iura: quod ante ipſum docuit Fr. Emman. *ſqu. regul. tom.3. q 75. art.1.* ſed ſecluſo priuilegio non ſuccedunt; & hoc eſt tenendum.

Quæritur ſextò an perſonæ Eccleſiaſticæ dent feudum aliquod nouum? Reſpondetur de rebus Eccleſiæ non dare feudum nouum, ſed antiquum. Nomine autem perſonarum Eccleſiaſticarum veniunt Summus Pontifex *ex Clementina, Paſtoralis, de re indicata.* Archiepiſcopus, Epiſcopus, Abbas, Abbatiſſa, Præpoſitus, vt conſtat *ex §. 1. de iis qui feudum dare poſſunt,lib.1. feuder tit.1.* ibi *de antiquo non de nouo feudo,§.1.Epiſcopum,vel Abbatem.*

Obiter nota Summum Pontificem qui eſt Eccleſia animata poſſe ſuccedere in feudo franco ex pacto, vel ex conſuetudine, ſaluo iure Domini: *c. inter dilectos, de fide inſtrumentorum,* Barbatia *de præſtantia Cardin q 3. n.11.* poſt Bald. *in c.3. de beneficio fœmin.* vbi addit Epiſcopum non amittere Comitatum quamuis habeat illum ab Imperatore in feudum: nam etiamſi fiat miles Dei; non tamen propterea deſinit eſſe miles ſæculi.

Inſuper feudi Dominus Clerico, Epiſcopo, aut Cardinali an poſſit concedere feudum? affirmat Idē Barbatia *vbi proximè,n.15.* Quinimò ſupradicti poſſunt inueſtiri de feudo nouo, argumēto *§.final.de capitulis Conradi,& per quos fiat inueſtitura,§ perſonā,* & per Iacob.de Ardix.*loco ſupra citat,* dūmodo ſeruitiū ſtatui illorū non repugnet: & ita iura feudorū limitantur.

. §. IV.

Vtrùm fœminæ ſuccedant in feudo?

EPITOME.

1 *Fœmina ſine dubio ſuccedunt in feudo, ſi nominatim dicatur in inueſtitura.*

2 *Fœmina admittantur ad feudum conceſſum patri à Principe propter ſeruitium, & beneuolentiā patris.*

3 *Fœmina admittuntur ad feudum ex generali, & ſpeciali conſtitutione Principis.*
Et an ex conſuetudine poſſint ſuccedere? n.eodem.

4 *Feudum ſi ſit conceſſum vni fœmina deficientibus maſculis & ſuperſint plures fœminæ eiuſdem gradus, quænam præualebit.*

5 *Fœmina muta, & ſurda an admittantur ad feuda?*

6 *Hermaphroditus an ſuccedat in feudo,*

7 *Fœmina quando non ſuccedunt in feudo? & cur?*

8 *Fœmina ob fauorem Dominorum a ſucceſſione feudorum expelluntur.*

9 *Maſculi deſcendentes ex fœminis non admittuntur ad feuda.*

10 *Fœmina excluduntur etiam à feudo Eccleſiaſtico, & etiam à ſubfeudis.*

11 *Fœmina faciliùs excluduntur à feudo dignitatis: itē à feudo iuriſdictionis, niſi ex cōſuetudine admittātur.*

12 *Quid dicendum de fœminis in feudo conceſſo pro ſuis hæredibus, & ſucceſſoribus, & pro deſcendentibus etiam ex linea maſculina.*

13 *Fœmina ſpecialiter comprehenſa in priori inueſtitura deficientibus maſculis admittuntur in feudo, quamuis poſterior de maſculis tantùm loquatur.*

14 *Fœmina ad feudū quod redemit a Domino admittitur.*

15 *Fœmina admittuntur ad feudum fœmineum, item ad feudum quod habet originem a fœmina concedente, & in feudo ligio: item in feudo empto.*

16 *Fœmina ſuccedunt in feudo conceſſo pro deſcendentibus, vel hæredibus quibuſcunque.*

17 *Fœmina ſuccedunt in feudo conceſſo pro hæredibus, & quibus dederit, aut quibus voluerit, vel placuerit; & alijs quibuſdam caſibus.*

18 *Fœmina an ſuccedant quando quis res ſuas in feudum ſuſcipit?*

SEquitur dicendum quando fœminæ ſuccedant in feudo, & quando non. In primis non eſt dubium ſuccedere, ſi nominatim id dictum ſit in inueſtitura: *c.1.§.quum verò,* vbi Gloſſ. *de his,qui feud.dare poſſunt:* videlicet ſi dicatur quod ſuccedat Titia; tunc enim ipſa ſuccedet tantùm, & non egredietur perſonam illius: argum. *l. ſi vnus §.ante omnia,& l. perſona ff.de pactis,* Ardizo. *in Summa feudor.c.137.* Octauian. Cachetannus *in deciſ.Pedemon.27.n.15.* ſecùs ſi dicatur, quòd ſuccedat fœmina, vt filia, neptis, & proneptis, & deinceps: Camill.Bortel. *in Summa deciſ tit.34.n.171.* quod intelligit, *ibi,n.172.* deficientibus maſculis, & non aliàs: vnde ſi dicatur in inueſtitura feudi, *Conceſſum pro ſe, & filiis maſculis, & fœminis,* ſeruabitur maſculorum prærogatiua. 1

Vt autem fœminæ admittantur ad feuda, ſatis eſt ſpecialiter hoc eſſe expreſſum, & interdum nec ſpecialiter requiritur, quando ſcilicet feudum eſt illius conditionis, vt ad fœminas poſſet pertinere; quamuis pactum non ſit expreſſum ſpecialiter; *c.t.*

in

in verſ. proles, de ſucceſſione fratrum. Card. Mantica *2. p. de tacit. & ambig lib. 23. tit. 15. ex n 8.*

Idem dicenum, quando feudum ſpecialiter eſt conceſſum, vt fœminæ etiam ſuccedant, uam ex hoc pacto poſſunt ſuccedere, qnia contractus ex conuentione legem accipiunt: *l. 1. § ſi conueniat, ff. depoſ. l contractus, de regul. iuris*: qnia tenor inueſtituræ derogat omni iuri feudorum: *c. 1. de duobus fratribus à Capitaneo inueſtitis, lib. 2. tit. 18. & c. 1. de feud. non habente propriam naturam feudi, eodem lib. 2. tit. 48.*

2\. Item fœminæ ſuccedunt in feudo conceſſo patri propter ſeruitium, & amorem illius à Principe: vt expreſsè habetur *in c 1. quemadmodum feudum ad filiam pertineat, lib. 1 feud tit. 24.* & Gloſſ. *in d. cap. 1. §. & quia vidimus*, & Bald. *ibidem, n. 9.* & Caldetin. *conſ. 5. de feud.* quod intelligitur de feudo nouo, non autem de antiquo, niſi agnati conſenſum præſtent: *c. 1 in principio*, & *ibi* Afflict. *num. 23. de alienatione paterni feudi, lib. 2 feudor. tit. 39.* Bald. & Præpoſitus *in d. c. 1. quemadmodum feud ad filiam pertineat.*

Nihilominus quòd poſſint filiæ ob merita patris, vel ſua propria inueſtiri à Principe etiam de feudo paterno, & antiquo, non obſtante agnatorum præiudicio, volunt Socinus *conſ. 10. n. 23. & 56. lib. 5.* Raphael. Fulgoſ. *conſ. 4. n. 1. ad fin. verſ. amplius*, Campeg. *conſ 2. n. 14.* & alij apud Mantic. *ſupra, d. tit. 15, ex n. 19.* vbi loquitur, quando fœminæ, etiam maſculis non exiſtentibus, ſunt vocatæ, & poſtea ratione meritorum in præiudicium maſculorum inueſtitæ fuerunt. Et poſtea addit, poſſe tunc Dominum derogare priuilegio maſculorum, quamuis feudum ſit ex pacto, & prouidentia, quando fœminæ ſunt vocatæ ex tenore inueſtituræ: ita Pariſius *conſ. 4 n. 40. & ſeq lib. 1.* quinimò ſunt qui teneant poſſe filias inueſtiri viuo patre renunciante in fauorem filiæ, quidquid ſit de præiudicio agnatorum, quibus eo tempore non eſt ius quæſitum, niſi in ſpe; non autem in re.

3\. Similiter fœminæ ex generali, & ſpeciali conſtitutione Principis poſſunt ſuccedere in feudo, depoſitis qualitatibus, quæ in fœminis non reperiuntur: ita Couar. *lib. 3. variarum, c. 6. n. 3. & 7. verſ. ſextum fundamentum*, Decian. *conſ. 24 n. 75. in fin. & 77. lib. 1.* Alber. Brun. *conſ. 5. n 41. & 58* Atque ita in Regno Neapolitano, ex cõſtitutionibus Regni admittuntur fœminæ ad feoda, non extantibus maſculis, vt *in conſtitutione*, incipit, *Vt de ſucceſſionibus*, quam exponit Afflict. & ita affirmat *in c. 1. § filia, n. 6. de ſucceſſione feudi*, Nec obeſt fœminas admitti, quando nominatim de illis dicitur, quòd ſuccedant: quia non eſt negandum, quòd poſſint admitti, ſi generaliter dicatur, aut ſi ex natura feudi hoc poſſit colligi.

In eo tamen eſt dubitatio, an id debeat exprimi ſaltem ſpecialiter, *ex d. c. 1. §. filia, de ſucceſſione feudi*, quia verba generaliter prolata non videntur ſufficere, ita Menochius *conſ. 331. n. 27.* Nihilominus expreſſum ſpecialiter intelligitur, quod a generalitate verborum eſt abſtractum, aut quando ex mente id apparet per probabiles coniecturas: Menoch. ſupra, poſt Alex. *conſ. 7. n. 4. lib. 4.* Signor. *conſ. 176. n. 7.* idem Alex. *conſ. 563. n. 2. lib. 7.* Quod intelligitur, quamuis exigatur, vt nominatim dicatur: Bart. *in l. 1. n. 1. ff. vi bonor. raptor.*

Sed qnid de conſuetudine an poſſint admitti fœminæ ad feoda? Affirmanter reſpondendum eſt, vbi adeſt conſuetudo, vt obſeruatur in Francia, vbi tanquam bona patrimonialia, feuda cenſentur: Camill. Borr. *in commentariis, de magiſtrat. edictis, lib. 1. c. 5. n. 65.* Guido Papæ *in deciſ Gratianop. 9. & in deciſ. 59.* Idē ſeruatur apud Biturīges, Burgundos, Niuernenſes, vt ſcribit Chaſſaneus *in conſuet. Burgund. tit. des Fiefz. rub. 4. §. 5. n. 29.* per quos Authores, deficientibus maſculis, fœminæ ſuccedunt: vt in Sicilia, in ciuitate Patronij, in Marchionato Ceuæ, & Rolandus *conſ. 3. n. 17. vol. 1.* quem ſequitur Rodolphus Schrader. *de feudis, part. 7. c. 4 ſub num. 53. vol. 1.*

4\. Dubitationis eſt, ſi concedatur vni fœminæ deficientibus maſculis, & superſint plures fœminæ eiuſdem gradus, quænam debeat præualere? hac de re variæ extant opiniones. Prima quòd Dominus eligat; ita Bald *in d. c 1 §. & quia vidimus, Qui feudum dare poſſunt, & l. ſi quis ſeruum, § ſi inter duos, de legatis 1.* Secunda tenet nullam fœminam ſuccedere ex incertitudine, quæ vitiat diſpoſitionem: *l. cum ex pluribus, ff. de manum. teſtam.* Tertia ſententia, quòd huiuſmodi contentio dirimatur ſorte, vt videtur probari per *l. 2. C. quando, & quib quart pars debetur, lib. 10. & c ſors, 26. q. 2.* ſed Bald. æquius credit dandam eſſe Domino electionem *in d. c. 1. §. & quia vidimus*, ibi, *quem Dominus voluerit.* Item, quia dominus non debet cogi ad recipiendum vaſallum ingratum. Quarta ſententia quæ magis placet Baldo *in d c. 1. §. quia vidimus, n. 18. de his, qui feud. dare poſſunt*, pro primogenita ſtat *ex l. ſi quis ita ſtipuletur, ſiue nauis, ff. de verbor oblig.* ex qua colligitur, quòd ex duabus cauſis ad eundem finem tendentibus, celerior conſumit effectum: ſequitur Paul. de Caſt. *ibi* & Iaſon *n. 4.* Vnde cùm plures fœminæ ſint in eodem gradu, quæ prior nata fuit potior haberi debet: quod intellige ſi omnes ſint nuptæ, tunc enim primogenita debet præferri: Afflict. *in d. c. 1. §. & quia vidimus*; ſecùs ſi aliqua ſit innupta: ſed de his ſupra *lib. 2. diſp 7. §. 1. n. 26. & 27.*

5\. Quæritur item, an fœminæ mutæ, ſurdæ, & cæcæ ſuccedant in feudo? ratio dubitandi quia feudum non intelligitur conceſſum hominibus imperfectis, *c. 1. an muti, vel ſurdi, lib. 2. feud tit. 36.* vbi dubitatur, an mutus, vel aliàs imperfectus feudum retineat. Dicitur autem imperfectus, qui non habet ſenſus principales, qui ſunt veluti oſtia intellectus; vt ait Bald. *in l. quoties, n. 8. verſ quidem naſcuntur, C. de ſuis & legit liber.* cùm nihil ſit in intellectu, quod priùs non fuerit in ſenſu. Si ergo mutus, aut ſurdus, aut aliàs imperfectus non ſuccedit in feudo, quando imperfectio eſt naturalis, vt Aluarot. & Card. Alex. *in d tit. an mutus*, multo fortiùs non ſuccedent fœminæ & mente captæ, ſicut non intelligitur feudū conceſſum furioſis, vt Bald. *in d. l. quoties*, quamuis patri ipſo iure ſui hæredes exiſtant, *§. ſui autem hæredes*, ibi: *& licèt furioſi ſint, Inſt. de hæreditat. quæ ab inteſtat. defer.* Non tamen propterea excluduntur ab hæreditatibus, indigebunt tamen curatore: *l vltima, § ſali itaque, C. de curat. furioſ.* Bart. *in l. 1. ff. de bon. poſſ. infant. & furioſ. dat.*

Quòd ſi imperfectio eſt accidentalis, non propterea excluditur à feudo, quando vitio accidentali homo eſt affectus: vt *in d c. 1.* & *ibi* Bald. Aluar. & Card. Alex. *in tit. an mut. ſurd. vel alius imperfectus*, quia fortius eſt impedimentū naturale, quàm accidentale: *§. ſed & illud*, cū Gloſſ. *in verbo Spadones, Inſt de adopt. & l. ſed eſt quæſitū, §. 1. ff. de liber. & poſth.* Accedit, qui natus eſt imperfectus, nunquā fuit habilis ad feudum; ac proinde faciliùs excluditur, quàm ille, qui à principio fuit habilis, & decurſu temporis per accidens fuit inhabilis: Tiraq. poſt alios *de primogeniis, q. 23.*

6\. Quid de Hermaphrodito ad ſucceſſionem feudi habēre ſigna vtriuſque ſexus? Si in neutro præualet non ſuccedit? quoniam iſte caſus in inueſtitura feudi non eſt expreſſus: *arg l ſi vinum quod in doliis, ff. de periculo & comod. rei vendita & l. commodiſſimè, de liber. & poſthu.* Bald. *conſ. 237. in fine lib. 3.* ſecùs ſi in ſexu virili præualeat, tunc enim admittitur ad feudum. Quòd ſi magis præualeat in ſexu fœmineo, non admittetur, niſi fuerit in feudo, in quo fœminæ poſſunt ſuccedere: Iacob. de Ardizo. *in ſum. feud. per l. quæritur, ff. de ſtatu hom.* Bald *in d. l quoties, n. 7. C de ſuis & leg. liber.*

7\. Quando ergo fœminæ, & in quibus caſibus à

feudo excludantur, conuerti potest. Ratio contra illas vrget, quoniam regulariter non intelligitur feudum fœminis concessum, nisi quando de illis specialiter fit mentio, vt dictum est. Hæc autem regula primò locum habet, vt extendatur ad filios masculos ex fœminis procreatos, vt deducitur *ex d.c.1. §.hoc autem notandum, Qui feudum dare possunt.*

Secundò intelligitur, etiamsi feudum sit hæreditarium, quia si concedatur pro hæredibus, & non addatur pro hæredibus vtriusque sexus, fœminæ non habent locum: Mubedan.*decis.*281. quæ ordine est 5.*n.*4. *de feudis*. Ratio, quia est particulare in feudis, vt verbum *hæredes*, limitetur ad masculos: quod procedit, quando feudum est simpliciter hæreditarium, non autem quando est hæreditarium secundùm quid: atque ita quando simpliciter est hæreditarium extenditur ad fœminas: vt vult Decian. *cons.* 58. *n.*30. *&* 32. quinimò extenditur ad hæredes extraneos, perinde ac fieri solet apud Gallus, vbi verba *pro suis hæredibus*, accipiuntur pro extraneis, instar bonorum patrimonialium: prout vult Boërius *decis.* 223 *num.*2.

Ampliatur tertiò etiam quando dicitur in concessione feudi, *pro se, & legitimis hæredibus*, adhuc excluduntur fœminæ: Decius *cons.*319.*n.*1.*in fine, & n.*2. Nam quamuis verbum *hæredes* fœminas etiam contineat, per *l.sciendum, ff.de verborum significatione*, tamen intelligitur de masculis tantùm ratione subiectæ materiæ: Bald.*in c.*1.*n.*4.*quibus modis feudum constitui potest, lib.*1.*feud.tit.*25. vbi inquirit quando feudum absolute conceditur nulla facta mentione de hæredibus, quod intelligitur tamen tacitè: ita Socin.senior.*cons.*19.*n.*2. & 3.*lib.*1. Curt.iun.*de feud.t.* 2.*p.tertia partis princip.num.*1. *in fine*, Ripa *respons.*23. *n.*3.*de iur.emphyt.& feud.vol.*1.

Quartò ampliatur, vt procedat regula, etiam si dicatur masculos præferendos fœminis: adhuc enim non intelligitur concessum fœminis, si masculi deficiant, cùm sit contra ius commune, & contra propriam naturam feudorum: Socin.sen.*cons.*19.*num.*5. *in fine &* 6.*lib.*1.& Crauet.*cons.*472.*num.*15. nec valet argumentum à contrario sensu ad correctionem iuris communis: vt vult Barth.*in l.omnes populi, n.*61. & Bald.*n.*24.*de iust.& iure.*

8. Cur ergo fœminæ non admittantur ad feuda quæres? Responsio sit non hoc fieri in odium illarum, sed in fauorem Dominorum inductum esse. Quæ ratio videtur esse finalis, & ea cessante, dispositio cessat: *l.adigere, §.quamuis, de iure patronatus, c.cum cessante, de appellationibus*, Tiraq. *in speciali tractatu, Cessante causa, & de iure primog.q* 40 *n.*170. Cald.Per. *de potest.eligendi, c.*10. *n.*2. Sanch.*de matr.lib.*8.*disp.*30. *n.*12.*& in præcepta Decal.tom.*1.*lib.*4.*c.*2.*n.*42. vbi intelligit de sola finali causa, & procedere etiam in foro animæ: Barb.post alios *in d.c.cum cessante, n.*2. Quare si fœmina aliqua ad bellum ire consueuit tanquam masculus, in feudo succedet: vt putat Andreas de Iser.*in c.*1. *§. hoc autem notandum, qui feud.dare possunt.* Sed hæc opinio non vrget communiter, nam quamuis prima ratio cesset, tamen aliæ rationes subsistunt, ob quas fœminæ excluduntur, videlicet imbecillitas; *c.forus, de verborum significatione*, & infirmitas consilij, neque arcani Domini retentio, & alia quæ continentur in iuramento fidelitatis, quæ nequeunt præstare: Camill.Bottel *in Summa*, 1.*p.tit.*34.*n.*182.*& n.*183. Et sufficit legem rationabilem esse, vt in plurimis, quamuis non sit in singulis; quoniam non singula generum sed genera singulorum considerantur: Abbas *in c.penult. in fine, de consuet.* Alex. *in cons.* 32.*n* 6.*lib.*7.

9. Vnde eodem modo, quo fœminæ excluduntur à feudo censentur exclusi earum filij: *d.c.*1.*§.hoc autem notandum*, Bald.*ibi, qui feudum dare possunt.* Et quamuis in filiis videantur cessare rationes quibus fœminæ prohibentur, tamen exclusa matre, excluduntur omnes qui ab ea procedunt: *l.vltima, §.ex diuerso, de natur.liber.* Bart.*in l.liberorum, n.*14.*ff.de verb.signif.* Afflict. *in c.*1.*n.*16. *de nat succ.feud.* eò quia quod nascitur ex natura, seu radice corrupta, sequitur naturam proprij genitoris. Quamobrem, si in aliquo Regno ex rationabili consuetudine, non succedat in regno filia Regis, eius filius, quamuis Rex existat in altero regno, nullum in eo ius habere potest: ita Ioan.Andr. *in c.ad apostolica, de re iudicata, lib.*6. quia nequit maior virtus in causato esse, quàm procedat ab influente potentia causæ: Bald.*in l.*1.*n.*3.*ff.de Senat.* & Grat.*in cons.*120.*n.*15.*lib.*2.

10. Ampliatur quintò in feudo Ecclesiastico, à quo excluduntur fœminæ, nisi aliud sit expressum in inuestitura, eò quia recipitur interpretatio ex capitulis feudorum, quando aliud à iure Canonico specialiter non fuerit constitutum: Bald.*in c.cæterum, n.*2.*de iudiciis* Anchar.*cons.*174.*n.*1.*post medium*, Alex.*cons* 98. *n.*6.*lib.*6.& Roland.*cons.*90.*n.*16.*& n.*20.*lib.*4. quod intelligitur, quando agnati masculi supersunt; illis tamen deficientibus, fœminæ possunt succedere Bero.*cons.*13.*n.*18.*lib.*1. Quod procedit aliter, si feudum sit masculinum: tunc enim Episcopus nequit inuestire fœminas, nisi merita præcesserint. ita Zas. *in cons.*13.*n.*28.*& seq.lib.*1. *& cons.*22. *n.*26. *lib.*2. Quod procedit quando feudum taxatiuè masculis tantùm esset concessum: nam tunc fœminæ non habent ius ad petendam renouationē inuestituræ: Purpur.*cons.* 368.*n.*4.*in fine.* Contra verò, si pro masculis absolutè, & simpliciter sit concessum feudum, ipsis deficientibus, fœminæ debent audiri, & admitti ad petendam inuestituram, quamuis non sint nominatim in inuestitura contentæ: Paul.de Cast.*cons.*159.*ad fin.lib.* 2.Soc.iun.*cons.*176.*n.*121.*lib.*1.& ita fuit decisum in sacro Auditorio Bononien. Nam fœminæ in dubio faciliùs ad feudum Ecclesiasticum, quàm seculare admitti solent. Idem dicitur in subfeudis, in quibus etiā fœminæ non admittūtur, sed masculi præualent: *c.*1.*in princ.cum §.hoc autem notandum: Qui feudum dare possunt, & c.*1.*de succ feudi*, dummodò feudum non sit fœmineum: tunc enim subfeudum sequitur naturam feudi principalis: Menoch.*cons.*148.*n.*24.*& n.*41.

11. Faciliùs item fœminæ excluduntur à feudo dignitatis, & à feudo iurisdictionis, eò quia fœminæ communiter ad dignitates non recipiuntur, neque ad honores: *l.fœmina, de regul. iuris*, Tiraq.*de primog.* *q.*10.*n* 9.*&* 10. propter periculum ruendi, si fœminæ iurisdictiones feudo adhærentes essent assecutæ: de quibus *D.Thom.*1.2.*q.*105. Quare si extet consuetudo, quòd in feudis minoribus fœminæ ascendant, non propterea id habebit locum in feudis Regalis dignitatis: Alciat.*cons.*1. *n.*34. *& sequenti, lib.*8. sustinebitur tamen consuetudo inducta in feudo etiam dignitatis: Tiraq.*de iur.primog.q.*10.*n.*8.*& sequentib.* & Purpur.*cons.*216. *n.*3. Quod autem dicitur fœminas non admitti ad honores, & dignitates, id intelligitur, nisi Princeps, vel consuetudo eisdem hoc concesserit: Bart.*in d.l. fœmina, de regul.iuris*, & ex consequenti fœminæ possunt repelli à feudo, ex eo solùm, quòd habeat iurisdictionem: Patis. *cons.*4.*n.*12.*lib.*1.

12. Quæritur itē, quid dicendum de feudo concesso fœminis *pro suis hæredibus, & successoribus, nec non pro descendētibus ex linea masculina?* Quoad primum, certum est masculos descēdentes ex fœminis admitti ad feudum concessum pro hæredibus, & successoribus masculis quibuscunque, quamuis fœminæ excludantur; quia illud verbū *Masculi*; eas excludit; masculos autē descendentes ex filia includit: quoniam propriè sunt descendentes masculi, & illud verbum *quibuscunque*, nequit

nequit ratione subiectæ materiæ arctari ad mares venientes per virilem sexum: ita Brun. *cons.* 10. *n* 2. & Iason *cons.* 9. *num.* 7. *& sequentibus, eodem volumine.*

Quoad fœminas, non obstante quòd dicatur *pro suis heredibus, & successoribus*, non extenditur ad illas, quoniam non censentur fœminæ comprehensæ secundùm communem opinionem, quæ fœminas excludit: vt vult Ripa *responsione* 23. *n.* 4 *& 5. de iure emphyt. & feud. vol.* 2. Neque illud verbum, *successoribus*, fit superfluum: atque ita verbum *heredibus*, intelligitur de iure ciuili, & verbum, *successoribus*, de iure prætorio: & ideò non veniunt fœminæ: ita vult Imol. *in l. quod dicitur, n.* 14. & Alex. *n.* 26. *vers.* 1. *addit, de verborum significat.* Attamen quando feudum fuerit rectum, & simplex, hæc verba, *pro suis heredibus, & successoribus*, ob materiam subiectam ad masculos duntaxat extendentur, vt ait Purpuratus *cons.* 325. *n.* 2. secùs si feudum fuerit improprium: tunc enim etiam fœminæ intelliguntur comprehensæ: Corneus *cons.* 239. *ex n.* 9. *lib.* 1.

Masculi autem ex fœminis descendentes admittuntur ad feuda in quibus fœminæ succedunt, quoniam non debent esse inferioris fortunæ, quàm ipsæ fœminæ, eò quòd in illis non reperiuntur conditiones, & rationes, putà fragilitas sexus, & infirmitas consilij, quæ in fœminis extant: Curt. iun. *cons.* 1. *n.* 7. *&* 23. proinde cùm fœminæ admittantur, masculi ex fœminis descendentes non debent excludi; quæ ratio masculos excludit, quando fœminæ excluduntur, vt idem Curt. *d. cons.* 1. *n.* 23. testatur.

Quoad secundum dicendum est; esto, feudum constitutum sit *pro se & descendentibus ex linea masculina*, adhuc fœminas excludit descendentes ex masculis, quamuis propriè sint descendentes per lineam masculinam: ita Ruyn. *cons.* 126. *ex num.* 11. *lib.* 1. Decius *cons.* 319. Nec refert quod tradit Alex. *in l. Gallus, §. hunc, de lege Velleia, num.* 3. *ff. de liber. & posthum.* Quoniam non loquitur *ibi* de feudo, sed de substitutione, & emphyteusi, in quibus fœminæ succedunt; nisi aliunde constet intentionem fuisse conseruandi agnationem: in quo euentu hæc verba ad masculos, & descendentes per lineam masculinam debent aptari: Card. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 22. *tit.* 16. *ex n.* 26. *cum sequent.*

Porro quando fœminæ in priori inuestitura ap-
13. parent comprehensæ specialiter, non est dubium eas succedere in feudo, non extantibus masculis, quamuis in posteriori inuestitura de masculis tantum fiat mentio. Attenditur namque principium, & inspicitur prima inuestitura, quæ non potest mutari in præiudicium illarum: Bald. *cons.* 82. *lib.* 1. *& cons.* 215. *lib.* 2. Alber. Brun. *cons.* 14. *num.* 2. *vers. & posito*, Purpur. *cons.* 66. *n.* 4.

14. Similiter fœminæ admittuntur ad feudum, quod redemerunt à domino; vt probat Gloss. *in cap.* 1. *§. & quia vidimus, in verbo, frater*, & Bald. *ibid. n.* 9. *qui feudum dare possunt, lib.* 1. *feud. tit.* 1. id enim *ibi* expressum est, & *in c.* 1. *quemadmodum feudum ad filiam pertineat, lib.* 1. *tit.* 24.

15. Eodem modo fœmina succedit in feudo fœmineo, hoc est, quod ab initio fœminæ datum fuit: *c.* 1. *de nat. feudi, lib.* 1. *tit.* 7. Gloss. *in c.* 1. *§. & quia vidimus. in verbo, sic ergo, circa medium, Qui feud. dare possunt.* Vnde filia in feudo fœmineo potest succedere, masculis non extantibus: nam feudum semel factum fœmineum, quod transiit ad fœminam, non desinit esse tale: Roman. *cons.* 367. *n.* 12. *vers. fallit sextò*, & ideò si masculi non supersunt, fœminæ succedunt.

Idem est sensus, quando feudum habuit originem à fœmina, quæ feudum concessit: censetur namque voluisse concedere, non solùm pro masculis descendentibus, sed etiam pro fœminis: quia principium cuiusque rei est in consideratione: *l. qui id quod, ff. de donat.* ac proinde tale feudum intelligitur concessum à fœmina pro aliis fœminis descendentibus: Anchar. *cons.* 139. Bald. *in cap.* 1. *de feudo fœmineo, n.* 1. Cephalus *cons.* 258. *n.* 20. *vers. quemadmodum.* Item fœminæ succedunt in feudo ligio, vt vult Speculator *de feudo, §. quoniam, vers.* 21. & *ibi* Ioan. Andr. *in additionibus*, Ripa *lib.* 1 *responsionum, c.* 1. *n.* 75. feudum autem ligium quale sit, dictum est supra *disp.* 16. *§.* 5. *num.* 5. Idem dicitur de feudo empto, in quo fœminæ possunt succedere, quamuis Odofred *in sua summa, sub rubrica, qui possunt in feudo succedere*, velit quòd fœmina in feudo empto magis succedat ex natura contractus, quàm ex natura feudi: hoc tamen non est vndequaque verum: Bald. *in c.* 1. *§. & quia vidimus, n.* 19. *qui feud. dar. poss.* & hanc partem sequendam putat *in cap. significauit, n.* 1. *de rescriptis*, Alex. *in l. vltima, n.* 4. *de verbor. obligat.* vbi asserit esse communem. Curt. sen. *in cons.* 48. *n.* 11. *& cons.* 49. *n.* 1. *vers. accedentes ad primũ.*

Contrariam sententiam sequitur Andreas de Isernia *in d. c.* 1. *§. & quia vidimus, qui feud. dar. poss.* contra Odofredum, & contra Romanum *in l. etiam filij, n.* 7. *ff. soluto matrimonio*, dicens, si ratione contractus emptionis feudum posset transire in fœminas, posset similiter transire in extraneum, quod esse falsum putat: nam feudum non potest ire post naturam contractus, sed contractus debet sequi naturam rei, quæ deducitur in contractum. Et quamuis feudum emptum non habeat propriam naturam feudi, cùm non sit gratuitum: nihilominus intelligitur iuxta normam, & mores feudorum: ita Clarus *in §. feudum, q.* 16. *in fine*, & Zazius *in Epitome feudorum, p.* 12. *num.* 19. vbi vult feudum emptum esse rectum, & & simplex, quamuis non sit gratuitum; & eo tantum excepto, quod non sit gratuitum, feudum simpliciter est dicendum: quod multo facilius sic potest dici; quando concedens feudum, & qui suscepit, gratiam nuncupauit: ita Rol. *cons.* 25. *n.* 21. *lib.* 1. eò quia feudum emptum non dicitur, quando pecunia soluta gratiam non excedit. Illud etiam addi potest; si feudum sit emptum à tertio posse succedere fœminas, quia semel alienatum semper intelligitur alienabile: *l. cùm pater, §. ab instituto*, 15. & *ibi* notata *de leg.* 2. Socinus sen. *cons.* 67. *n.* 2. *lib.* 1. ita Decian. *cons.* 58. *num.* 49. *&* 50. *lib.* 2. subdens hoc magis procedere, si feudum sit emptum à Domino.

Multò fortiùs fœminæ succedunt in feudo concesso *pro descendentibus, vel heredibus quibuscunque*: 16.
nam cùm de omnibus hæredibus, & descendentibus quibuscunque intelligatur hæc clausula, receditur à propria natura feudi: ac proinde etiam fœminis censetur datum, dummodò sint descendentes, non extraneæ, ne specialitas duplex inducatur: Bald. *in c.* 1. *§. donare, n.* 4. *qualiter olim feudum pot. alien.* Roland. *cons.* 4. *n.* 13. *lib.* 4. & Decian. *cons.* 58. *n.* 32. *lib.* 2.

Idem esto iudicium de fœminis, quando conce- 17.
ditur feudum *pro heredibus, & quibus voluerit, vel placuerit*; tunc enim fœminæ admittuntur: Crauetta *cons.* 256. *sub n.* 4. *vers. sed hic dubitatur*, & Menoch. *cons.* 331. *n.* 27.

Fœminæ item admittuntur ad feudum datum eo onere vt quis possit seruire per substitutum: Alex. *cons.* 10. *n.* 3. *lib.* 5. Felin. *in c. in præsentia, n.* 82. *de probationibus*, Item in feudo exiguo, quod in dubium reuocatur: tunc enim vasallus neque ad fidelitatem, neque ad seruitium tenetur: *c.* 1. *de fidelitate, de capitulis extraord. Corradi*, cuius meminit Bald. *in c.* 1. *§. est & alia, quæ fuit prim. caus. benef. amitt.* sequitur Romanus *in l. etiam filij, n.* 5. *ff. soluto matrimonio.*

Denique fœminæ succedunt in feudo, si quis res 18.
suas in feudum suscipiat: ita Ripa *lib.* 1. *respons. c.* 1. *n.* 51. Purpuratus *cons.* 402. *num.* 52. Quod intelligitur,

quando recognitio facta fuit ex certa ſcientia: ſecùs ſi fiat per errorem, quia tunc non eſt feudum, ſed allodium. Eodem modo ſuccedunt fœminæ, ſi feudum per longiſſimum tempus apud fœminas conſeruetur: nam contra tenorem primæ inueſtituræ; per quam maſculi ſuccedunt in feodo, præſcriptio triginta annorum abſque dubio locum habet: vt habetur *in c.1. ſi quis per triginta annos, ſi de feud. fuer. controu. inter dom. & agnat.* Grat. *conſ.* 39. *num.* 37. *ver. de-octauo lib.*1.

§. V.

Quæ poſſint feudatarij præſtare in re feudali.

EPITOME.

1 *Vaſallus tenetur ad onera tam realia, quàm perſonalia ratione feudi?*

2 *Vaſallum non poſſe imponere ſeruitutem, eſt aliquorum: ſed poſſe, eſt multo probabilius.*

3 *Vſumfructum non poſſe alienare eſt certum, ſed commoditatem non eſt dubium.*

4 *Vaſallus poteſt diſponere tam de feudo antiquo hæreditario, quàm de nouo, ſeruatis ſeruandis.*

5 *Vaſallus poteſt vendere fructus feudi à ſolo ſeparatos: pendentes autem an poſſit quæſtio eſt: & n.6. & 7. & 8.*

9 *Vaſallus quid transferat in ſubfeudatarium quando ſubinfeudat? & n.10.*

11 *Subinfeudatio an poſſit fieri in præiudicium agnatorum, & inconſulto priori domino?*

12 *Vtile dominium quotuplex ſit, & an poſſit eſſe in duobus?*

13 *Pater an poſſit filiæ feudum in dotem dare: & n.14. & 15.*

16 *Feudatarius an poſſit facere compromiſſum & tranſigere ſuper re feudali? & n.17.*

18 *Dominum an teneatur vaſallus tueri & ſequi quando bellum eſt iniuſtum?*

19 *Et quid ſi detur conſuetudo tuendi, & comitandi dominum. & n.20.*

21 *Vaſallus an poſſit alienare res feudales inconſulto domino, & in quibus caſibus? & n.22.23.24. & 25.*

26 *Feudum alienatum inconſulto domino non perditur ante traditionem.*

27 *Feudum amiſſum ad quem debeat reuerti, ad dominúmne, an ad agnatos? & n.28. & 29.*

30 *Vaſallus an poſſit teſtari de feudo conſentiente domino?*

31 *Et quando Pater committit crimen læſæ maieſtatis an filius priuetur feudo.*

32 *Inueſtitura eſt petenda infra annum & diem à die ſcientiæ, & qui excuſentur.*

1. DVbitatur primò. An feudatarius teneatur ad onera tam realia, quàm perſonalia ratione rei feudalis? Reſponſio eſt affirmatiua: ita Molina *de iuſtitia, tract.2. tom.2. diſp.*456. poſt alios *pag.*1302. Valaſc. *de iur. emphyt.* quem refert ac ſequitur *quæſt.*17. *num.*3. *verſ. hanc concluſionem*; ſiue tributa, & onera ſint magna, ſiue modica: & eſt communis; ſiue ſint antiqua ante feudum conſtitutum, ſiue de nouo impoſita poſt illud: vt eſt text. & *ibi* Bart. *in l. quæro, ff. de vſufructu legat.* ibi, *idem iuris eſſe in iis ſpeciebus, quæ poſtea inducuntur*: Afflict. *in cap.1. §. præterea ducatus, num.*57. *de prohibita feudi alienatione, per Federicum*, Garcias *de expenſis, cap.*12. *num.*62. *verſ. illud conſequens eſt*, argumento ab vſufructuario, concludens vaſallum teneri ad onera, & tributa, cùm infeudatus fructus percipiat, & ex conſequenti ad onera obligatur: Pinel. *l.1. p.2. num.*72. *C. de bonis maternis, ampliat.*6.

Contra hæc dici poteſt, Dominum debere eſſe contentum eum iis, quæ in pactum ſunt adducta; & ideò non poſſe imponere alia onera, quæ non fuerunt expreſſa: vt vult Ioan. Ray. *in commento feudorum, § firmiter quæro, quid ſi fuit conceſſum feudum*, quem ſequitur Iacob. de S. Georgio *in inueſt. feudor. in verbis, & promiſerunt præſtare debita ſeruitia, num.* 28. vbi id notat, & monet: quia feuda regulariter fiunt pactis appoſitis: ſecundùm *cap.1. in fine*, cum Gloſſ. *de Capitan. qui Curiam vendidit*, quod docet Leon. de Piſau. *inter conſil. Alb. Bruni, conſ.*17. *n.*73. Sed poſſe imponi eſt verius: Valaſc. *ſupra, num.*5.

Dubitatur ſecundò, an vaſallus ſuper feudo inconſulto domino poſſit imponere ſeruitutem? Negat Capell. Tholoſan. *in decis.*462. Boër. *in decis. Burdegal.*181. *num.*3. & Garcias Maſtrill. *in decis. Sicilia* 83. *num.*8. 2.

Contraria tamen ſententia, poſſe ſcilicet feudatarium ſeruitutem in re feudali imponere, magis placet, quæ duret dum feudatarius vixerit, ac proinde proprietario non nocebit, neque ſucceſſori in feudo: ita Molina *tom.2. diſp.*461. *§. emphyteuta*, poſt plures quos *ibi* referens ſequitur, *& diſp.*470. *in principio*, vbi id extendit ad maioratus poſſeſſorem, quæ durabit durante poſſeſſore: Molina *de primog. lib.* 1. *cap.2. num.1. & ſequent.* Pinel. *l.1. C. de bonis maternis, part.3. ad finem numeri* 71. vbi reſpondet Molina rationibus contrariis.

Dubitatur tertiò, vtrùm poſſit feudatarius concedere vſumfructum, qui duret durante vita ipſius? Molina *de primog. lib.1. cap.20. num.6.* putat emphyteutam poſſe concedere vſumfructum, non tamen feudatarium, *ibi, n.7.* Dicendum tamen eſt non poſſe feudatarium concedere verum vſumfructum pro tempore, quo fuerit feudatarius, eſto, poſſit concedere alias ſeruitutes. Dixi verum vſumfructum, quia domino inconſulto poterit vaſallus concedere commoditatem vſusfructus, concedendo illi ius ad vſum, & ad fructus nomine & loco ipſius percipiendos, quæ facultas non eſt propriè vſusfructus, cùm ius illud vtendi & fruendi habeat nomine alieno, non verò proprio: Molina noſter *d. diſp.*461. *§. maius dubium eſt.* 3.

Dubitatur quartò, vtrùm feudatarius poſſit de feudo hæreditario antiquo, ſicut de feudo nouo diſponere? affirmat Sapientiſſimus Maſtrillus *in decis. Sicilia* 56. *n.*25. Quod eſt intelligendum requiſito domino: quia ſi vaſallus non poteſt diſponere de vſufructu modo ſupradicto, multo minus poterit diſponere inconſulto proprietario de toto: eſt ergo hoc accipiendum conſulto Domino: quandoquidem vaſallus non poteſt vendere vſumfructum bonorum feudalium: vt etiam tenet Gloſſ. communiter recepta: *in cap.1. in verbo, alienationis, de capitul. Corrad.* 4.

Dubitatur quintò, an poſſint vendi fructus feudorum? Non eſt dubium poſſe, ſi ſint à ſolo ſeparati: nam non ſunt feudales, ſed allodiales: *cap.1. an agnat. vel fil. cap.1. §. his conſequenter. & ibi* Afflict. *n.*2. Bald. *conſ.*170. *n.*3. *verſ. nam fructus, lib.*2. Curt. iunior. *de feud. p.*3. *n.*47. Rol. *conſ.*71. *n.*64. *lib.*2. 5.

Quæſtionis eſt quando fructus rei feudalis fuerint pendentes, tunc enim cùm fructus ſint pars rei, & res nequeat vendi, conſequenter nequeunt fructus vendi. Fructus eſſe partem rei habetur *in l. fructus pendentes, ff. de rei vendic.* Vaſallus ergo inconſulto domino non poteſt vtile dominium ipſius feudi alienare: *c. imperialem, in principio, de prohibita feud. alien. per Federicum*: igitur qui non poteſt rem alienare non poterit etiam vſumfructum pendentem. 6.

Huic

7. Huic facilè respondent qui putant vasallum posse vendere fructus bonorum feudalium ad modicum tempus, vel quandiu superstes fuerit, secundùm varias sententias, Andreas de Ysernia, Bald. Aluar. & alij *in d. c. Imperialem, in principio, & in c. 2. §. eadem, de lege Corradi*, idem Bald. *in c. 1. §. aut si libellario, num. 3. quibus modis feudum amittatur, & in c. qua in Ecclesiarum, num. 10. de constit.* & *ibi* Felin. *num.* 119. Afflict. *in d. c. Imperialem, in principio, num. 30. de prohibita feud. alienat.*

8. Cæterùm, si feudum sit nouum, potest feudatarius sine consensu domini vendere fructus etiam in præiudicium filiorum, si fuerit saltem illi datum *pro se, & heredibus*: ista namque venditio fructuum non includit vsumfructum, aut aliam seruitutem constituentem ius in re, sed tantùm obligationem personalem, quæ non dicitur alienatio: vt probat Alex. *cons.* 18. *a principio, vsque ad num.* 10. *lib.* 5. *& cons.* 118. *lib.* 6. Secùs si feudum fuerit ex pacto, & prouidentia: in quo euentu nequit pater obligare feudum, nisi durante eius vita, quia post mortem patris præcipuum relinquitur filio: Afflict. *in c. 1. num. 26. an agnatus, vel filius defuncti possit retinere feudum repudiata hereditate, lib. 2. feudorum, tit. 45.*

9. Dubitatur sextò, quid fiet feudatario, si illi detur tantùm posse subinfeudare, & totum suum dominium vtile vnà cum possessione illius subinfeudet? Tunc in nouum feudatarium dominium vtile transfert, neque apud ipsum manet, nisi ius exigendi pensionem nouam eidem impositam, nisi aliud deducatur in pactum: manet ergo insuper primo feudatario ius exequendi pœnam Commissi in secundum feudatarium: Molina *disput.* 471. *fol.* 1421. vbi subdit nouum feudatarium teneri domino seruire, loco primi feudatarij, atque onera primi transferri in secundum: nec non vt valida sit huiusmodi transmissio feudi, oportere, vt is in quem transfertur tale onus, sit idoneus æquè ad seruiendum Domino, sicut primus feudatarius. Vnde si primus miles erat, & assuetus bello interesse, non potest subinfeudare nisi in militem, qui æquè bene seruiat domino in bello: atque ita circa hæc, & alia onera imposita, dum fit subinfeudatio, standum est conuentionibus inter subinfeudantes appositis: quinimò, secundus feudatarius poterit iterum subinfeudare, & ita in infinitum sine præiudicio proprietarij: habetur *in c. 1. §. similiter, de lege Corradi.*

10. Dubitatur septimò, an feudatarius subinfeudans retineat vtile dominium? Negatiuè respondetur, quia non retinet nisi reliquias quasdam illius dominij: ita Iul. Clar. §. *feudum, quæst.* 32. *num. vltimo*, ratione quarum habet quandam veluti eminentiam in subfeudatarium: Molina *d. disput.* 461. *vers. hoc ita constituto, ad medium* Proinde vasallus inconsulto domino potest alium subinfeudare de feudo, quod ipse habet; vt tenet Gloss. *in c. qua in Ecclesiarum, de constitutionibus*, quam Gozadin. esse approbatam communiter testatur *cons.* 62. *num.* 5. miratur tamen Iul. Clar. *vbi proximè, num.* 1. cur detur facultas feudatario subinfeudandi sine consensu domini, cùm hoc negetur emphyteutæ; Dici tamen potest esse ratio, quia feuda conceduntur pro seruitio; non autem propter meliorationes rei feudalis, ob quas emphyteusis conceditur.

11. Dubitarunt octauò, an talia subinfeudatio possit fieri in præiudicium agnatorum, & an secundus vasallus possit inconsulto priori domino alienare? Quoad primum responsio secundùm aliquos est affirmatiua, quando vasallus qui non habet filios subinfeudet in habentem filios, quia per mortem vasalli non habentis filios, feudum erat aperiendum domino, vel agnatis, cōsiderata qualitate feudi, quare aliqui credebant feudum subinfeudatum non posse durare apud secundum vasallum, & eius descendentes, nisi pro tempore quo debuisset remanere penes primum vasallum, & eius descendentes, siue feudum domino siue agnatis debuisset conuenire. Dicendum tamen videtur, si feudum est antiquum, siue paternum, non posse durare apud secundum vasallum nisi durante vita prioris, qui subinfeudauit: nam eo mortuo, vel eius descendentibus, finitur subinfeudatio, & deuoluitur feudum ad agnatum proximiorem: ita Alexand. *cons.* 15. *n.* 9. *lib.* 5. relatus à Ruyno *cons.* 37. *num.* 18. *lib.* 1. post Speculatorem *de feud.* §. *quoniam, vers.* 39. & est communis opinio: Cùm ergo feudum istis agnatis ex pacto & prouidentia primi concedentis sit debitum, nequit primus feudatarius aliquo modo nocere per subinfeudationem: ita Doctores communiter, quos refert Berous *quæst.* 95. *n.* 5. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 142. *num.* 5.

Quoad secundum dicas, secundum vasallum, qui feudum accepit per subinfeudationem, si voluerit illud alienare, teneri requirere consensum prioris, & supremi Domini, non autem Domini immediati: ita Gloss. *in d. c. Imperialem, §. illud, in verbo, Nisi requisitus, de prohibita feudi alienatione, per Feder.* Et est communis, vt ait Cagnol. *in l. consilij, num.* 9. *ff. de re iud.* Zazius *de feud. part.* 9. *vers. sed occurrit*, quia penes primum vasallum, seu feudatarium, post factam subinfeudationem, non reperitur neque dominium directum, neque vtile, sed quædam tantùm reliquiæ vtilis dominij, quæ non debent considerari, veluti modici momenti; atque ita attenditur potior, seu fortior causa, quæ dominium directum concernit, & remanet apud primum dominum.

12. Vel si mauis potes dicere, quòd feudatarius vtile dominium habet, *cap.* 1. §. 1. & *ibi* Scribentes *de inuestitura de re aliena facta*, & potest rem feudalem subinfeudare de licentia domini, secundùm magis communem, de qua Curt. iun. 4. *p. feudor. quæst.* 2. *n.* 91. imò quod plus est, vt dixi, potest subinfeudare inscio domino personæ idoneæ, diceréturque feudatarius subinfeudans quodammodo vtilis dominus ratione iuris vasallagij & seruitiorum: imò & vtilis dominus, secundùm Sonsbechium *de feudo, p.* 13. *num.* 96. quamuis Centiliel *de feudis, lib.* 3. *cap.* 10. tradat quòd vmbram tantùm dominij retinet. Mihi tamen non displicet dicere vasallum subinfeudantem retinere sibi vtile dominium superius: argumento *l. si quando, C. de inofficioso testam. l. si vno, ff. locati*, cuius ea est natura, vt apud concedentem ius aliquod & aliqua superioritas, & eminentia remaneat: & aliud vtile dominium inferius transmitti in accipientem; atque ita non est inconueniens penes duos existere vtile dominium hoc modo vnum inferius, & aliud superius; quia non æqualiter nec pari modo existit apud vtrumque: ita Bald. *in c. cæterum, num.* 18. *col. final. de iudiciis*, Curt. *de feudis*, 4. *part. num.* 84. Guillel. *c. Raynutius, verbo, cætera bona, num.* 36. & multo priùs Oldrad. *cons.* 240. *num.* 6. Quod multo magis habebit locum, quando feudatarius habuerit dominium rei, & alter dominium vtile ad pensiones exigendas; si fortè eas soluerit; neque in hoc datur inconueniens, quia dominia tunc non manent in solidum apud duos, sed tantisper diminuta per gradus non æquales: Valasc. *de iur. emphyt. quæst.* 13. *num.* 10. 12. *&* 13. *& quæst.* 14. *ex num.* 5.

13. Dubitatur nonò, an feudatarius possit dare feudum in dotem filiæ inconsulto domino? Partem negantem tradit Iason *in authentica, res quæ, num.* 33. *vers. sexto limita, C. commun. de legatis*, post Aluarot. *in c.* 1. §. *donare, in titulo, Qualiter olim feudum poterat alienari*, vbi Bald. docet constitutionem *d. authentica, res quæ*, non procedere in bonis feodalibus, quæ

alienati

alienari nequeunt ob causam dotis: sequitur Bursatus *in cons.* 132. *num.* 42. *lib.* 2. Alij autem vtuntur distinctione, dicúntque, si fœmina possidens feudum sibi ipsi illud constituit in dotem, facta hoc modo marito assignatione absque aliqua æstimatione ipsius feudi, & nulla pactione præstita de feudo ipso lucrando; tunc posse dotem sibi constitui: ita in specie Bald. *in d. authent. res quæ,* & *ibidem* Iason *n.* 26. *vers. limita istam,* referúntque pro hac parte Iserniam, & Aluarotum *in d c. primo,* §. *donare, qualiter olim feudum alienare poterat.* & *in c.* 1 *an maritus succedat vxori in beneficio, lib.* 1. *feudor. titul.* 15. sequitur Boërius *in quæst.* 230. *num.* 10. & probatur *ex cap.* 1. *de inuestitura quam Titius accepit à Sempronio, in cap.* 1. *de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis.* Iuuat ratio, quoniam hæc alienatio facta est sine dolo, nec fraude interuenta. Item fœmina iure quodam naturali vtile dominium feudi reseruat sibi, per *l. in rebus, C. de iure dotium.* Cùm ergo ipsa feudum à se non abdicauerit, sed apud se habet, & fructibus illius gaudet ad vitæ subsidium; non est dubium posse in dotem constitui. Suffragatur ratio dicentium verius esse bonorum dotalium dominium durante matrimonio existere non apud virum, sed apud vxorem, vt ostenditur *ex l. si constante, si maritus,* ibi: *si maritus sanus in seruos dotales fuit, ff. soluto matrim.* & *l.* 1. §. *si vir vxori, ff. ad S C. Sylanian.* vbi serui concessi in dotem vxoris, illius dicebantur, non autem mariti: quæ opinio placuit Ioanni Igneo *in d.* §. *si vir, num.* 6. 22. & 50. interpretanti *Legem, doce ancillam, C. de rei vendicat.* in qua maritus dicitur rerum dotalium dominus ratione administrationis & fructuum, quibus gaudet; ac propterea marito datur ipsarum rerum dotalium vendicatio: non autem, quòd transferatur dominium verum, & proprium in illum.

14. Sed quid dicendum, si pater, qui habuit alia bona allodialia, & libera, & dedit in dotem feudum genero, nulla facta æstimatione, vt feudo fruatur durante vita soceri ipsius, qui dedit? Felin. *in cap. quæ in Ecclesiarum, num.* 75. *de constit.* & Curt. iun. *in tract. feudor. num.* 93. *vers. ego autem,* docent posse in hoc euentu feudum dari in dotem. Idem voluit Iason *in d. authentica, res quæ, num.* 26. *vers. secundò limita,* & *in cons.* 123. *col.* 3. *vers. confirmatur, lib.* 4. eò quia sola feudi commoditas transfertur; quod posse fieri tradit Imola *in l si domus,* §. 1. *de leg.* 1. & *in l. codicillis,* §. *instituto, de leg.* 2. quibus accedit Ruland. *cons.* 80. *num.* 35. *lib.* 1.

15. Porrò si feudum nomine dotis & causa concedatur filiæ à patre habente alia bona allodialia, ex quibus poterat dotem filiæ constituere, & feudum ipsum æstimatione facta traditur, in hoc casu feudum non posse tradi censet Iason *in d. authent. res quæ, num.* 26. & 33. *vers. sexto limita, C. communia de legatis & fideicommiss.* Abbas *in c. ex parte, de feudis,* idem Iason *cons.* 66. & 89. *num.* 4. *lib.* 1. Zazius *in epitome feudor. part.* 9. *num.* 40. vbi asserit esse communem opinionem: sequitur Clar. *in* §. *feudum, quæst.* 36. & Crauet. *in cons.* 236. *num.* 4. *in fine.* Roland. *in tract. de lucro dotis, quæst.* 54. *num.* 6.

16. Dubitatur decimò an possit feudatarius facere compromissum de re feudali inconsulto domino? Videtur negandum, eò quia si fiat compromissum per Arbitratorem, cùm ipse procedat nullo iuris ordine seruato, non potest vasallus, cui interdicitur omnis feudi alienatio facere actum, ex quo resultare potest alienatio. Ex quo argumento deducitur posse fieri compromissum à vasallo in Arbitros, qui sequuntur iura: quod etiam expressè videtur concedi *in c.* 1. § *si inter, de lege Corradi.*

Nihilominus absolutè, & indistinctè dicendum est, neque in Arbitratores, neque in Arbitros posse fieri compromissum de re feudali: est communius, prout vult Socinus iunior *cons.* 77 *num.* 76. *lib.* 1. Ratio, quia quando de re aliqua prohibetur libera dispositio, censetur etiam compromissum interdictum: ita Molina *de iustitia, tract.* 2. *tom.* 2. *disp.* 557. *in principio,* & colligitur *ex l. non solum, C. de prædiis minorum,* per hæc verba, ibi: *Non solum per venditionem prædia pupilli, vel adolescentis, alienari prohibentur, sed neque transactione, vel alio quoque modo ea transferri sine decreto à domino suo possunt. Igitur & tu, si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vendicare eum potes:* eadem ratione, quia qui alienare non potest, circa illa bona nec potest transigere, nec compromittere: Iul. Clar. §. *feudum, quæst.* 38. vbi de transactione, & *quæst.* 39. vbi de compromisso.

In aliquibus tamen casibus, in bonis alienari prohibitis valebit compromissum. Primò, quando factum fuerit ex rationabili causa, vt si fiat ad odia 17.
vitanda, & alia grauia damna præcidenda, authoritate Summi Principis; Summi videlicet Pontificis, in iis, quæ ad Ecclesiam pertinent, vt deducitur *ex c.* 1. *de transactionibus,* aut supremi Principis in secularibus, cui non est deneganda hæc potestas. Molina *de maioratibus, lib.* 4. *de primog. cap.* 9. *à num.* 7. Secundò, quando conuentum fuerit inter partes secundùm præcepta Statuti, aut Iudicis sententiam, vrgente necessitate: tunc enim non interdicitur compromissum, quia intelligitur prohibitum, quando alienatio est voluntaria, non autem quando est necessaria, quam is, qui bona illa administrat, facere cogitur: Molina *suprà, d. cap.* 9. *num.* 28. & *duobus sequent.*

Dubitatur vndecimò, an vasallus teneatur domi- 18.
num tueri in bello iniusto? Respondetur primò, quando vasallus promisit dominum tueri, id intelligi de iusta defensione, non autem de iniusta, quam ius abhorret: Bart. *in l si quis in graui,* §. *si maritus, ff. ad Sylan.* & Dynus ante Bart. Nec obest iuramentum præstitum de eo tuendo; cùm non sit vinculum iniquitatis: *cap.* 1. *de iureiur. lib.* 6. atque ita non tenetur de defensione illicita, Bald. *in l. non solum,* §. *si status, vers. sed si promitto factum affirmatiuum, ff. de procurat.*

Respondetur secundò, hoc procedere de iure communi, non teneri scilicet dominum defendere, quando bellum est iniustum; secùs de iure feudorum, quod specialiter obligat vasallum ad defendendum dominum etiam iniustè: ita Bald. voluit post longam disputationem, *in c. Domino guerram, in principio, Hic finitur lex, deinde consuetudines regni incip.* & sequitur Aret. *in cons.* 163. incipit, *Sicut Ioann. dicit, col.* 1. *in fine.* Bald. tamen *supra, num.* 5. videtur illam consuetudinem feudorum refutare; eò quia ex illo textu deducitur vasallum in duobus euentibus teneri in prælio dominum tueri; Primò quando ius fauet domino: Secundò quando dubium est an bellum sit iustum, aut iniustum: nam in hac anxietate non pertinet ad vasallum decidere illam, & semper vasallo competit, intentionem domini honestam indicare: *l. filio, ff. de obseq. libert.* Accedit difficile esse vasallo cognoscere quando dominus iustè, vel iniustè bellum gerit: & ideò cùm nec locus, nec tempus patiatur plenam deliberationem, vasallus quoad defensionem obedire domino debet à quo beneficium accepit; in quo euentu, esto, dominus delinquat præcipiendo, vasallus non delinquit obediendo: *c. quid culpatur,* cum Gloss. *in verbo, iniquitas,* 23. *quæst.* 1. & notat Gloss. *in c. quid ergo,* 11. *quæst.* 3.

Quòd si dicas consuetudinem interdum non esse 19.
admittendam, vt videtur hoc loco? Responde id esse intelligendum, quando illa est irrationabilis: tunc veluti perniciosa debet reiici, nec temporis diuturnitate

nitate potest approbari, & quamuis iure feudorum permittatur, tamen à iure diuino improbatur, dicente Apostolo ad Romanos *c.1. in fine*, *Eos dignos esse morte, qui peccantibus consentiunt*. Quod habetur *in c.1. de officio deleg*. Quare Deo magis obedire oportet, & nullo modo vasallus de iure Diuino, nec Canonico, potest adiuuare dominum, si sit iniusta defensio: ita Iacob. de S. Georgio *in inuestitura feud. in verbo, & promiserunt*, *num*. 8. & vult Gloss. *in l.1. §. Diuus, ff. de variis & extraordinariis cognitionibus*, Cùm dixit, quòd Aduocatus, qui tenetur defendere clientem suum, intelligitur modò causa clientis sit iusta: ita pariter fertur, quando quis capit aliquem sub protectione sua, vt Principes aliquando solent facere, intelligitur sub defensione iusta; Abbas *in c. recepimus, num. 3. de priuilegiis*, Caguolus *in proœmio Digestorum, in principio, num* 47. Adde Bart. *in l quidam cum filium, num. 5. de verb obligat*. dicentem, qui promisit Castrum defendere, non teneri defendere, quando bellum iniustè infertur, nec vasallum teneri dominum tueri in bello iniustè suscepto: iuxta *c.1. de noua forma fidelitatis*, *c.1. in tit. hic finitur lex Feder. nunc incipiunt consuetudines Regni*, & *ibi* Bald. & Iacob. Beluisius, & copiosiùs Afflict. *in tertio notabili*, argumento tutoris promittentis tueri bona pupilli, quod tenetur facere pro sui officij munere; vt Scribentes *in l. vlt. C. de administr. tutor*. Nihilominus non tenetur defendere causam iniustam pupilli: alioqui expensas non repetit; vt scribunt Doctores *in l. non est ignotum, C. de administr. tutor*. & tradit Bart. *in l. ita tamen, §. in hac, el 2. ff. de solutionibus*, & Capella Tholosan. *quæst*. 40. Ergo idem in nostro casu.

20. Quid ergo quando consuetudo non est irrationabilis apertè? Tunc enim licèt dominus peccet inferendo bellum, vasallus tamen excusabitur. Quoniam in consuetudine non semper exigitur, quòd sit rationabilis; sed satis est quòd sit tolerabilis, & per vsum approbata: Innoc. *de consuetudine*, & sequitur Bald. *in c.1. in principio, num. 4. de feudi cognitione*, & Aluarot. *ibidem, num* 3. subdens consuetudines feudorum fuisse obseruatas, & ius facere, & non esse mutandas, quæ certam semper habuerunt interpretationem: *l. minimè, ff. de legibus*. Item secundùm hos Doctores dici potest defensionem etiam iniustam permitti posse in odium aduersarij ipsius, qui cum armis dominum vasalli inuadit: & tamen vsus armorum sine permissu Principis à legibus interdicitur: vt habetur *in l. 1. Cod. vt armorum vsus, lib*. 11. Quare Aluarot. *suprà* tradit de iure diuino hoc non esse licitum, & iniustè agere non est potentia, sed defectus potentiæ: *c. faciat homo, 22. quæst. 2*. & ideò consuetudo, quæ non est rationabilis, sed sapit iniustitiam, censetur vitiosa, & ideo reiicienda: *l. quæ conditio, ff. de cond. instit*. Bald. *in cons*. 326. *Rex Romanorum, col. 2. lib. 1*.

21. Dubitatur duodecimò, in quibus casibus possit feudatarius feudum alienare sine pœna Commissi? Ratio dubitandi, quia certi iuris est, qui alienat feudum inconsulto domino, priuari eo ipso eodem feudo: vt vult Gloss. *in c. Imperialem, §. callidis, in verbo, reuertatur, de prohib. feud. alien. per Frider*. & ostenditur *in c.1. §. vltimo, Quæ fuit prima causa benefic. amittend* vbi dicitur alienans offendere, & contemnere dominum, quando eo irrequisito alienat feudum.

22. Id autem extenditur non solùm ad alienantem, sed etiam ad pignorantem feudum sine consensu Domini; hoc est priuari feudo: text. *in c.1. §. aut si libellatio, quibus modis feudum amittatur*, vbi dicitur, quòd si duo fratres acceperint feudum, & diuisione inter eos facta, eorum vnus partem suam sine consensu domini distraxerit, feudum ad dominum reuertitur.

23. Intelligitur hæc priuatio feudi non statim, sed vbi primùm dominus declarauerit suam voluntatem: iuxta *l. 1. C. de iure emphyt*. Ruyn. *cons*. 10. *num. 4. lib*. 1. Nisi pactum de non alienando sit expressum, quia pacto intercedente alienatio subsecuta, est ipso iure nulla, ante aliam domini declarationem: ita vt successor etiam singularis possit dicere de nullitate; etiam si Dominus dum fuit in humanis ea de re tacuisset: Decian. *cons. 4. num. 25. & 27. lib. 1*.

24. Extenditur secundò eadem pœna ad vasallum alienantem partem feudi, is namque quamuis secundùm aliquos ex alienata parte amittat totum; secundùm veriorem, partem alienatam perdit duntaxat: argumento emphyteusis, in qua qui partem negat, partem amittit: debet enim pœna esse conformis delicto: *l. rescriptum, ff. de his quibus vt indignis*: atque ita qui partem emphyteusis alienauit, pro ea parte puniri debet, & non vltra quàm promeretur grauitas delicti: vt notatur *in l. Paulus, & in l. beneficio, ff. ad legem falcid. & vtrobique* Bart. *& in l. quidam in iure, §. donationem, ff. de donat*. Ergo idem est dicendum de parte feudi alienata, vt probat Baldus *in c.1. §. 1. qualiter feudum alienetur, num*. 1. & *ibi* Præpos. *num*. 3. idem Bald. *in c. 1. §. 1. num. 4. de prohib. feudi alienat*. Baëça *de decimis tutorum, c. 13. n. 31. col. 1. vers. sic vasallus*, & Iul. Clar. *§ feudum, quæst*. 31. *num*. 8. vbi testatur esse communem hanc partem; pro qua est textus *in cap. 1. de vasallo qui contra constitutionem Lothary*, per hæc verba: *Si vasallus feudum alienauerit, si totum, perdat totum; si partem, perdat partem, & ad dominum reuertatur*: & Gloss. *ibi*, cui accedit Aretin. *cons. 14. num*. 5. & Cephal. *cons. 139. num. 1. vol. 1*.

25. Olim tamen inconsulto Domino integrum erat vasallo alienare feudum pro dimidia parte, *cap. 1. §. & si clientulus, de alienatione feudi*, quod ius per constitutionem Lotharij & Friderici correctum est, vt volunt Andr. de Ysernia, & Aluar. *in c. Titius, num. 2. si de feudo defuncti fuerit controuersia inter Dom. & agnat. vasalli*. Hæc autem prohibitio alienandi feudum est multo fortior, & potentior prohibitione rerum, quæ sunt obnoxiæ fideicommisso: nam feudum, vt dictum est, est inalienabile pro dotanda filia inconsulto Domino: *c. 1. § donare, Qualiter olim feud. alien. poter*. Secùs de rebus fideicommisso subiectis, quia ex causa dotis alienari possunt, *authentica, res quæ, C. communia de legatis*: qua differentia vtitur Crauetta alios referens *in cons. 24. num*. 10. Ruynus *cons. 15. num*. 96. Ex eo fundamento, quòd Dominus, qui habet proprietatem feudi, *c. 1. §. beneficium, in quibus causis benefic. amittatur*, non debet descendentes ipsius vasalli dotare: secùs de Testatore dicendum, qui reliquit fideicommissum, vt filiæ, & descendentes ex eo dotem haberent; is namque iisdem filiabus, & descendentibus suis tenetur dotem constituere: vt per *legem vltimam, C. de dotis promissione*. Id etiam clariùs apparet ex prohibitione eadem feudum alienandi, quæ etiam fortior est, quàm prohibitio rei minoris, & quàm prohibitio Ecclesiæ: vt vult Osasc. *decis. 167. num. 20. & decis. 171. num*. 13. Quare in dubio feudum accipi debet, vt nequeat alienari sine consensu Domini: Osasc. *d. decis. 167. num*. 20. & Zazius *in epitome feudorum, p. 9. num*. 3. & Crauetta *cons. 472. num*. 19.

26. Dubitatur decimotertiò, an alienans cadat à iure feudi non facta traditione? Responsio est negatiua, eò quia actus, qui effectum non habuit, dicitur nullus; vt Iason multis docet *in l. vltima, ff. de offic. eius cui mandat. est iurisdict*. & ex consequenti non præiudicat facienti, vt tradunt omnes *in l. 4. §. condemnatum, de re iudicata*, & Bart. optimè *in l. quid ergo, §. cum autem, ff. de his qui notant. infam*. Gomes. *in §. pœnales, num*. 6.

num.6. Instit. de actionibus, Iason *in l.1. §. hæc verba, in quinto notabili, ff. quod quisque iuris*, dicens non præiudicare actum, qui non habuit effectum: & ideo alienatio feodi, non facta traditione, non præiudicat alienanti, ex quo effectum non est consecuta: ita Corsetus *sing. in verbo, alienatio*, incipit, *Per alienationem*, & Tiraquell. *in tract. de retract. consang.* §.1. *gloss.2. num.42.*

27. Dubitatur decimoquartò ad quem reuertatur feudum amissum, quando eo priuandus est feudatarius? Respondetur primò feudum reuerti ad Dominum, non autem ad agnatos feudatarij, quando vasallus principaliter intulit domino iniuriam: vt probat *cap.1. §.vlt. qua fuerit prima causa benefic. amitt. & c.1. §. si vasallus culpam, si de feudo defuncti fuerit controu.* Menoch. *cons.99 num.144. & cons.104. num.32.* Ratio, quia alienatio facta inconsulto domino offendit principaliter ipsum dominum, & ob id, contemni videtur. Hæc tamen ratio non vrget, quia non est verum, quòd principaliter, & immediatè offendatur persona domini, ex alienatione inconsulto domino facta; sed tunc dicitur offendi principaliter, quando eius persona vel vulneratur, vel offenditur simili alio modo: ita Aluarot. *in c.1. §. hoc quoque, num.4. de success. feudi*, & tradit latè Rubeus *cons.76. num 4.* Curt.iun. *in tract. feudorum, part.5. num.2. vers. potest responderi.* Nam dominus concessit feudum ea sub conditione, donec vasallus fuerit fidelis: quod probat *cap.1. §.vltimo, Quæ sit prima caus. benefic. amitt.* Siue ergo feudum fuerit hereditarium, siue ex pacto & prouidentia, ob vasalli infidelitatem deuoluitur ad dominum directum.

28. Respondetur secundò, si feudum est antiquum, vel paternum ex pacto, & prouidentia, & alienetur inconsulto domino, reuerti non quidem ad dominum, sed ad agnatos: per textum *in c.1. An ille, qui interfecit fratrem domini sui, feudum perdat*: quo sancitum est, si vasallus interficiat proprium fratrem suum, & ob delictum priuari debeat, non redire feudum ad dominum, sed ad agnatos occisoris fratricidæ; si nimirùm feudum est paternum. Ergo multo fortius est dicendum, quando vasallus perdidit feudum antiquum, & paternum, propter alienationem factam absque domini consensu, cùm delictum alienandi multo minus fratricidio crimen sit: ita expressè Ysernia, & Afflict. *in cap.1. §. aut si Libellario, in 3. notab. quibus modis feud. amitt.* quos referens sequitur Menoch. *cons.226. num.230.*

29. Suffragatur ratio, qua dicitur alienatio feudi antiqui, vel paterni esse prohibita tam in fauorem agnatorum, quàm in fauorem ipsius domini; vt videlicet agnationis dignitas, & nobilitas conseruetur, & augeatur: secundùm *l.1. §. vltimo, de ventre inspiciend.* Igitur, vt agnatio magis ac magis splendescat, feudum ad agnatos debet deuolui, cùm in fauorem agnatorum fiat: *cap.1. de alienatione feudi paterni.* Iuuat feudum antiquum, vel paternum ex pacto & prouidentia ita deberi futuris agnatis, vt saltem spe valde probabili illis censeatur concessum: Cagnol. *in l.vltima, num.284. C. de pact.* quare alienatio facta à vasallo inconsulto domino non debet nocere agnatis, neque eos excludere admissio domino: sequitur Menoch. *cons.226. ex num.218.* post alios.

30. Dubitatur decimoquintò, an vasallus consentiente domino possit in testamento disponere de feudo? Responsio est affirmatiua: ita Bald. *in c.1. §. donare, Qualiter feud. alien. poter.* sequitur Decius *cons.194. num.4. vers. tertio addo*, & Parisius *cons.106. num.29. lib.1.* Videtur tamen obstare, necessarium esse consensum eorum, qui debent succedere vltra consensum domini, vt vult Ysernia *in c. Imperialem, in principio, col. pen. & vlt. de prohibita feudi alienatione per Frider.* nam illud procedit in feudo antiquo non hereditario, vt declarat Curt.iun *tract. feudor.4. part. num.144.* Roland. *cons.2. num.35. lib.1.* Cuius sententiæ illud est fundamentum, quoniam hæres, qui personam defuncti repræsentat, *authent. de iureiur. à moriente præstito, in princip.* nequit defuncti factum refutare: *l.cum à matre, C. de rei vendic.* & volunt in specie Bald. *in l. qui se patris, num.9. C. vnde liberi*, & Afflict. *decis.112. num.12.* Atque ita alienatio feudi, in qua non solùm fuit consensus domini, sed etiam omnium, ad quos feudum erat venturum, sustinetur: & adeò est valida, vt non admittantur postea, qui præstiterunt consensum, ad reuocationem ipsius alienationis: quod intelligitur, quando feudum est hereditarium, & contingit tale feudum alienari, quamuis paternum sit, non potest filius hæres patris alienantis, licèt esset hæres cum beneficio legis, & inuentarij, venire contra alienationem à defuncto factam de huiusmodi feudo hereditario, quoniam in re hereditaria non potest plus hæres, quam defunctus, si foret superstes, qui non posset venire contra factum suum: *l. si ab eodem, C. de liber caus.*

Quinimò nec refert dicere descendentes voluisse venire vti descendentes, & non tanquam hæredes: adhuc enim nequeunt venire; cùm feudum sit hereditarium: quia non potest quis accipere feudum, & repudiare hæreditatem: ita Iacob. de S. Georgio *in inuestitura sua, in §. ita quod ipsi inuestiti*, & Cardin. *in cons.64.1. col.* vbi volunt in feudo hereditario non posse filium hæreditatem paternam repudiare reseruato feudo, sed tenetur aut vtrumque retinere, aut vtrique renuntiare.

Dubitatur decimosextò, an vasallus propter crimen læsæ Maiestatis priuetur feudo, & an filius propter crimen patris etiam priuetur? Quoad primum affirmandum est, cùm scilicet arma pro hoste contra proprium dominum sumit: & est communis; non solùm delinquentem sibi ipsi in feudo præiudicare, sed etiam & filiis suis (quod est secundum dubium) præiudicium afferre: ita respondit Parisius *cons.21. num.51. lib.1.* Socin.iun. *cons.68. num.126. lib.3.* & Iacob. à S. Georg. *in inuestitura feudali, in verbo, Et dicti vasalli promiserunt non committere feloniam, col.5. vers.5. causa*, vbi alios refert, ac sequitur. Ratio rationis, quoniam si feudum hoc, est hereditarium, sicut filius ob crimen læsæ Maiestatis à patre admissum spoliatur bonis hereditariis, *l. quisquis, C. ad l.Iul. Maiest.* sic etiam priuari debet feudo hereditario, cùm nequeat sine hereditate ipsum consequi: ita Imola *in cap.2. num.18. vers. sed aduerte, extra, de feudis*, & Alex. *cons.30. num.17. lib.1.* 31.

Dubitatur decimoseptimò, an quando vasallus non petiit à domino directo inuestituram infra annum & diem, feudum debeat applicari etiam domino in præiudicium agnatorum? Ante omnia constat mortuo domino directo teneri vasallum infra annum, & diem, à morte domini, renouationem inuestituræ requirere à successore, & iuramentum fidelitatis illi offerre; aliàs cadit à iure suo, & priuatur feudo. Idem si domino viuente vasallus decedat, tenetur filius, vel agnatus intra idem tempus petere inuestituram, alioqui priuatur feudo: textus apertus, vbi omnes *in c.1. in principio, Quæ sit 1. caus benefic. amitt.* Scribentes *in c.1. quo tempore miles*, Alex. *in cons.79. num.14. vol.1.* Iul.Clar. *§. feudum, quæst.49.* eò quia cessante vasallo ab huiusmodi petitione, & oblatione iuramenti, censetur ingratus erga dominum suum, & causa ingratitudinis feudo priuatur: *dicto c.1. in principio, Quæ sit 1. caus. benefic. amittendi.* Accedit petitionem renouandi inuestituram esse quendam quasi censum deuotionis, & recognitionis, qui debet præstari domino; qui si non præstetur, 32.

tur, facit incidere rem in commissum: Clar. *vbi suprà* post Iason. *in consf.64. col. 4. in principio, vol.3. & in consf.117. col. penult. in principio, vol.4.*

His positis dicendum videtur, qui renouationem inuestituræ non petit, nec iuramentum fidelitatis exhibet domino directo ipsius feudi, bona ipsa amittit, & ipsa reuertuntur ad dominum directum, non solum in præiudicium eiusdem non petentis, sed etiam aliorum agnatorum: Odofred. *in Summa, sub rubric. Ad quos feud. revert. quando amitt.* Sequitur Bald. *in cap.1. col.2. Si vasall. feud. priuc. vers. & potest poni,* Paul. de Castr. *in l. adoptiuum, §. patronum, col.2. de in ius vocand* Iacob. de S. Georg. *in inuest. feudali, in verbo, Qui quidem inuestiti, col.5. cum seq vers. rursus quaero,* vbi firmat secundùm hanc sententiam fuisse decisum in sacro Auditorio in Ciuitate Taurini, iam olim ipso consulente in causa difficili: Ergo feudum est applicandum domino in præiudicium etiam agnatorum, vasallo non petente intra tempus Inuestituram.

Excusabitur tamen, qui non petiit Inuestituram infra annum, & diem, si fecit diligentiam in recuperando feudum à tertio possessore: quia in eo non est dolus, qui requiritur ad amittendum feudum propter non petitam inuestituram in tempore: vt habetur *in c.1. §. fin.* vbi Bald. *de prohib. feud. alien. per Lothar.* & Iason *in consf.64 col.4. vers. primo requiritur, vol.3.* Ratio deducitur *ex d. §. fin.* quoniam inter dominum & vasallum nulla fraus, nullus dolus, nec quodvis malum debet interponi.

Tempus item anni, & diei, statutum vasallo ad petendam inuestituræ renouationem, non currit nisi à die scientiæ: vt est Gloss. communiter approbata *in cap.1. in vers. annum, Quo tempore miles,* quia Lex dicit velle scientiam, & non ignorantiam obligari: *l. obligari, C. de Decurion. lib.10. c.2. de constit in 6.* Iul. Clar. *in §. feudum. quaest. 49. vers. scias etiam.* Quare si quis ignoret rem esse feudalem, & non petat inuestituram infra annum, & diem, non debet priuari feudo: Bald. *l. fin C. si pend. appell. mors interuen.* sequitur Ruyn. *consf 11. num.5. vol.1.* & Præpos. *in c.1. in fine principij, Quae sit prima caus. benefic. amitt. vers. quaero quid si vasallus.*

Excusatur etiam si dominus mortuus non habet hæredem: tunc enim vasallo non currit tempus petendi renouationem inuestituræ: *l. Labeo, ff. de nautic. faenor.* quia non est cui offeratur iuramentum, & à quo petatur inuestitura; similiter non currit tempus impuberi: text. *in cap. si minori,* secundùm communem intellectum, *si de feudo defuncti:* requiritur namque, quòd vasallus sit maior annis quatuordecim; quæ ætas requiritur in fœmina, sicut in masculo: ita Bald. *in c. Imperialem, § praeterea si quis, n.2. de prohibita feud. alienat. per Frider.* Clar. *§. feudum, quaest.49. num.4.* Ratio, quia latior debet fieri interpretatio, vbi agitur de euitanda pœna priuationis; & ideò post decimumquartum annum etiam in fœmina, incipit currere tempus petendi renouationem inuestituræ.

EPITOME.

33 *Vasallus non potest donare feudum inter viuos, neque ex causa mortis.*

34 *Vasallus Clericus priuandus ob proditionem à quo Iudice debeat iudicari.*

35 *Vasallus an possit testari de feudo pro anima sua?*

36 *Vasallus an teneatur pro filia domini sui maritanda?*

37 *Vasallus an teneatur alere dominum pauperem?*

38 *Feudatarius an teneatur redimere captum dominum, cum detrimento suo?*

39 *Vasallus contrahens amicitiam cum inimicis domini cadit a iure feudi.*

40 *Vasallus cadit à feudo ob alienationem, & dominus vasallo non citato potest alium inuestire.*

41 *Vasallus pro vno feudo an possit cogi habere plures dominos?*

42 *Dominus directus feudi accipiens illud à vasallo in pignus, fructus iustè à vasallo potest habere vltra sortem.*

43 *Successor feudi an & quando debita à praedecessore contracta teneatur soluere?*

44 *Feudatarius inito pacto de non alienando cum domino, non poterit alienare domino inconsulto, etiam in casibus à iure permissis.*

45 *Vasallus non revelans aliquid in perniciem domini intentatum, an cadat à iure feudi?*

46 *Feudatarius quamuis possit subinfeudare alteri, etiam inuito agnato, tamen agnatus proximior, mortuo infeudante, admittitur ad illius renouationem.*

47 *Vasallus an teneatur petere veniam à domino, vt eum vocet in iudicium? Communiter negatur: sed alij contra.*

48 *Vasallus requisitus ad praestandum auxilium domino domini sui, quid faciet.*

49 *Feudatarius non potest prorogare iurisdictionem alterius domini in praeiudicium domini sui.*

50 *Dominus an possit cogere vasallos iurare fidelitatem alteri domino, vrgente necessitate?*

51 *Dominus an possit cogere vasallos, vt sibi ostendant titulos bonorum feudalium?*

52 *Dominus respectu sui iuris potest consentire, quòd feuda transeant ad alias personas, ad quas de sui natura non erant transitura.*

Dubitatur decimooctauò, an feudatarius possit donare res feudales sine consensu domini: Responsio est negatiua, donatióque est ipso iure nulla: vt est textus *in c. Imperialem, in §. Callidis,* vbi notant Scribentes, *de prohibita feudi alienatione, per Frider.* Ratio, quia omnis alienatio, seu distractio prohibetur de re feudali, vt *in c.1 de prohibita feudi alienatione per Lotharium,* & appellatione alienationis venit etiam donatio; vt *in § alienationis, in Authent. de non alienando, col.2.* quod & sequitur Iacob. Ardizo *in sua summa, fol.53. col 4. in verbo, donare,* vbi vult donare inter viuos non esse integrum vasallo, nec causa mortis: nam donare habet similitudinem alienationis & venditionis: sequitur Brun. *in consf.3. in 1. col.* Item quia est alienum à ratione, quòd vasallus rem, quam in suis bonis non habet, alienare possit: vt *in l. si duobus, in §. sed quia, C communia de legat.* 33.

Dubitatur decimononò circa vasallum Clericum, qui propter proditionem est priuandus feudo, à quonam Iudice debeat iudicari? Socin. *in consf.12. col. penult. in fine, vol.1.* tradit propter proditionem factam contra dominum, in hoc casu nec Pares Curiæ, neque alium secularem Iudicem posse cognoscere, nisi solum Ordinarium ipsius Clerici: & probatur, quia Clericus est exemptus à iurisdictione etiam Imperiali, quia est res spiritualis: vt notat Innocentius *in c. significantibus, de officio delegati,* Bald. *in cap. at si Clerici, de Iudiciis:* ideò debet conueniri coram Iudice Ecclesiastico, & non seculari: nam hoc priuilegium vt non conueniatur Clericus coram laico non habet dispositiuè, sed declaratiuè: vt enim ait Gloss. *in c si Imperator. 96. dist.* priusquam constitutio Ecclesiastica esset edita, iam Clericus erat exemptus à Iudice seculari, ac proinde Ecclesiastica constitutio est declaratio, & non dispositio. Iuuat text. *ibi,* dum dicit, *Deus omnipotens voluit Clericos discuti à Pontificibus, & non a Potestatibus ciuilibus:* Suffragatur text. *in c. Clericum, el 2. 11. q.1.* vbi negotia Clericorum siue criminalia, siue ciuilia, non nisi apud Iudicem Ecclesiasticum sunt expedienda. 34.

Quiuimò

Quinimò Alexand. *in cons. suo 8. in principio, vol. 1.* vult laicum, quacunque fulgeat dignitate, nullo modo posse iudicare in causa ciuili contra Clericum, & multo minus in criminalibus, cùm distinctæ sint iurisdictiones: Quod adeò veium est, vt inquit Gloss. *in c. significasti, de foro compet.* quòd Clericus nequeat huic priuilegio renuntiare, quia est inductum in fauorem totius Ordinis Clericalis: Alexand. *d. cons. 8. in principio, col. 1.* Adde non posse Clericum consentire in laicum etiam volente Episcopo; vt Gloss. *in d. c. significasti, suprà,* & Socin. *in regula 56.* incipit, *Clericus.* Quod adeo receptum est vt consuetudo nequeat facere, quòd Clericus pro crimine coram Iudice laico conueniatur. Ratio, quia hoc priuilegium fori est de iure diuino secundùm probabiliorem, quidquid alij contradicant; & notat Abbas *in c. solitæ, in 6. notabili, de maiorit. & obedientia,* vt post alios citatos Sapientissimus olim Hispaniarum Princeps *in decreto, in c. si Imperator, 11. distinct. 96.* quamuis pro parte negatiua Innocent. citet *in c. 2. de maioritate & obedientia.*

Vnde non valet consuetudo Angliæ, quòd Rex habeat iurisdictionem in Clericos. Idem vult Decius *in c. decernimus, col. 5. de iudiciis,* & ideò Episcopus nequit committere causam Clericorum criminalem laico, & Clerico simul: quam opinionem sequitur Card. *in c. perpendimus, de sententia excommun.* quem sequitur Barba. *in cons. 45. col. 1. in fine, vol. 2.* dicentes non posse Papam auferre illud priuilegium vt Clerici iudicentur non à Iudice Ecclesiastico, sed à seculari: & ideò processus factus contra Clericum, detecto Clericatu, est nullus ipso iure; quamuis nunquam comparuerit, & non appellauerit: & consequenter Clericus suspectus, qui torqueri debet, à suo Iudice torquendus est: Barba. *in cons. 47. col. 21. vol. 1. vers. & si quispiam.*

35. Dubitatur vigesimò an vasallus possit testari de feudo pro anima sua? Ratio dubitandi, quia nequit de rebus feudalibus testari, nisi quando feudi concessio est facta pro se, & hæredibus quibuscumque: vt per Bald. *in d. c. imperialem, in principio, col. 4. vers. sed quid si concessum est feudum, de prohibita feudi alienatione, per Frider.* Roland. *cons. 42. vol. 1. num. 12.* atque ita nisi clausula similis apponatur, videtur negandum posse vasallum legare feudum pro anima sua, ex prohibitione *in cap. 1. §. donare, qual. feud. pot. alien. & in c. imperialem, in principio.* Quod adeò procedit, vt si vasallus pro anima testetur de feudo, nihil debeatur instituto, vel legatario: Alex. *in cons. 19. num. 11. vol. 6.* Ruyn. *in cons. 2. num. 5. vol. 1.* Gozadin. *in cons. 8. num. 21.* Ysern. *in cap. 1. An agnat. vel filius,* vbi nec vnam candelam potest vasallus relinquere pro anima sua de feudo: Et hoc adeo prævalet, vt nec etiam debetur legatario, seu instituto, æstimatio feudi: vt per Bald. *in cons. 274. col. 2. in principio, vol. 2.* Ruyn. *in d. cons. 45. num 9.* Curt. iun. *in tract. feudorum, in 4. part. vers. penult. quæro, col. 4.* Paris. *cons. 7. col. 1. vol. 1.* & alij quos referens sequitur Roland. *cons. 71. vol. 2. num. 12.* vbi vocat hanc partem communem; & *in cons. 79. vol. eodem, num. 8.* vbi idem repetit, & loquitur de feudo antiquo ex pacto, & prouidentia, post Afflict. *in d. c. imperialem, in principio, num. 71. de prohibita feud. alien. per Frider.*

Sed quid si vasallus testetur de feudo, pro se & hæredibus quibuscumque; vel de feudo concesso tibi, & quibus dederis? Respondetur posse de eo testari, petitâ priùs licentiâ à domino; aliàs dispositio non valet, vt dictum est *suprà, num. 30.* Specul. *in tit. de locato, § nunc aliqua, vers. 94.* dicens, Si pactum fiat, posse feudatarium alienare cui voluerit, necessarium esse consensum domini: quia cùm istud sit de natura feudi, dominus censetur dedisse facultatem iuxta formam legis: argum. *l. si quando, C. de inoffic. testam.* & consequenter quando dicitur quòd possit feudatarius alienare cuicunque voluerit, intelligitur domino requisito: sequuntur Specul. *ibi* Ioann. Andr. *in addit.* Alex. *cons. 106. num. 4. vol. 4. & 128. col. 2. vol. 5.* quæ opinio est tutior.

Quinimò, esto, possit testari de simili feudo ita concesso, non tamen potest in non habiles; quia verba supra dicta debent intelligi de habilibus, & ita de descendentibus, secundùm naturam feudi: atque ita licèt dictio vniuersalis possit aliquid operari, nunquam tamen operatur habilitatem inhabilium: *l. 2. §. quod autem Prætor,* & *ibi* Bart. *ff. qui satisdar. cogan.* Vnde spurius institutus hæres à vasallo inuestito de feudo pro se & hæredibus, quibus relinquere velit, non vocatur ad feudi successionem: Bald. *cons. 207. vol. 2.* quia per verba illa non includuntur personæ per legem prohibitæ, vel moribus, vel natura incapaces: argum. *l. cum Prætor, §. penult. in fine, ff. de iud.* Item quia verba generalia quæ concedunt liberam facultatem restringuntur ad personas idoneas, & capaces feudi: sicut si dicatur, vnusquisque feudum habeat, intelligitur habilis: *l. 1. C. de sacros. Eccles.* sequitur Afflict. *in c. 1. §. naturales, in fine, Si de feud. fuer. controuers. inter dom. & agnat.* Ruyn. *in cons. 105. num. 11. vol. 3. & cons. 109. num. 27.* circa finem, vbi vult *eodem lib.* idem dicendum de legitimatis. Quare si concedatur tibi feudum pro te, & tuis hæredibus, & cui dederis; per talia verba non censetur alterata natura feudi, nec per talem clausulam positam in inuestitura, *(& cui dederis,)* potest transferri feudum in fœminam: Bald. *in d. c. 1. §. donare, col. 2. vers. sed dubitatur,* vbi docet feudum concessum tibi & hæredibus tuis quibuscunque, restringi, ita quòd non includatur fœmina in illo termino vniuersali: sequitur Gozad. *cons. 26. num. 47.*

Non desunt tamen qui affirmant, nec sine fundamento non esse necessarium consensum domini, nec facultatem vasallo alienandi, quando feudum est concessum pro se, & hæredibus quibuscomque, vel pro se, & cui voluerit, vel quibus dederit, vel per alia verba, quæ important liberam concessionem: tunc enim apparet alterata natura feudi, & non requiritur consensus domini. Et licèt contraria pars videatur tutior; hæc tamen est verior: vt per Alberic. Salyc. & Ias. *in l. final. C. de iur. emphyt.* vbi Iason contra Specul. dicit esse communem opinionem. Idem etiam tenuit Roman. *in sing. 465. & in cons. 49.* quos referens sequitur Roland. *cons. 42. num. 16. & sequent. vol. 1. & cons. 79. num. 25. & 26. vol. 2.* vide Barbos. *in c. quæ in Eccles. de constit. num. 8.*

Dubitatur vigesimoprimò an vasallus teneatur succurrere pro dotanda filia sui domini? Responsio est affirmatiua, non solùm teneri subditos pro filia legitima, sed etiam pro filia spuria domini maritanda: quia sicut pater tenetur præstare alimenta filiæ spuriæ de iure Canonico, *c. cum haberet, de eo qui duxit in matrimon. quam pol. per adult.* sic etiam eam tenetur dotare: sequitur Præpos. *in c. 1. §. similiter, col. fin. de capit. Corradi,* Chassaneus *in consuet. Burgundiæ, rubr. 8. §. 5. num. 38.* Zas. *in tract. feud. cartha 43.* & Couarr. *tom. 1. in 2. part. cap. 8. num. 11. in fine.* Quæ conclusio intelligitur quando dos spuriæ non excedit legitimum modum alimentorum: per ea quæ notat Bartol. *in l. final. col. 11. ff. de his quibus vt indignis,* & Roland. *cons. 85. num. 5. vol. 3.* 36.

Nec obest prædictam resolutionem tantùm habere locum secundùm dispositionem iuris Canonici, non autem secundùm ius ciuile, in quo non est seruanda; Alexand *in l. 1. col. 9. ff. soluto matrimonio, in l. cogi, § hi qui solidum, ad Trebell.* Imol. *in l. ex facto, § si quis rogatus, el 1. col. 3. ad Trebell.* Quia respondetur

detur contrariam sententiam esse veriorem, & frequenti calculo receptam, vt constat ex traditis à Rolando *cons.84.* aliàs 85. *n.7. vol.3.* & Benedict. *in cap. Raynut. in verbo, & vxore, num.123. de testamentis*, & Duen. *in regul. vtriusque iuris, regula 366. num.4. & in regula 367. vers. amplia primò*, dicens hoc esse commune, & fundatum in pietate naturali.

Porro filij possunt reuocare dotem immensam datam filiæ à patre legitimæ etiam, eo mortuo, in eo quod excedit, etiam constante matrimonio; Duen. *in regula 366. vers. amplia 3. in fine.* Caccia Lup. *in Authent. si qua illustris, n.92. C. ad Orfician.* & Capic. *decis.181.* Contrarium tamen tradit Bart. *in l. final. ff. de his quæ in fraud. credit.* dicens si Presbyter maritet filiam tradita dote marito constante matrimonio, non posse consanguineos aliquid ab illo repetere, quia dotem habet vir ex titulo oneroso: secùs si viro mortuo dos reuertatur ad vxorem, quia tunc vidua habet dotem ex titulo lucratiuo: sequitur Bald. *in Authent. ex complexu, C. de incest. nup.* vbi vult Sacerdotem posse de suo dotare filiam suam spuriam, ita vt non possit auferri à marito dos per fiscum, quoniam bona ipsius non sunt ipso iure confiscata; & dos, est titulus onerosus respectu mariti: Campeg. *in tractat. dot. in 1. part. quæst.* 48. Ruyn. *in cons.124. col.1. vol.1.* & Bald. Nouel. *in tract. dot. in 7. part. priuilegio* 16.

37. Dubitatur vigesimosecundò, an teneantur vasalli dominum pauperem alere: Pars affirmans argumento filij, qui æquiparatur vasallo: Gloss. *in c.1. §. contrario, de inuestit. de re alien. facta, in gloss. finali*, ibi: *Idem dicitur de filio*: sed filius tenetur alere patrem, & è contra, *l. si quis à liberis, §. vel si parens, ff. de liber. agnoscendis.* Ergo & vasallus.

Secundò vasallus tenetur mori pro domino, & vitam domini suæ propriæ præferre: Gloss. *in l.1. §. iuxta, ff. ad Sylan.* igitur tenetur ad alimenta. Sed contra, *hoc num. vers. secundò confirmatur, infra.*

Tertiò probat Bart. *in d. l. si quis à liber. §. alimenta*, & multo fortius *in tract. de alimentis, col. final.* Iacob. de S. Georg. *in inuestitura sua feudali, in verbo, qui quidem inuestit. col. final.* vbi tradit vasallos teneri præstare alimenta dominis, per *l. Diuus Claudius, & l. Magistratus, ff. de iur. patron.* Caccia Lup. *in tract. de feud. in art. 6. num.15.* vbi concludit vasallum teneri alere dominum, & è contra, sicut filius patrem; sicut etiam discipulus Doctorem: DD. *ad l.2. §.36. & seqq. ff. de origine iuris.*

Hæc autem sententia procedit, quando dominus non habuerit aliunde, vnde viuat; aliàs secùs: quod probatur ex traditis per Afflictum *in constit. Quam plurimum, num.28.* dicentem, quòd quamuis conuentio sustineatur, vt subditi debeant prouidere dominis de alimentis, & de rebus necessariis gratis, ea tamen valida erit ob causam publicæ vtilitatis, nimirum quando domini sunt in necessitate, nec habent de suo; aliàs secùs: per ea quæ docent Alber. de Rosa *in l. venditor, § si constat, ff. com. præd.* & Bald. *in l. sicut, C. de seruit. & aqua.*

Secundò confirmatur, si vasallus egeat: tunc enim non tenetur prouidere domino in suis necessitatibus: vt in specie ait Salyc. *in l. solo, C. de liber. caus.* vbi tradit si non sufficiant bona liberti pro alimentis suis, & Patroni, non censeri ingratum libertum licèt non præstet alimenta patrono: per *l. alimenta, in principio, ff. de liber. agnoscendis*, argumento pro Ecclesia, quæ debet alere patronos pauperes, vt non teneatur beneficiarius, quando fructus via ei sufficiunt: & ex consequenti vasallus non tenetur alere dominum cum periculo personæ suæ: quia suæ saluti salutem domini sui non debet præferre: Gloss. *in cap. 1. §. si à morte, de alienatione feudi paterni*, vb

Afflict. *num. 5. cap.1. § final. hic finitur lex Corradi*, vult quòd vasallus non debet defendere dominum contra se ipsum: Curt. ion. *in tractat. feudor. in vers.4. cadit.*

Hinc sequitur non teneri vasallos ad redemptio- 38.
nem dominorum, quando ipsi domini se possunt redimere de suo: Afflict. *in d. constitutione, num.3.* Guido Papæ. *in decis.113. in fine, & in decis.551. in fine.* Iuuat Lucas de Pen. *in l.1. col.3. C. de superind. lib.10.* vbi docet Principes quando militant debere viuere de communi, nisi eorum reditus non sufficiant: nam tunc ratio petit, vt subditi exhibeant vnde possit communis eorum vtilitas procurari: quia quamuis vasalli possint grauari, quando dominus eget pro expensis communis boni, nec quicquam habeat, non tamen illi est integrum, vt extendat manus suas ad bona vasallorum, quando habet vnde impensas sibi faciat: Andreas de Ysern. *in cap.1. in verbo, & extraordinaria, Quæ sint Regalia.*

Dubitatur vigesimotertiò, vtrùm vasallus cadat à 39.
iure feudi, si contrahat amicitiam cum inimico domini sui? Responsio est affirmatiua, vt in terminis voluit Gloss. *in cap.1. §. porro, Quæ sit prima causa benefic. amitt.* Gloss. *in l.1. §. cum patronus, ff. de offic. præfect. vrb.* vbi Bald. tradit confœderantem se cum inimico domini sui, debere priuari feudo, & priuilegiis à domino suo acceptis: Afflict. sequitur *in c. si Capitanei, col. final. in tit.11. quibus mod. feud. amitt.* item *in c.1. §. item si fidelis, num.53. quib. mod. feud. amitt. tit.1. & in §. item si quis feudum, num.23. eodem tit.* Ratio, quia vasallus contrahens amicitiam cum inimico domini, videtur esse eiusdem propositi atque animi, cum inimico domini.

Id autem intelligitur quando amicitia contracta fuerit in perniciem, seu damnum domini; aliàs secùs: ita Mart. Laudens. *in cap.1. § item si fidelis, quib. mod. feud. amit.* Ysernia *in d. cap.1. §. porro, col. 3. versic. sed an dominus*, & *ibi* Præpos. *col.11.* vbi volunt si vasallus copulet amicitiam cum inimicis domini, vt fiant potentiores domino, amittere feudum: secùs verò si contrahatur amicitia non in perniciem, neque in damnum domini: tunc non cadit à feudo vasallus: sic Præpos. *in d. c. si Capitanei*, Gloss. *ibi.* Bald. *in d. § porro.* Nam esse amicum alterius, non est malum, quia est præceptum Diuinum, vt ostenditur *Ecclesiast. cap.7. Noli esse pro amico inimicus proximo.* Quare domino incumbit probare, quòd vasallus copulauerit amicitiam in perniciem ipsius; alio modo non potest priuari feudo: ita prædicti Doctores. Atque ita, vt priuetur, non satis est probare amicitiam fuisse factam cum inimico domini, nisi probet fuisse in eius perniciem: ita Præpos. *in d. c. si Capitanei, col. fin. vers. sed operæ pretium*, & *ibi* Lauden. *col. fin. vers. quid autem*, & Aluar. *col. fin. vers. secus.*

Eodem modò vasallus non priuabitur feudo propter damnum illatum domino, nisi sit notabile, textus est *in c.1. §. præterea si vasallus, quæ sit prima causa benefic. amitt.* vbi Afflict. *in 2. notab.* inquit, si vasallus teneat, quòd aliquis vult modicum damnum domino inferre, non perdere feudum, quamuis illud non reuelet domino: Curt. iun. *in tract. feudorum, in 4. p. n.24. Causa priuationis*: Cephal. *in cons.75. n.32. & in cons. sequenti, num.61. vol.1.* Et constat *ex d. §. porro*, ibi: *graues iniurias*: atque ita grauis iniuria debet fieri per vasallum contra dominum, vt priuetur feudo: Roland. *cons.1. ex num.80. vsque ad num.99. vol.3.*

Porrò vasallus priuatur feudo secundùm aliquos, si sine causa cum inimico domini contraxit amicitiam: ita Gloss. *in c.1. §. porro, Quib. mod. feud. amitt.* Bald. *in l.1. §. cum patronus, ff. de officio præfect. vrbi.* Sed hoc intelligitur de amicitia ea quæ redundat

pernicies in dominum: ita Menoch. *cons.*102. *n.*1.*& sequent* Excusabitur item vasallus accedens ad inimicos domini prætextu metus,& timoris, quando metus est iustus; aliàs secus: ita Grammaticus *cons.*13. *n.*35.*& cons.*31.*n.*29.*& n.*43.*& voto* 18.*n.*9.& alij apud Roland. *cons.*1.*n.*104.*lib.*3. Menoch. *d cons.*102.*n.*49. *& seqq* vbi *n.*51. post alios addit,non esse reum criminis læsæ Maiestatis, illum qui reliquit dominum ob metum amittendi bona sua. Quod idem eum Ruyno respondit Decius, *cons.*604.*n.*8.*& cons.*690. lege Menoch. *ibidem, num.*51.*& *52. vbi agit de metu iusto.

40. Dubitatur vigesimoquartò de vasallo alienante feudum inconsulto domino, an cadat à feudo? Non est dubium cadere dummodò petueniat ad traditionem: Roland.*cons.*51.*n.*4.*vol.*2. nisi feudum concessum fuerit cum clausula,*& quibus dederit*,tunc enim hæc clausula operatur licentiam alienandi irrequisito domino;imò quod magis est,potest ille,in quem facta fuit talis alienatio,illam rem retinere liberam, & expeditam, & tanquam allodialem, non tamen iure feudi; quod esse notandum tradit Curt. iun. *in tract. feuder. in* 4.*part.* in materia alienationis *in regula* 11.*princip.in versic quintò quæro*, quem sequitur idem Roland. *cons.*2.*num.*146.*& num.*137.*vol.*1.

An autem, si vasallus cadit à feudo ipso iure per alienationem, teneatur dominus irrequisitus citare reum antequam inuestiat alterum? Dicendum est posse alium inuestire de feudo, illo non citato vasallo,nec requisito,& tradere possessionem; vt vult Iason *in l.*2.*in* 5.*notabili,C.de iur.emphyt.* Marsi.*in l.de vnoquoque,in vers.quinto quinquagesimus quartus casus, de re iudicata.* Conferunt etiam, quæ notat Bald. *in c.qua in Ecclesiarum, de constitutionibus*, vbi tradit, quòd quando feudum est apertum domino, non requiri citari possessorem in eius collatione, & quod dominus potest alterum inuestire, eo non citato, & possessionem tradere, prout latè censet Roland. *cons.*2. *num.*174.*vol.*1.

41. Dubitatur vigesimoquintò, an vasallus pro vno feudo possit cogi habere plures dominos præsertim in Ducatibus,Comitatibus,& Marchionatibus? negat Socin.*cons.*67.*num.*31.quia multum interest subditorum dominos habere præsentes, cum quibus possint horatim alloqui, & ad eos accedere absque expensis: teste Bald. *in c.*1. *de maior. & obed.*

Nec obstat hominem Ligium esse posse duorum dominorum, aut plurium respectu diuersorum Castrorum,siue feudorum;vt ait Guid.Pap.*in decis.*510. Aluar.*in proœmio feudor diuis.*13. Iacob. à S.Georg.*in inuestit.in verbo,in feudum,decis.*7. exemplo Petri Ducis Britaniæ, Petri Comitis Monti-fortis, Camill. Borrell.*in Summa, feud.tit.*34.*n.*378.vbi *n.*379. declarat posse vnum esse Ligium vasallum plurium dominorum,saluo semper iure primi domini: argum.*cap. ex te,& c.veniens,de iureiur.* Ioan.Andr.*in c.recolentes, de Statu Monachorum,in nou.*vel resoluendum fore secundum tradita à Romano *in cons.*47. quem refert, & sequitur Anton. Capic.*in inuestit. feudal.* §.*feudorum genera,in verbo,Ligium,vers limita quintò. fol.*232.

Quod declaratur à principio non posse fieri, ac esse Ligium duorum dominorum,& sic intelligendi sunt Guid.Pap,*decis.*110. & Gloss. *in Clementina, pastoralis*,§.*rursus,de re iudicata*, dum volunt hominem Ligium non posse duorum dominorum, sed vnius tantùm esse vasallum,hoc est à principio:secus verò ex pòst facto: vt post Ioan Blanchum,Ioan.Andr.& Bald.voluit Ant.Capic.*in dicta inuestitura*,§.*feudorum genera,in verbo,Ligium,vers.limita secundò, fol.*233.

Quid ergo si dominus voluerit alieno domino terram suam subiicere? Absque dubio contradictio subditorum est admittenda: præsertim si dominus velit partem alienare, & partem retinere: quia interest subditorum non habere tot dominos: Cupella Tholosana *quæst.*486.cùm duobus dominis seruire sit difficile: Alea.*cons.*25.*col.vlt.lib.*5. Zasius *in epitome feudorum,p.*7.*ad finem.* Quocirca vasallus pro vno feudo non cogitur habere plures dominos, *c. Imperialem*, §.*præterea & secundo,de prohibita feudi alienatione, per Frider.* Menoch. *cons.*367.*num.*9.*& sequentib.*

Dubitatur vigesimosextò,an dominus directus accipiens in pignus à vasallo feudum,possit vltra sortem obtinere fructus pignoris: Ratio dubitandi,quia pactum quòd fructus pignoris in sortem nequeant imputari,nullius est momenti:*c.*1.*de vsuris.c.illo vos, & c.cum contra, de pignoribus.* Item quia tale pactum est contra naturam pignoris,vt ex prædictis iuribus apparet: Decian.*cons.*35.*n.*43.*lib.*2.vbi dicitur fructus pignoris esse computandos in sortem: ad quod probandum refert Barbosa *in d.c.cum contra*,plures Doctores *n.*3.*& n.*4.Item quia fructus extenuant sortem ipso iure:*l.*1.*C.de distract.pignor.& ibi* Bald.dicens *ibi* esse casum quo compensatio fit ipso iure, quamuis ab homine opponatur;& ita tenet Gloss.quam Bald. etiã probat *post principium*, ibi,*opposita compensatione.* 42.

Dicendum tamen est in nostro casu, si vasallus à domino pecuniam mutuam acceperit, & feudum ei pignori dederit,dominum non teneri fructus sibi in sortem imputare:*c.*1.*de feud.& c.conquestus,de vsuris*: quod esse notabile tradit Roman.*in singul.*325.& Afflict.*in c.*1.§.*ant si libellario,col.*6.*vers.& prima fallentia, quib.mod feud. amitt.* Quod intelligitur si dominus à seruitiis sibi debitis ratione feudi se contineat;vt est casus *in c.*1 *de feud.* Abbas *in c.ex suscepto,n.*16 *de foro compet.*& alij,quos refert Couarr.*var.resolut.lib.*3.*c.*1. *n.*4.*vers.hinc apparet*,vbi dicit hanc esse communem sententiam:quam probat etiam Sot.*de iustitia & iur. lib.*6.*q.*1.*art.*2.*col.*6. *vers.exurgit tamen duplex difficultas*,& Nauar.*in man.c.*17.*n.*217.*vers.secus item est*:idem Barbos.*in c.conquestus,de vsuris,n.*3.vbi de hac re satis.

Porro Couarr.aduertit Scribentes non expendisse vsuræ vim quatenus existimant hoc emanasse ex ratione,& ex natura feudi,& dominij directi,quod ad se trahit dominium vtile,quod coniungitur cum directo, & hanc parit fructuum receptionem præcipuè, ita vt fructus non debeant imputari in sortem; quod Couarr. dixit esse falsum: nam ex datione pignoris dominium vtile non coniungitur cum directo domino: eò quòd pignus perseuerat in bonis debitoris:*c.*1.*de vsuris*,& fructus à creditore eius nomine percipiuntur:vt habetur *in l.*1.*C.de pignor.action.* Insuper quamuis hæc consolidatio concessa sit,adhuc non videtur excusanda labecula vsuræ,quoniam hoc luctũ,quod capitur vltra sortem ex mutuata pecunia, accedit sorti,igitur cēserur vsura:*c.consuluit,de vsuris.*

Nihilominus dicendum,suprà dictis non obstantibus,dominum directum rei feudalis,eam accipientem à vasallo in pignus, posse iustè fructus pignoris vltra sortem habere secundùm communem sententiam, neque computandos esse in sortem: eò quia feudum datur propter seruitia, & siue plures, siue pauciores recipiat ex illo fructus vasallus accipiens feudũ, obligat se ad seruitia, quorum seruitiorum præmia sunt fructus, adeo vt si seruitia expirent vel cessent propter feudatarij impotentiam,aut propter aliam causam, cesset omninò feudum. Faciunt tradita per Laram *in l.si quis à liberis*, §.*si quis ex his, num.*194.*& *295.*ff.de liberis agnoscendis*, vbi vult habentem dominium directum alicuius rei, si illam concedat in pignus habenti dominium vtile, acquirere sibi fructus rei pignoratæ: secùs dicit,si vsufructuarius daret domino in pignus rem in qua vsumfructum haberet: tunc enim ipse dominus fructus suos non faciet: nam tunc fructus debentur haben-

ti

ti vsumfructum: Flamin. *de resignat. benefic. lib. 1. quæst. 6. num. 13. & num. 45.* Barbos. *in d. c. conquestus, 8. de vsuris, num. 4. & in cap. 1. de feudis.*

43. Dubitatur vigesimoseptimò, quando teneatur feudatarius ad debita contracta à prædecessoribus? Indistinctè dicendum videtur teneri ad omnia debita, argumento Prælati successoris, qui tenetur ex bonis & redditibus Ecclesiæ ad debita sui prædecessoris in beneficio, dummodò facta fuerint pro Ecclesiæ necessitate, aut vtilitate: prout voluut Roman. *cons. 440.* Alciat. *cons. 14. num. 6. vol. 2.* Couarr. *lib. 2. variar. c. 17. n. 3.* Comitol. *respons moral lib. 1. q. 87. n. 2. cum sequent.* Steph. Grat. *discept. forens. c. 94. a num. 3.* Menoch. *de arbitr. casu 412. num. 32.* & Nauarr. *de spoliis cleric. §. 10. num. 6.* post Rebuff. *super Concord tit. de collat. vers. item dicit*, & Beller. *disquisit. clerical. p. 1. titul. de Clerico debitore, §. 3. num. 1.*

Quinimo id procedit etiam, quando Prælatus contraxit debita pro sua sustentatione: nam tunc pro necessitate Ecclesiæ censetur contraxisse, cùm Ecclesia teneatur Prælatum alere: vt Bursatus *cons 226. num 95. vol. 3.* Flamin. *de resignat lib. 1. quæst. 16. n. 51.* Comitol. *suprà, n. 3.* Quare si Clericus in beneficio nihil reliquit, successor tenetur ad funeris expensas, quæ tendunt ad salutem animæ defuncti: secùs si relinquat bona, tunc enim tenetur eius hæres: Gratian. *sup. c. 94. n. 20.* Burs. *cons. 226. n. 95.* Surd. *decis. 255. num. 25.* Beller. *d. §. 3. à num. 3. cum sequent.* vult tamen Clericum prædefunctum debere sepeliri expensis successuris, & suæ Ecclesiæ.

Idem dicunt de successore maioratus circa debita prædecessoris, si contracta sint pro necessitate, vtilitate, vel conseruatione ipsius maioratus: Molin. *de primog. lib. 1. c. 10. n. 15. & 24.* Card. Tusch *conclus. 331. litera R. tom 7. & conclus. 886. litera S.* Valasc. *de partit. c. 19. num. 44.* Barbos. *in l. diuortio, §. final. num. 114. ff. soluto matrimonio.* Cald. Pereira *de empt. c. 27. n. 40.* & Molin. *de iustit. disput. 640. & 641.*

Nihilominus in successore feudi ex pacto & prouidentia, contrarium est dicendum, non teneri scilicet æs alienum à prædefuncto vasallo contractum soluere; sicut nec filius soluit patri succedens in feudo repudiata hæreditate: vt tradit Rosental. *de feudis, cap. 2. conclus. 33. & cap. 7. concl. 20. cum seqq.* Surdus *de alimentis, titul. 4. quæst. 10. num. 17.* Idem in emphyteusi de pacto & prouidentia: Barbos. *in cap. ad hoc 1. num. 10. de solutionibus.*

Molina tamen *tom. 2 disp. 477. ad finem, §. quod attinet*, decidit, quando emphyteusis, aut feudum est seculare, hoc est hæreditarium, teneri successorem ad debita defuncti, quamuis faciat inuentarium: secùs si sint de pacto, & prouidentia; nam tunc facto inuentario tenentur satisfacere creditoribus pro viribus hæreditatis aditæ: non autem ex bonis emphyteuticis, vel feudalibus, sed solùm ea cæteris defuncti bonis, quæ ad eam hæreditatem spectant. Est communis sententia, quam sequitur Couar. *2. variar. c. 18. n. 4.* Valasc. *de iur. emphyt. q. 43. n. 5.* Cald. *de nominat. n. 26. ad finem, q. 24.* & Gamma *decis. 5.* & *ibi* Flores.

44. Dubitatur vigesimooctauò, an feudatarius inito pacto cum domino de non alienando, possit alienare in casibus aliàs à iure permissis? Responsio est negatiua. Ratio deducitur ex textu *in Auth. de non alien. per tot.* vbi res Ecclesiarum, quæ aliàs possunt alienari pro redemptione captiuorum, si prohibeantur alienari à testatore, non poterunt etiam alienari in casu pio permisso: Gloss. magna *in fine, C. de reb. alienis non alien.* Ruyn. *cons. 34. num. 2. vol. 1.* eò quia quando concurrit duplex prohibitio, vna tacita legis, & alia expressa hominis, non potest etiam fieri alienatio in casibus à iure permissis: Bald. *in c. 1. §. præterea, de capitulis Corradi*: ita in nostro casu, vt pactum aliquid operetur: Alex. *in cons. 93. in fine, vol. 7.* Curt. iun. *in tract. feudor. in 4. p. q. 22.* vbi vocat hanc partem communem, quam sequitur Neuizan. *in cons. 10. num. 7.* & Iacob. de S. Georg. *in inuestit. sua, in verbo, & cum pacto de non alienando, in principio.*

Iuuat Ruyn. *cons. 212. num. 4. vol. 1.* dicens concurrente prohibitione alienationis expressa, cum prohibitione legis, vt quia testator prohibet minorem rem alienare immobilem, quam de iure alienare non potest, *l. non solum, C. de præd. minor.* tunc præceptum nudum testatoris, & prohibitio sine causa, valet: per textum *in l. 2. C de vsucapion. pro empt.* Accedit, quòd bona subiecta restitutioni fideicommissi, quæ pro dote alienari possunt, stante etiam prohibitione hominis de non alienando, nequeunt alienari; cùm non præsumatur in quacumque generali prohibitione facta per testatorem, cogitasse illum de causa dotis specialiter in hoc priuilegiata, & quam in specie verisimiliter non prohibuisset: argumento *leg. obligatione, ff. de pignoribus*, iuncta *l. cum mulier, §. proponeretur, ff. ad Trebell.* Confirmatur exemplo rei emphyteuticæ, quæ prohibetur alienari, quamuis donari possit; tamen secùs si adest prohibitio hominis expressa: tunc irrequisito domino, cùm prohibeatur alienari, non potest donari: vt in terminis vult ipse Ruyn. *in cons. 161. col. final. vol. 4.* Roland. *cons. 81. num. 25. vol. 2.* post alios.

45. Dubitatur vigesimonond an vasallus non reuelans damnum intentatum domino amittat feudum? Constat amittere, si damnum est magnum; aliàs non: *c. 1. de nou. form. fidel. c. 1. de veter. form. fidel.* Curt. ion. *in tract. feudor in 4. p in 24 causa priuationis*, Cephal. *in cons. 75. n. 32. & in cons. sequenti, n. 61. vol. 1.* quia pro modico excessu vasallus non priuatur proprietate feudi: semper enim modica censentur excepta: *cap. terrulas, §. possunt, 12. quæst. 2.* Hinc est, quod quamuis delator domini perdat feudum; id non procedit, si de leui crimine accusator, vel si ea tali delatione graue damnum domino non dederit: Curt. iun. *in tract. feudor. in vigesimanona causa priuationis.*

46. Dubitatur trigesimò, an quando feudatarius potest subinfeudare alteri, inuito agnato, possit agnatus, proximior mortuo infeudante admitti ad renouationem illius? Respondetur primò, agnatum agentem ad feudum debere probare se esse agnatum proximiorem, & legitimum: ita Paul. de Castr. *in cons. 69.* quem sequitur Dec. *in cons. 441. col. 1.* legitimum, inquam, quia ius agnationis tantùm resider in legitimè natis, & non in natis illegitimè: vt per Bart. *in l. emelas, ff. de cap. diminutione, & in l. pronuntiatio, §. familiæ, ff. de verborum significatione.* Respondetur secundò, licet vasallus possit subinfeudare alteri, renuente agnato; mortuo tamen infeudante, proximiorem agnatum posse admitti ad reuocationem ipsius infeudationis, quamuis infeudatio facta fuerit sine fraude: Aluar. *in c. 1. §. sed & res, n. 8. per quos fiat inuestitura*, Roland. *cons. 67, ex num. 15. cum sequent. vol. 1.*

47. Dubitatur trigesimoprimò, an vasallus teneatur petere veniam à domino suo, vt illum vocet in iudicium? Conclusio est negatiua, quando vocatur dominus inferior Principe: secùs si vocatur Princeps: ita Iacob. de S. Georg. *in tract. de Homagio, in 6. col vers. principaliter quæro*, vbi vult sæpiùs consuluisse posse vocari dominum in ius sine venia; Principem autem nullomodo sine illa vocandum fore: vt notat Bald. *in l. bene à Zenone, in aliquibus lecturis, C. de quadrag. præscript.* vbi quis non potest mouere quæstionem Principi suo, nisi priùs petatur venia: sequitur Ysern. *in c. 1. in princ. de lege Corradi*, & Afflict. *in c. 1. § præterea, 2. de probib. feud. alien. per Feder. n. 63.* vbi addit petendam esse veniam quando vasallus vult agere contra Fiscum: Fel. *in c. 1. vers. 6. declara, de probationibus.*

Nam Princeps omnibus est Pater communis, vt *in authent.neque vir.quod ex dot.col.8.in fine*, Luc.de Pen. *in l. qui conditioni, col 2. C.de his,qui sponte muner.pub. lib.*10. Afflict. *in c.1. §. sed nec est alia, num.57. Quæ sit prima causa benefic. amitt.*

Mihi tamen magis placet debere dominum vocari in iudicium petitâ priùs veniâ, quamuis petitio veniæ non sit de substantia iudicij, quia potest remitti à domino: *l quamuis, ff. de in ius vocand.* quod esse non posset si esset de substantialibus iudicij: Bartol. *in l. final.C.de in ius vocand.* & *ibi* Fulgosius, & Alexand. *in cons.*166. *in* 1.*col vol.*2. *& in cons.*101. *vol.* 4. Camill. Borrell. *in Summa, titul.*45. *num.*73. *& seqq.*

Hinc non posse vasallum veniâ non petitâ vocare matrem domini sui in ius, sequitur ex *l.venia, C. de in ius vocand.* vbi libertus non potest vocare in ius sine venia patronum, liberos, & parentes: quorum parentum appellatione veniunt mater,& alij ascendentes vtriusque sexus: vt *in l.4. §.Prætor ait, ff. de in ius vocand.* & *ibi* Iason *in* 5. *notabili*, & ideò dicit Gloss. *in §. pœnalis, Instit.de actionibus*, quòd si Adam hodie viueret, à nemine vocari posset in ius sine venia, & hoc cautatur à reuerentia: *l.1. C.eodem titulo*, quæ sicut debetur domino, ita & eius respectu matri: *d. §. Prætor ait*: ergo idem dicendum de vasallo, qui secundùm iura allegata æquiparatur liberto,& dominus patrono: Gloss. *in cap.1. §. sed & qui delator, Quæ fuit 1. caus. benefic. amitt.* Ergo si non potest mater domini in ius vocari à vasallo sine venia petita, multo fortius ipse dominus: vt in specie tradit Specul. *in tit. de feud. §. quoniam, vers.*17. Iason *in l. generaliter, col.2. ff. de in ius vocand.* & ita tenendum ob generalitatem ipsius legis: quia vasallus æquiparatur liberto: Bald.*in l.liberti,col. final. in principio, C. de libert. & eor. liber.* Gloss. *in l. solo, C. de liber. caus.*

48. Quid ergo faciet vasallus, si requiratur à domino ad præstandum auxilium domino domini sui? Responsio sit, non posse cogi ad subueniendum domino domini sui, quia vasallus mei vasalli, non est meus vasallus: Guido Papæ. *in decis.Gratianop.*551. *num.* 7. nisi dom tractaretur de eadem re, pro qua vasallus meus mihi præstasset homagium: Camill. Borrell. *in summa,tit.*34. *de feudis, num.*272.

49. Dubitatur trigesimosecundò, an vasallus possit prorogare iurisdictionem alterius domini in præiudicium domini sui? Dico primò, vasallos litigantes non posse prorogare iurisdictionem alterius iudicis sine licentia domini, quando litigant de feudo: Bart. *in l.1. §. & post operis*, vbi & alij *ff. de noui operis nuntiat.* Bald. *in cap.1. col.1. de iudiciis*, vbi reddit rationem: & hanc esse communem sententiam ait Clarus *§. feudum, quæst. 90. vers. sed quæro nunquid.* Dico secundò, vasallum nullo modo posse prorogare iurisdictionem alterius domini, in præiudicium domini sui, vt post multos vult Menoch. *cons.*140. *ex num.*54. quinimò addit *vers. respondetur tertiò*, in prorogatione de tempore ad tempus, & de loco ad locum, necessarium esse consensum expressum eorum, qui iurisdictionem possunt impertiri, videlicet partium, & illius domini cui verè competit ipsa iurisdictio: *l.2. §. sed & iudex, ff de iudiciis*, & *ibi* Curt. iun. *in fine*, post Alexand. *in l.vltima,col.1. & 2. ff.de iurisdict.omn.iudic.* Dico tertiò, vasallum comparentem in iudicio in aliena iurisdictione domino præiudicium non facere: vt post Andream de Ysernia *in cap. Imperialem, §.præterea si inter duos, de prohib. feud. alienat. per Feder.* voluit Ioannes Vincent. de Anna. *in allegat.*59. *num.*12. quos referens sequitur Camill. Borrell. *in Summa* 1.*part.titul.*41.*de iudiciis, num.*58.

Dubitatur trigesimosecundò, an possit dominus cogere vasallos iurare fidelitatem alteri domino, vrgente necessitate, sine detrimento aliquo illorum? 50.
Conclusio est affirmatiua, iuxta Alexand. *in l.2. in principio, num.* 29. *ff. soluto matrimonio*, & cum Alexandro in specie idem respondit Socin.sen.*in cons.*39. *num.*7.*lib.*3.vbi loquitur de necessitate belli ingruentis: sequitur Parisius *in cons.*22. *num.*88. *lib.*1. Quod intelligitur, quando id potest fieri sine detrimento vasallorum; quod si detur, fieri non potest: vt tradit Felin. *in cap. dilecti,col.2.vers.quarto intellige,de maior. & obedient.* quem sequitur Aufrerius *in additionibus ad Capellam Tholosanam, quæst.*486. Nulli tamen est dubium subditos fieri deterioris conditionis, si cogantur iurare fidelitatem duobus dominis, & seruitia præstare pro tempore. Nec obstat consuetudo alicuius loci, vt absolutè possit admitti vbique terrarum? Quia cùm sit localis, non obligat: & ideò trahi non potest de loco ad locum: ita in specie vult Ripa *lib.2.respons.c.*25. Menoch. *cons.*377. *num.*12.

Dubitatur trigesimotertiò, an possit dominus cogere vasallos, vt sibi ostendant titulos suorum feudorum? Videtur probari resolutio negatiua: quia non potest cogi de iure communi quis ad docendum de iusto titulo rei, quam possidet: per *l.cogi, C. de hered. petit.* Corn. *in cons.* 313. *litera D. vol.*4. Vnde possessor Regaliûm per spatium immemoriale, non potest cogi per dominum ad ostendendum titulum regulariter suæ possessionis: vt vult Afflict. *in cap.*1. *§. illud, num.*32. *de prohib. feud. alienat. per Feder.* 51.

Dicendum tamen est, quòd licèt regulariter quis non cogatur ostendere titulum possessionis suæ; id non procedere in rebus feudalibus, & in iurisdictionibus, quas vasallus non potest habere sine consensu domini, qui de iure communi habet suam intentionem fundatam contra possidentem feudum, vel iurisdictionem. Idem Afflict. *in decis.*263. *num.*87. quando dominus requirit hoc, & requisitus non negat se vasallum. Iuuat text. *in l.quicunque, C.de fundo Limitroph. lib.*11. vbi possidens Castrum in limine regni tenetur fisco Regio ostendere titulum possessionis: idem *ibi* tradit Lucas de Penna *vers. sciat etiam, col. penult.* Quare si recuset ostendere titulum, cadet à feodo: Afflict. *in d.c.1.§.illud,num.*28.*de prohib. feud. alien. per Feder.* eò quia de iure communi fundata est intentio domini. Idem voluit Iason *in vsibus feudor.col.*17. *in principio.* Et ideò hoc fieri debet; quia vbi contra possidentem præsumptio extat, cogitur titulum possessionis suæ ostendere possessor: atque ita Afflict. *in d.§.illud,num.*32. affirmat possidentem iura regalia, ex quo iuris præsumptio est contra illum, quia Regalia nemo possidere potest, teneri ostendere qualiter possideat, eò quòd patet de iure domini per præsumptionem iuris: & nisi possessor priuatus exhibeat sufficiens ius suum per priuilegium, statim priuari iure suo: Rolandus *cons.*89. *ex num.*19. *& num.*24. *vol.*2. *& cons.*66.*num.*4. *& seqq. vol.*3.

Dubitatur trigesimoquartò, an dominus respectu 52.
sui iuris possit consentire, quòd feuda transeant ad alias personas, ad quas de sui natura non fuissent transitura? Conclusio est affirmatiua, putà ad fœminas, vel ad natos ex fœminis: per textum *in cap.* 1. *§.hoc autem notandum*, ibi, *nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eos pertineat, Qui feudum dare possunt*, Paris. *cons.*1. *in fine, vol.*2. subdens Curt. iun. *in tract. feud. in 4.part. vers.*2. quòd talis consensus valebit, etiam si adhibitus sit per viam ratificationis, quæ trahitur retro: *l. fin. C. ad Macedon.* Iason *in cons.*136. *col.*6. *in principio, vers. non obstat dum dicebatur, vol.*4. Roland. *cons.*71. *ex num.*16. *vol.* 2. *& cons.*16. *num.* 27. *vol.* 3.

§. VI.

§. VI.

Quænam possint Domini præstare in re feudali.

EPITOME.

1 *Dominus, & vasallus, sunt correlatiua; quorum natura est, vt dictum de vno, intelligatur dictum de altero; quamuis simus in materia correctoria & pœnali.*

2 *Dominus directus non potest facere beneficium, nec gratiam in præiudicium agnatorum.*

3 *Dominus, vel agnatus, ad quem feudum spectat per obitum vasalli, vel agnati, potest soluere æstimum meliorationum factarum in re feudali, vel pati quòd tollantur, vel abradantur.*

4 *Dominus feudi si nolit infra annum, & diem inuestire vasallum, in quas pœnas incurrat.*

5 *Dominus quamuis per centum annos non iniungat vasallo seruitium, non proinde eximitur vasallus à præstando seruitio.*

6 *Dominus directus non potest se intromittere de primis causis loci vasalli, quando est inuestitus de mero, & mixto imperio.*

7 *Dominus directus potest ob seruitia præstita per maritum inuestire vxorem illius.*

8 *Dominus quando agit aduersus vasallum, vt ostendat bona feudalia, vasallo negante ea possidere, tenetur dominus probare.*

9 *Dominus prætendens quòd quicquid est intra limites territorij sui est feudale, debet non solum ostendere confines feudi, sed etiam probare omnia esse feudalia vltra medietatem possessionum.*

10 *Dominus, qui semel dedit feudum vasallo, si postea reuertitur sine culpa vasalli ad dominum, debet iterum illud tradere vasallo, quia non potest vasallum sine culpa priuare.*

11 *Dominus si est nimis superbus, aut negat facere ius subditis, quibus pœnis subiiciatur?*

12 *Dominus directus requisitus ad præstandum consensum alienationi, si recuset, & vasallus alienet inconsulto domino, an cadat à iure suo?*

13 *Dominus caueat à subditis malè tractandis, & quibus pœnis subiiciatur, si eos malè tractet.*

14 *Dominus, qui tenetur feudum ad se reuersum renouare in alios de familia, an teneatur in transuersales?*

15 *Dominus an possit remittere culpam vasallo in præiudicium agnatorum, & exigere à vasallis aliquid vltra id, quod continetur in inuestitura?*

16 *Dominus an possit mortuo vasallo, qui alienauit, adhibere consensum?*

17 *Dominus directus an possit alienare directum dominium feudi, & facere vasallum suum alterius vasallum eo inuito?*

18 *Dominus directus an & quando possit collectare vasallos, & ab illis subsidium postulare?*

19 *Domini, qui non collectantur à Principe, nequeunt collectare subditos suos, & qua pœna afficiantur si collectent?*

20 *Domini in quas pœnas incurrant delinquentes contra personam vasalli?*

21 *Dominus feudi, si non contradicit vasallo alienanti, censetur consentire.*

22 *Domini, & vasalli pari passu procedunt, vt sibi inuicem vtilia agant.*

23 *Dominus non potest disponere de re minima feudi in præiudicium vasalli, imò tenetur resarcire damna, quæ vasallus passus est in bello.*

24 *Dominus censetur remittere feloniam vasallo, si moriatur ante querelam propositam.*

25 *Dominus an possit alienare Castrum, vel Ciuitatem, subditis inuitis?*

26 *Dominus vnius Castri an possit plectere condominum suum, si delinquat?*

27 *Dominus an possit cogere subditos properare ad bellum suis ipsorum sumptibus?*

28 *Dominus, quibus in casibus vasallos alienare potest, feudum cum vasallis transferre debet, non vasallos tantùm.*

29 *Dominus si feudum tradat vasallo, qui infeudat subvasallo, si subvasallus contra legis formam alienat, feudum deuoluitur ad Dominum directum.*

QVæritur primò, an dominus & vasallus sint correlatiua? Propositio est affirmans; & ideò natura illorum est, vt quicquid dictum est de domino, idem intelligatur dictum de vasallo, etiamsi essemus in materia correctoria, vel pœnali: *l. final.* vbi Scribentes, *C. de indicta vidu. tollen.* igitur illud quod fuit dictum in inuestitura feudali de vasallo non recognoscente feudum in antiquum, & paternum, intelligitur etiam dictum in domino eodem modo ita inuestiente, ex natura correlatiuorum: ita in specie Iason *in conf. 136. col. 7. verbo, non obstat.* Decius *conf. 185. col. final. in principio.* Vnde dispositum in vno locum habet in altero: Aluar. *in c. 1. §. præterea 2. nota, Quid sit inuest.* quia dominus, & vasallus æquiparantur: *c. 1. de noua forma fidelitatis* Bald. *conf. 97. Proponitur, quod dominus Vicarij, lib. 4.* Afflict. *decis. 265. num. 2.* ac proinde, quod non licet domino directo, non etiam licet vasallo: quod probat *l. inuitus, ff. de fideicommiss.* Quocirca, si dominus directus non potest in detrimentum vasalli, & subditorum transferre feudi dominium in alium, ita nec vasallo datum est alterum in directum dominium recognoscere: Menoch. *conf. 32. ex num. 19. cum seqq.* 1.

Quæritur secundò an dominus feudi possit facere beneficium, & gratiam in præiudicium agnatorum alicui fœminæ? Respondetur negatiuè per textum *in c. 1. de alien. feud. & in c. 1. de success. feudi,* vbi sunt iura expressa, & *ibi* notant Scribentes non posse fieri gratiam fœminæ cum præiudicio agnatorum: quam partem tenent Scribentes *in c. 1. quemadmodum feudum ad filiam pertineat,* nam Princeps iura vasallorum non potest infringere, nec eos priuare, nisi coniuncta culpa: vt est textus *in c. 1. de natura feudi,* vbi dicitur non posse vasallum diuestiri sine culpa, secundùm Glossam *in c. 1. §. notandum, Qui feudum dare possunt:* quod intelligitur de potestate ordinaria Principis; secùs de absoluta: Roland. *conf. 3. num. 30. & num. 136. vol. 1. Ex causa.* 2.

Quæritur tertiò, num dominus, vel agnatus, cui feudum competit per mortem vasalli, vel agnati, habeat facultatem soluendi valorem meliorationum factarum in rebus feudalibus, aut pati quòd tollantur & abradantur? Responsio sit, quamuis persona sit extranea, & incapax successionis tamen in meliorationibus factis per vasallum in bonis feudalibus posse succedere: vt ait Paris. *conf. 28. col. 1. vol. 3. & in conf. 55. col. 5. & in conf. 58. col. 8. vers. eo insuper, vol. eodem,* Ruyn. *conf. 24 col. pen.* atque ita in potestate domini, vel agnati ad quem feudum pertinet, est, vel pati quòd meliorationes tollantur factæ in feudo, vel soluere æstimationem illarum: vt est textus *in c. 1. §. si vasallus, hic finitur lex Corradi:* Bald. *in c. 1. §. si quis de mansa. de controuers. inuest. col. 5. vers. extra quæro.* idem Bald. *in l in fundo, in tertio notabili, ff de rei vend.* Iason *in l. 2. col. 8. vers. an autem eo casu, C de iure emphyt.* & Ruyn. *in conf. 24. col. pen. vol. 1.* 3.

Quæritur quartò in quas pœnas incurrat dominus, si requisitus noluerit infrà annum, & diem va- 4.

ſallum inueſtire? Dico primò, dominum directum non poſſe abbreuiare tempus anni,& diei,ſtatutum vaſallo ad petendam inueſtituram, cùm illud introductum ſit in fauorem vaſallorum: ita Yſern. Aluar. Præpoſ.& alij *in c.1.quo temp.mil.* Bald. & Yſernia *in c.1 in principio*,& *ibi* Afflict. *num.*10. *Quæ ſit 1. cauſ. benefic. amitt.* quinimò, ſi dominus de voluntate vaſalli minuat tempus legale, & ſtatuat vaſallo duos menſes ad ſuſcipiendam inueſtituram, & vaſallus fuerit in mora, non priuatur feudo ipſo iure, quia tempus legale eſt diminutum; & quæ procedunt in tempore legali, non procedunt in tempore conuento: vt oſtenditur *in l.contumacia,ff de re iudicata*, vbi ſi quis reperiatur contumax ad præceptum Iudicis, re ipſa non priuatur. Secùs ſi contumax reperiatur præcepto legis, tunc enim ipſo iure priuatur re ipſa: Bald. *in l.1.in principio,C.de iure deliberandi*, quem ſequitur Ripa *in l.qui pro tribunali,n.*23.*ff.de re iudicata.*

Dico ſecundò, dominum priuari proprietate feudi, ſi recuſat infrà annum, & diem vaſallum inueſtire, niſi habeat legitimam cauſam: ita Roland. *conſ.*18.*n.*22.*vol.*1. ſicut vaſallus ob non petitam inueſtituram infrà annum, & diem, priuatur feudo ipſo iure, & abſque aliqua alia declaratione: vt per Bald. *in c.1. de feud. ſine culpa non amitt.* & Iaſ. *in conſ.penult.col.*1. Sed contraria ſententia eſt verior, quæ tradit requiri ſententiam priuationis: vt eſt textus *in d.c.1.in verbo, damnetur*, & *ibi* Yſernia,& Aluar. *Quo tempore miles*, & Card. *in conſ.*74.*col.*2. ex ea ratione, quia multæ defenſiones competunt contra lapſum anni,& diei; nam tunc eſt locus pœnæ priuationis, quando conſtat de negligentia non petentis inueſtiri; quæ negligentia multis cauſis poteſt excuſari: Cardin. *in conſ.*92.*col.*4.*& in conſ.*128.*col. final.* faciunt tradita à Iul.Clar.§.*feudum,q.*49 *per totam*, præſertim *n.*6.*&* 7. vbi de hac re: vnde vaſallus, qui eſt priuandus feudo propter non petitam inueſtituram infrà annum, & diem, citari debet ad opponendum, quare non debeat priuari ipſo feudo: per *l.*3. §.*ſi ad diem*, cum *ibi* notatis per Bart.*ff.de re militari*, Socin. *in conſ.*66.*in* 2. *art.verſ.in primis, & in verſ.quod autem non eſſet, vol.*3. Felin. *in c.Rodulphus,col.*19. dum loquitur de verbo, *amittat*, & de verbo, *perdat*. Idem dicendum eſt de domino feudi recuſante infrà annum & diem inueſtire vaſallum, cùm ſint correlatiua: Rolandus *d. conſ.*18.*ad fin. vol.*1. & Clar. *d.quæſt.*49.*num.*7.

5. Quæritur quintò, ſi dominus per centum annos non imponat ſeruitium vaſallo, an per hoc eximatur vaſallus à præſtatione ſeruitij? Negat Bald.& Angel. *in l malè agitur,col.*2. *C.de quadrag. præſcript.* vbi volunt non liberari vaſallum tempore, quoniam nunquam habuit poſſeſſionem aliquam libertatis, ex quo non fuit vocatus, nec requiſitus ad præſtationem homagij, vel ſeruitij: ſequitur Afflict. *in c.licet,col.*2. *verſ.ex quo ſequitur, Si de feud. fuer. contrau. inter dom. & agnat.* Card. *in d.c.licet,col.*2. dicentes, quòd vaſallus, qui eſt paratus ſeruitium præſtare domino, quod eſt præſumendum, niſi requiſitus negauerit, nunquam præſcribere contra dominum; eò quia per eius effectum cenſetur eſſe dominus in poſſeſſione ſeruitiorum quaſi continua. Atque ita quando dominus per tempus longiſſimum non requiſiuerit à vaſallo ſeruitia, & poſtea exigat, non eſt integrum vaſallo allegare præſcriptionem libertatis, niſi ſe habeat pro non ſubdito: *l.in filiis,C.de Decur.lib.*11. Quare cùm non probetur præſcriptio poſt recuſationem, præſtandi obſequia, ſemper vaſallus tenetur ad ſeruitia requiſitus.

6. Quæritur ſextò, an dominus directus queat ſe intromittere de primis cauſis vaſalli inueſtiti de mero & mixto imperio? Reſpondeo cognitionem cauſarum primarum loci, de quo quis eſt inueſtitus, pertinere ad dominum inueſtitum de mero, & mixto imperio, & omnimoda iuriſdictione: dominum autem directum non poſſe ſe intromittere; quia dominus inueſtitus cùm habeat vtile dominium cum vtilitate, & effectu, debet præferri directo domino: Præpoſ. ita *in c.1.in fine Commenti, de contrau. inter vaſall. & Epiſc.* Mart.de Laud. *in tract.de Princ.n.*138. incipit, *Dux*, Brun. *conſ.*23. *in fine, conſ.*31.*col.*2. *& conſ.*47. *col.*2. Curt.iun. *in tract.feudor.in* 1.*p.q.*6.*col.*2.*verſ.& ideo.* & Iacob. de S. Georg. *in inueſtitura ſua, in verſ. Vicarius,col.*2. vbi id latè confirmat dicens: ſi dominus inueſtiat vaſallum de aliquo loco cum mero, & mixto imperio, & omnimoda iuriſdictione, & vaſallus in loco poſuiſſet Officialem, qui inter ſubditos illius vaſalli expediret cauſas, non poſſe Superiorem inhibere Officiali, ne de dictis cauſis cognoſceret; poſſet tamen mandare Officiali illius vaſalli, vt intra certum tempus decideret cauſas; prout habetur *in c.Paſtorali,in principio*, vbi Felin. *de officio Ordinarij, & in c.nullius,de iure patronatus*, Roland. *conſ.*78.*n.*4. *vol.*2. Nam licèt Superior concurrere poſſit in iuriſdictione inferiore, tamen hoc fallit in domino feudi, cum vaſallo, cui competit iuriſdictio priuatiua: Abbas *in c.cæterum, col.*2. *de iudiciis*. Hinc Faber, *Inſtit.de Attil.tutor.in principio*, ſcribit dominum directum non poſſe in terra Baronis ſibi ſubiecti conſtituere tutorem pupillo, nec alium actum iuriſdictionalem agere, niſi in defectum iuſtitiæ inferioris: atque ita concedente domino Caſtrum in feudum, non poterit ipſe cognoſcere de primis cauſis ruſticorum, quia vaſallus habet iura vtilia, & ideò præferendus domino: ſequitur Laud. *in tract.de Princip. concl.*265. & Præpoſ. *in c.1.in fine,de contrau.inter dominum & Epiſcopum.* Roland. *conſ.*75. *num.*15.*vol.*3.

7. Quæritur ſeptimò, an dominus propter obſequia præſtita per maritum poſſit concedere feudum vxori illius? Concluſio eſt affirmatiua, vt vult Fulgoſius *conſ.*4. ſequitur Gazad. *in conſ.*8.*n.*51. nam quamuis fœmina à feudis excludatur regulariter, poteſt dominus propter amorem paternum illam inueſtire de feudo ad dominum deuoluto, etiam ſi mutet conditionem feudi: Roland. *conſ.*41.*n.*22.*cum ſequent.vol.*2.

8. Quæritur octauò, quando dominus agit aduersùs vaſallum, vt oſtendat bona feudalia, an illi incumbat probare, ſi vaſallus neget illa poſſidere? Concluſio eſt affirmatiua: & probata domini intentione, priuatur vaſallus feudo: vt per *c.*1. §.*vaſallus feudum*, vbi omnes notant, *Si de feud. fuer.controuerſ.inter dom.& agnat.* Iaſon *in l.quod te,col.*12.*ff.ſi cert.petatur*, Felin. *in c.cæterum,col.*6.*de iudiciis*, Roman. *in l.ſi vero,in* §.*de viro,n.*179. *ff.ſoluto matrimonio.* Quod intelligitur, ſi vaſallus ſcienter negat feudum; ſecùs ſi ignoranter: Roman. *in d.*§.*de viro,n.*180. Iuuat Afflict. *in c.1.*§.*ſed & qui delator. n.*42. *Quæ ſit prima cauſa benefic. amitt.* Hinc fit, vt vaſallus ignorans rem feudalem eſſe, ſi illam, vt Burgenſaticam alienet inconſulto domino, feudum non perdere: ſuccurritur enim ignoranti, quando tractatur de damno euitando: *l.errore,ff. de iur. & facti ignorantia.*

9. Quæritur nonò, an dominus prætendens, quòd omnia contenta intra limites ſui territorij, ſint feudalia, debeat non ſolùm oſtendere confines feudi, ſed etiam probare omnia eſſe feudalia vltra medietatem poſſeſſionum? Concluſio eſt affirmatiua, ita Afflict. *in c.1.de contrau.inter maſc. & fœm.* vbi inquit hanc eſſe praxim deductam ex illo textu: atque ita dominus prætendens non ſolùm debet articulare confines feudi, ſed etiam, quòd pro maiori parte vltra medietatem poſſeſſionis conuicinæ in eo loco, eſſent poſſeſſiones feudales. Item, quòd eſſent de illo feudo; quia non eſt inconueniens feudum vnum habere territorium, & terras in alio feudo ſeparato:

idem

idem Affli&c.in decis.267.col.a.vers.& plus dicebat,n.7. vbi id exemplo probat, & Rol.cons.46. ex n.57. cum seqq.vol.3.Iuuat dominos terrarum babere intentionem fundatam,quoad res sitas intra fines sui territorij,nisi aliud in contrarium doceatur : l.ede sacra §.1. ff.de contrah. emption.l.insula Italia,vbi Bald. ff. de iud. Hostien.in cap si diligenti, de prascript. confert text. in cap.omnes basilica, 16. q.7. vbi dicitur,Ecclesiam, quæ est intra fines diœcesis præsumi esse sub iurisdictione Episcopi diœcesani : c.cum Episcopus, de officio Ordinary, in 6. sic etiam bona in territorio feudali sita,præsumuntur feudalia,si non constat,quòd alio modo fuerunt acquisita : in dubio tameo allegans rem esse feudalem , id debet probare, quia res præsumitur libera sicut erat de iure primæuo , nisi de seruitute probetur:l.altius,C.de seruit.& aqua,Bald. cons.351.col.2.vers.Tertia,vol.1. & cons.310.vol.3. vbi ait, quòd feudum est quædam seruitus præter naturam rerum , quæ aliquando fuerunt allodiales , & nunc præsumuntur; vt notatur in l. si prius, ff. de noui oper. nunc. & ideò , qui allegat rem feudalem , debet probare , saltem pro maiori parte vltra medietatem possessionis:vt Affli&c.in d.cap.1. de controu.inter masc.& fœm.

10. Quæritur decimò , an dominus , qui semel dedit feudum vasallo , si postea sine culpa vasalli feudum reuertatur ad dominum , debeat rursus dominus illud tradere vasallo ? Responsio affirmat ; vt notat Isernia in cap. si facta, vbi etiam Affli&c.num.30. si de feud fuer. contron. inter dom. & agnat. idem in cap. 1. num.32.de pac.tenen.vbi vult, quòd dominus tenetur tradere vasallo iterum feudum , cùm non debeat priuari vasallus sine culpa. Est enim hoc indubitatum , cap.1. de feudo sine culpa amitt. cùm sit contractus nominatus obligans , & ideò nemo suo iure priuari debet sine facto suo : l.id quod nostrum, ff. de regul.iur. Cuilibet namque ius suum debet esse illæsum : §.sed & maior, de his qui sunt sui , vel alieni iuris. Nec potest quis de re aliena disponere : l. conficiuntur,§. 1. ff.de iure codicill. Cùm ergo iniquum sit priuare quem suo iure sine culpa, non potest dominus priuare vasallum suo feudo : cap. suggestum,cap.licet, de decimis, Bero. cons.71. num 56. vol.1. & cons.146. num.10.vol.3.

11. Quæritur vndecimò io quas pœnas incurrat dominus, qui negat facere ius subditis ? Certi iuris est perdere feudi proprietatem dominum,qui negat facere ius subditis : Gloss.ita in cap.1.§.item qui domino, Qua sit prima caus.benef.amitt.quam approbat Curt. iun.in tract. suo feudor.in 7. p col.3. in fine vers.& fortius. Iul.Clar. § feudum, quæst.67. Affli&c. in cap.1. de mil. vasall. qui contum.est , num. 102. & est communis : item dominus quando est nimis superbus , & molestus subditis, dignus est qui feudum amittat; provt notat Lucas de Penua in l. fundi , C. de locat. præd ciuil lib.11. Bald.& alij in cap.1. publici latrones, de paco tenen. Affli&c.decis.265. col.2. in fine n.72. Menoch.de arbitr.iud casu 78.& 139.

12. Quæritur duodecimò,an dominus directus requisitus ad præstandum consensum alienatiooi ; si recuset , & vasallus alienet inconsulto domino , an cadat à iure suo ? Conclusio sit ex Afflicto in cap. 1. col.2.in principio , Qual.olim feud. poter. alien. dicente debere vasallum existentem in necessitate , volentémque vendere feudum, petere consensum à domino , & facere pro viribus, vt obtineat : quòd si noo possit obtinere,& dominus sit in mora,excusari vasallum alienaurem sine consensu domini , & valere alienationem : Bart. in l.si cum dotem,§.eo tempore, ff. soluto matrimonio,Isernia in c.1. §. sancimus, Quo tempore miles , vbi etiam Affli&c. num. 97. vsque ad 101. Clar.in §.feudum,q.48.vers.sed qid si, vbi tradit omnes sequi hanc sententiam , nam quando Dominos recusat consentire, babetur consensus pro præstito, nisi iosta causa recusandi detur : sicut quando cauetur statuto , quòd mulier nequeat contrahere sine assensu duorum consanguineorum, vt contractus alienationis sustineator;si recusent coosentire,habetur consensus pro præstito,nisi iustam causam recusandi babuerint:vt notant Scribentes in §.eo tempore, citato supra : secùs si cum causa : Roland.cons.56.ex n. 18.vol.4.

Quæritur decimotertiò , in quas pœnas incidat dominus directus,si non abstineat à subditis malè tractandis? Dico primò, patrem, si contra paternam pietatem malè tractet filium, cogi illum emancipare:l.final.ff si quis à parente fuer.manum.Gloss.in § final. Inst quibus modis patria potestas soluitur,Corras.in l.qui liberos, n.18. de ritu nupt. sicut vir sæuiens in vxorem ab ea separatur:c literas,de rest.spoliat. 13

Dico secundò , dominum, qui abutitur dominio indignum se facere dominari : vt autem priuetur feudo , requiritur trina monitio facta à vasallo per Superiorem de bene tractando subditos : quòd si non desistat,poterit priuari feudo.Si autem notoriè malè tractat subditos,non requiritur monitio , cùm notoriè constet sæpè,& sæpiùs malè tractasse subditos:Curt.iun.in tract feudor.in 7. p.vers quaro igitur in primis,circa finem, Bald.in auth.statuimus,in vltimo notabili, C. de Episcopis & cler. vbi,qui non facit iustitiam debet amittere iurisdictionem post trinam monitionem:Roland.cons.18.n.29.vol.2.& cons.40.n.29. cum seqq.vsque ad 36.vol.4.

Quæritur decimoquartò,nunquid Dominus,qui tenetur feudum ad se reuersum renouare in alios de familia, teneatur dare illud transuersalibus? Receptum est in boc casu feudum ad dominum reuersum renouandom esse in aliis de familia descendentibus videlicet , oon autem transuersalibus : ita Anchar. in cons.134. incipit , Plenè,& subtiliter , in 2. dubio,Fulgos.in cons.218. incipit, Petrus quondam,col. 1. vers.nec superioribus, Iason cons.24. col.vltima,lib.3. Quando autem familia eorum , quibus concessum est feudum, defecit omninò, feudum ipsum deuolui ad dominum directum, non est dubium; vt respondent Cepula in cons.ciuilibus,cons.31.num.4. prope medium , Brunus cons.65. num.2. in fine, & in cons.108. n. 27. ideò vtile dominium , quod est apud dominom vtilem,consolidatur cum dominio directo; sicut dicitur de emphyteusi extincta: vt scribit Angel in l.si heres institutus , ff.ad Trebell. & Castrensis in l. vxor partui,C.de legatis. 14.

Quæritur decimoquinto , an possit dominus in præiudicium agnatorum culpas vasallo remittere, aut exigere ab eo aliquid vltra , id quod continetur in inuestitura ? Quoad primom dico cum Iseroia in cap.1. de vasallo decrepita atatis, non posse remittere vasallo culpam ob quam priuandus erat feudo deuoluendo ad agnatos, in præiudicium ipsorum agnatorum , ad quos feudum deuoluebatur : Menoch. cons.181. num.86. Quoad secundum quæsitum similiter dico,dominum directum feudi nihil posse à suo vasallo exigere vltra conteota in inuestitura facta tempore concessionis feudi: vt in cap.1. §.licet vasallus domino, Si de feudo sit contentio inter dom.& vasall. ita in specie vult Ioann.de Anna, in cons.7. num. 14. cùm respondit vasallum non teneti , contribuere pro debitis domini sui,& alij,quos referens sequitur Menoch.cons.156.ex num.17. 15.

Quæritur decimosextò , an possit dominus mortuo vasallo qui alienauit inconsulto domino adhibere consensum , vt alienatio sustineatur ? Respondeo,quando feudum alienatur vni ex comprehensis in inuestitura,non requiri domini consensum, cùm 16.

dominus non habeat vasallum contra sui voluntatem, ex quo eum aliquando fuisset habiturus: ita Bart. *in l qui Romæ, §. duo fratres, q.* 10. & *ibi* apertè Ripa *n.* 87. *de verb. oblig.* Tiraq. *in tract. de retract. consang. §.* 11. *in gloss.* 6. *num.* 10. Item feudum concessum cum facultate alienandi etiam in extraneos, non eget consensu domini alienationis tempore, nam tunc vasallus inconsulto domino potest alienare: vt post multos tradit Menoch. *cons.* 61. *col.* 1. & *n.* 21. *cum seqq.*

Dico etiam domini consensum satis censeri præstitum, si dominus fuit præsens, nec recusauit, sed tacuit: Iul. Clar. *§. feudum, q.* 3. *in fine*, Tiraq. *vbi proximè, §.* 1. *in gloss.* 9. *num.* 117. Dico denique, Domini consensum præstari posse etiam mortuo vasallo qui alienauit: Capicius *decis.* 115. *num.* 2. Vasquius *in tract. de successionum creatione, lib.* 3. *§.* 26. *limitat.* 31 *num.* 96. 107. & *num.* 109.

17. Quæritur decimoseptimò, an integrum sit domino alienare directum dominium feudi, & facere vasallum suum, vasallum alterius, quamuis repugnet? Conclusio est negatiua, vt probat *l. imitus, ff. de fideicommiss.* Hostiens. *in cap. dilecti, de maior. & obed.* dicens Principem non posse alienare Ciuitatem inuitis subditis. Ideo Bald. *in c.* 1. *§. in generali, vers. quæro vtrum Rex, si de feud. fuer. controu. inter dom. & agnat. vasall.* dixit Constantinum Magnum quando donauit Romam Syluestro, curasse ciues Romanos assensum adhibuisse, eò quia interest subditorum non mutare Dominum: sequitur Decius *cons.* 689. *num.* 5. idem volunt Curt. sen. *in l. debitorum, num.* 5. *C. de pactis*, Paris. *cons.* 22. *num.* 70. *cons.* 23. *num.* 9. *lib.* 1. & alij plores, quibus accedit Menoch. *cons.* 32. *ex num.* 20.

Hinc fit cùm vasallus, & dominus, in materia feudali sint correlatiui: sicut dominus non potest alienare directum dominium inuitis subditis; sic etiam subditi nequeunt alium directum Dominum recognoscere, Domino inuito: ita Crauet. *cons.* 241. vbi refert pro hac parte Innocent. Abbat. & alios, & in specie firmat Guid. Papæ *quæst.* 560. dicens non esse integrum vasallo sine consensu suorum subditorum recognoscere alium directum dominum, maximè, quando est inferior primo, ibique pro hac parte refert Bald. *in c.* 1. *qui feud. dare possunt.* quibus adhæret Aluar. *in c.* 1. *§. ex eadem, de lege Corradi.*

18. Quæritur decimooctauo, an, & quando dominus directus possit collectare vasallos, & ab illis subsidium exigere? Dico primò, collectas indicere, secundum magis commune m, censeri de Regaliis: *cap.* 1. vbi omnes, *Quæ sint regalia*, & tradunt Bart. *in l.* 1. *num.* 24. *de mulier. & in quo loco lib.* 10. Paris. *cons.* 25. *num.* 1. *lib.* 1. Alciat. *respons.* 495. *num.* 4. vbi ait huiusmodi impositiones esse de Regaliis, quæ non nisi ab habentibus regalia possunt indici: Socin. sen. *cons.* 7. *col.* 1. *lib.* 3. & in specie Natta *cons.* 501. *lib.* 2. concludit collectas indici non posse.

Dico secundò ex dictis clarum esse, Dominum directum non posse aliquas collectas suis vasallis indicere, sed debere propriam crumenam exquirere priùs, & deinde à vasallis auxilium postulare, non autem exigere: Alciatus *responsione* 161. *num.* 9. Guido Papæ. *q.* 551. *De hoc anno*, & Socin. iun. *cons.* 98. *n.* 11. *lib.* 3. Menoch. *cons.* 32. *num.* 49. Ratio, quia sufficit quòd vasalli præstent id, quod ab initio promiserunt, & nihil amplius annuatim; & ob id, quoad reliqua liberi sunt. Item quia nequeunt Domini exigere nisi seruitia statuta, argumento textus *in l. cum satis, §. caueant, C. de agric. & cens. lib.* 11. quo constitutum est, seruitia debere esse suis finibus contenta: per quem textum Bald. *in l.* 2. *C. de fideicommiss. libert.* voluit nobiles non posse collectare subditos, nisi constet ex conuentione aliqua, vel consuetudine id esse licitum; nam subditi ab his censentur liberi sui natura: sequitur Iacob. à S. Georgio *in tract. de homagiis, col.* 8. *vers. iuxta prædicta quæro*, & alij, quos referens sequitur Menoch. *dict. cons.* 32. *ex num.* 58. *vsque ad num.* 69.

Confert ratio pro vasallis excusandis, quando forte domini non possint à suis Superioribus collectari, ea consequenti non poterunt domini suis subditis collectas indicere, alioqui iniustè versarentur cum subditis, & ob id feudo indigni censerentur: vt respondet Cur. iun. *cons.* 157. *num.* 4. Alci. *respons.* 167. *in fine*, Socin. iun. *cons.* 134. *num* 58. *lib.* 3. & Boërius *q.* 55. *in fine* & *q.* 304. *col penul.* nisi ita conuentum sit. Gesta namque à partium conuentione legem accipiunt: Afflict. *decis.* 335. *num.* 16. & Decius *in l. contractus, num.* 41. *de regul. iuris.* Cùm ergo non constiterit de conuentione inter hos dominos, & suos subditos inita, non licet collectas indicere, nec tenentur præstare, nisi quid annuatim constitutum sit; in cæteris autem liberi dicuntur. 19.

Quæritur decimonono, in quas pœnas incurrant domini delinquentes contra personam vasallorum? Respondetur, dominum, & vasallum à pari procedere: *cap.* 1. *in fine, de noua forma fidelitatis*, & *cap.* 1. *qualiter dom propriet feud. priuet.* Aluar. *in cap.* 1. *§. vltimo col. penul. de cap. Corradi.* Igitur à pari tenentur: & sicut vasallus delictum committens contra dominum sibi nocet, sic etiam dominus committens delictum in personam vasalli, dominium directum acquiritur vasallo offenso, & non transfertur in successorem ipsius domini, sed in vasallum *cap.* 1. *§. domino committente, Si de feudo defuncti fuer. contr. inter dom. & agnat. vasalli*, vbi per hæc verba casus deciditur: *Domin. committente feloniam, vt ita dicam, per quam vasallus amitteret feudum, si eam committeret: quid obtinere debeat de consuetudine quæritur? Et respondetur, proprietatem feudi ad vasallum pertinere, siue peccauerit in vasallum, siue in alium:* ergo idem dicendum est cum contra personam vasalli delinquit. Dissonat Afflict. *decis.* 265. *num.* 51. vbi his verbis loquitur: *Si Dominus delinquat in vasallum, proprietas feudi non acquiritur vasallo, sicut acquiritur illud vtile dominium feudi domino.* Quare meritò reiicitur, cùm repugnet manifestæ doctrinæ *cap.* 1. *§. domino committente, vbi supra.* 20.

Quæritur vigesimo, an dominus non contradicens vasallo alienanti censeatur consentire? Ex dictis *supra num.* 16. constat assentire: nam Dominus feudi non contradicens alienationi factæ per vasallum, censetur illam approbare: requiritur ergo consensus in alienatione feudi, ea ratione, ne dominus contra voluntatem suam habeat alium in vasallum, quàm velit: iuxta *cap.* 1. *in fine, de fratribus de nouo benefic. inuestitis*, Menoch. *cons.* 226. *num.* 159. sufficit tamen consentire tacitè: quare esto, consentire non dicatur aliquando, qui scit, & tacet ad sui damnum, quando illud non est modicum, vt Bart. *in l. qua dotis, n.* 22. & *ibid.* Iason *n.* 104. *ff. solut. matrim.* tamen tacens consentire, dicitur quando patitur, neque contradicit alienatori, cùm possit: eò quia non dicitur consentire, quando contradicendo impedire non potest: Menoch. *cons.* 120. *ex num.* 12. & *cons.* 189. *n.* 9. vbi infert consensum argui ex patientia in tacente, quando actus eo modo fuit gestus, vt intelligeretur à tacente: nam tunc tacendo videtur illum ratum habere, & approbare: ita omnes *in d. l. quæ dotis, ff. solut. matrim.* & Roland. *cons.* 19. *n.* 34. & 36. *lib.* 1. & Decius *in cons.* 58. *col.* 2. 21.

Quæritur vigesimoprimò, cùm vasalli, & domini, pari passu procedant, an possint sibi inuicem vtilia agere? Respondetur affirmatiuè: sunt enim correlatiui, & ideò sicut vnus agere debet ea, quæ sunt vtilia alteri; ita etiam è conuerso: vt probat *cap.* 1. *in fine*, 22.

fine, de noua forma fidelitatis, & Afflictus plenè *decis.*
23. 265.*per totam*. Hinc fuit non posse dominum disponere de re minima feudi in præiudicium vasalli: *c.1. qui success. feud. dar. teneantur, & c.1. de clerico qui iura fidel.* ac proinde vasallus non valet suo facto solo eligere subvasalium, sed requiritur etiam consensus sui domini: *cap.1. §. sed etiamsi, Per quos fiat inuest.* Et è conuerso idem dicitur, quod vltra consensum primi domini, requiritur etiam consensus secundi domini, hoc est vasalli: cùm subvasallus ipsum subfeudum alienat: Menoch. *cons.226. ex num.163.* quinimò tenetur dominus restituere vasallo damna, quæ passus est in bello eius causa: Menoch. *cons.844. num.63.* post alios.

24. Quæritur vigesimosecundò, an dominus videatur remittere feloniam vasallo, si decedat ante querelam propositam? Ripa *in l. vltima, C. de reuocand. donat. num.202. & in fine* per Gloss. *ibi* affirmat, cum dixit donatorem censeri remisisse causam ingratitudinis donatario ingrato, si ingratitudine in iudicio non proposita mortuus est. Ita in nostro casu dicendum est de domino in vasallo, si commisit feloniam, & causam, ob quam feudo priuari poterat; censetur namque remisisse crimen dominus, si querela non proposita, vel caducitate non declarata decedit: ita Socin. sen. *in cons.66. n.9. lib.1.* Bero. *in cons.98. num.35. lib.1.* & Ruyn. *cons.159. n.19. lib.1.*

25. Quæritur vigesimotertiò, an dominus possit alienare Castrum, vel Ciuitatem, subditis repugnantibus? Respondetur negatiuè, argumento vasalli, qui inuito domino nec feudi partem alienare potest: ergo nec dominus potest inuitis subditis Castrum, aut Ciuitatem in alium transferre. Sunt enim duo correlatiua & ob id dispositum in vno censetur etiam dispositum in altero: Afflict. *decis.265. num.2.* vbi dominus & vasallus iudicantur ad paria, & *n.69.* vbi Dominus vasallis inuitis non alienabit feudum, secundùm Gloss. *in l. inuitus, ff. de fideicommiss. liber.* per Bart. *in l. debitorum C. de pactis.* Bald. *in l.2. de nouation. & in capit. in generali, Si de feudo fuer. controu.* Bart. *in l. prohibere, §. plane, ff. quod vi aut clam.* Igitur pari ratione non est tolerandum domino in alium transferre Ciuitatem, vel partem, aut eius Castrum, vel oppidum inuitis subditis: Menoch. *cons.264. ex n.28. cum seqq.*

Quæritur vigesimoquartò, vtrùm dominus vnius
26. Castri possit punire condominum suum, si delinquat? Responsio sit negatiua, quando sunt duo domini vnius Castri, & eorum vnus delinquat, nisi diuisa essent territoria: idem respondit Ruyn. *in cons.37. num.2. lib.1. & in cons.130. n.4. lib.5.* argumento, quo vtuntur Scribentes *in c.1. de officio delegati*, vbi Decius *num.14.* tradit condelegatum impedientem iurisdictionem puniri non posse à condelegato altero, quia Par in parem non habet imperium: idem docet Iason *in l.1. §. his videtur, in fine, ff. si quis ius dic. non obtemper.* Menoch. 298. *ex num 14. cum seqq.* hinc fit vt vasallus feudi dignitatis nihil possit statuere contra conuasalium: vt probat Socin. sen. *in cons.272. lib.2.* quem referens sequitur Menoch. *cons.298. num.9.*

Quæritur vigesimoquintò, an dominus possit
27. cogere subditos properare ad bellum suis ipsorum sumptibus: Conclusio est negatiua: ita respondit Alciatus *responso 161. num.13.* dicens debere dominum sua impensa, & ex suo ærario bellum gerere; nec posse compellere vasallos suos arma suscipere suis ipsorum impensis. Quinimò non posse cogere subditos subire onus excubiarum, & custodiæ castri, sed debere impensa propria castri dominum illud custodire: Natta *in cons.185. num 11. lib.1.* Iacob. de S. Georgio *in tractatu de homagiis col. penult. vers. cum autem Domini terrarum*, & Chassaneos *in consuetudines Burgundiæ, in tit. de feudis, num 25.* Ex quo constat non esse concessum vni Comitum cogere colonos alterius Comitis secum ire ad bellum: Menoch. *cons 296. num.29.*

Quæritur vigesimosextò, an dominus quando
potest in aliquibus casibus vasallos alienare, debeat 28.
feudum cum vasallis transferre; an vasallos tantùm? Responsio sit, non debere vasallos tantùm, sed feudum cum vasallis transferre, quia tunc agitur de detrimento vasallorum, ne plures dominos habeant: ita Zazius *in Epitome feudorum, p.7. ad finem*, post Baldum *in l.1. col.2. C. communia de legatis*. Est namque satis graue onus, habere plures dominos. Eiusdem sententiæ est Alex. *in cons.25. col. vltima lib.5.* & Ripa *lib.2. responsor. cap.25.* incipit, *Id in effectu quæritur, num.15.* Ob quam causam Euripides in Andromach. sic ait: *Vnius potestas sit, & in re domestica, & in Republica: versatur enim in hoc salus publica, vt vnus tantum sit Dominus, vnus Princeps: vt vna sit constans, & perpetua, rectáque administratio.* Hinc etiam fit, vt vasallus pro vno feudo non compellatur habere plures dominos: *cap. imperialem, §. præterea 2. de prohibit. feud. alienat. per Feder. & ibidem* Bald. *num.8. vers. nota quod docuit* vbi vult, domino decedente pluribus relictis filiis, fidelitatem vni tantùm eorum nomine omnium esse iurandam seruitiúmque debitum vni tantùm præstari debere: ita Isernia, *in d. §. præterea, num.41. in fine.*

Quæritur vigesimoseptimò, vtrùm dominus si 29.
feudum tradat vasallo, qui infeudat subvasallo, si subvasallus transferat illud contra formam legis, vtrùm domino directo deferatur feudum? Hac de re duplex est opinio: Prima vult deuolui feudum domino directo, si subvasallus alienet contra legis formam, insciis ipsis dominis: ita Iacob. Beluisius *in d. cap. imperialem, §. illud, vers. quæritur si vasallus, de prohib. feud. alienat. per Feder. & ibidem* Bald. *num.2. vers. sciendum*, & Bart. *in l. si finita, §. si de vectigalibus, n.9. in fine ff. de damno infecto.*

Secunda opinio, quæ videtur verior, tradit feudum deuolui debere ad dominum immediatum, propter alienationem factam à subvasallo: ita Isernia *in cap. imperialem, supra, § illud, num.63.* & Afflict. *num.5. vers. & maxime hoc quod:* & *ibi* Bald. *num.2.* docuit. Ratio, quia quando vasallus concedit feudum subvasallo, retinet aliqua iura feudi secundùm hos Doctores: igitur ad vasallum debet deferri: nam vasallus retinet ius superioritatis, & illi priùs infertur iniuria: imo licentia, seu consensus alienandi, debet obtineri à domino immediato sicque à vasallo: vt ait Bertrandus *in d. cap. imperialem, §. illud quoque, de prohib. feud. alienat.* & Zazius *in Epitome feudorum, p.9. n.33.*

Nihilominus prima opinio magis placet, secundùm quam deuoluitur domino directo ob culpam grauiorem, quæ committitur in eius personam, nisi aliud constet ex inuestituræ concessione: aliter enim pœna caducitatis, & deuolutionis alienantium, applicari debet magis offenso: ita Alex. *in l. si legatarius*, & *ibid.* Iason, *n.1.* & idem *in l. hæreditas, n.5t. C. de his quibus vt indignis.* Iuuant tradita à Claro §. *feudum, q.32. num.6.* vbi ait, apud primum vasallum post factam subinfeudationem non remanere neque directum, neque vtile dominium, sed solùm quasdam reliquias vtilis dominij: & ideò subinfeudans tenetur petere consensum à domino directo, non autem à primo vasallo.

§.VII

§. VII.

De vtilitate, & virtute inueſtituræ feudalis,& quotuplex illa ſit, & quæ præualeat.

EPITOME.

1 *Inueſtitura, quando eſt prima,quam vim habeat, & an poſſit mutari,& quomodo differat a noua?*
2 *Inueſtitura eſt quaſi caſus legis, & forma in conceſſione poſita eſt ſeruanda.*
3. *Inueſtitura prior an poſſit immutari in praiudicium illorum quibus eſt ius quaſitum? Pars affirmans eſt aliquorum: Pars negans eſt verior.*
4 *Inueſtitura in quibus caſibus mutari poſſet.*
5 *Inueſtitura altera eſt propria, altera impropria ſeu abuſiua.*
6 *Inueſtitura ſemper intelligitur ſine praiudicio alterius.*
7 *Inueſtitura eſt ſignum neceſſarium feudi, & ſine illa non datur feudum.*
8 *Inueſtitura ab antiqua, ex conuentione partium recedi poteſt.*
9 *Inueſtitura probat contra inueſtientem, & inueſtitum,non autem contra tertium.*
10 *Inueſtitura de caſtro cum nemoribus & pratis, non probat bona inculta,& cultiua eſſe feudalia.*
11 *Caſtrum relictum cum nemoribus, paſcuis, villis,intelligitur relictum quoad iuriſdictionem,non autem quoad dominium.*
12 *Inueſtitus de caſtro generaliter,& de reliquis,pratis, paſcuis,& villis,non dicitur habere feudum; ſecus ſi inueſtiatur in ſpecie de iiſdem, hoc eſt in indiuiduo.*
13 *Feudalia præſumuntur omnia, quando dubitatur de latitudine prædiorum,niſi ſint limites diuerſitatis.*
14 *Coniuncta caſtro feudali cenſentur feudalia: ſecus de contiguis niſi id declaretur.*

1. INueſtitura eam vim habet, quando eſt prima, vt nequeat immutari; videlicet, ſi conceſſa ſit pro maſculis tantùm, noua inueſtitura non poteſt concedi, vt comprehendat maſculos, & fœminas: ſed pro maſculis,& his non extantibus, concedi poteſt fœminis: vt *in cap.1 de eo qui ſibi & heredibus maſculis*,& ita de facto reſpondit Dom.Silu.Aldob.*in conſ.15.num.1.& ſeqq.lib.1.*

Item inueſtitura prior ſemper inſpicitur, *cap. militi*,ibi: *tenorem tamen inueſtituræ conſiderantes,de capitul.Corradi*: nam inueſtituræ tenor omni feudorum naturæ derogat,& vaſallus ſtare debet omnibus pactis appoſitis in inueſtitura: vt notatur *in d.l.imperialem,§. illud*: quia nihil tam naturale eſt quàm pacta ſeruare: *l.1. ff.de pactis*. Conſonat Bald. *in præludiis feudor.col.vltima*, ſemper recurrendum eſſe ad tenorem inueſtituræ, quia vim contractua habet; vt *in cap.1.de duobus fratribus*, idem Bald. *in ſuo conſ.* incipiente, *Sanctiſſima,& Illuſtriſſima Domina Regina*: & tanta eſt vis inueſtituræ,quòd dixerit *in conſ.70.in 1.vol.* quòd potiùs inſpicitur tenor inueſtituræ, quàm natura feudi.

2. Item inueſtitura eſt quaſi caſus legis & inſtrumenti: Bald.*in conſ.215.num.3 in fine,lib.2.* Quare forma appoſita in conceſſione feodi obſeruanda eſt, quamuis repugnet natura feudi: eò quia natura feudi eſt genus: inueſtitura autem eſt ſpecies, quæ derogat generi: Crauetta *conſ.624. num.23.verſ in difficultate*; *cum ſeqq.* Quocirca vt cognoſcatur quando feudum ſit rectum, vel improprium, conuentiones tenori inueſtituræ adiectæ conſiderandæ ſunt: Zazius *in Epitome feudorum, part.12. num 41. verſ.cæterum*,feudum enim per inueſtituram declaratur; Rolandus *conſ.90.num.28.lib.4.* & ideò tenor totius inueſtituræ attendi debet: Brun.*conſ.39.n.6.*

Quæſtionis eſt,an inueſtitura prior poſſit à domino immutari in aliquibus caſibus: Dico primò, ſecundùm aliquos, poſſe immutari in præiudicium eorum,qui ſunt comprehenſi: vbi loquuntur de illis quibus ius eſt quæſitum: Ratio,quia feudum eſt contractus iuris ciuilis deſcendens ex iure non ſcripto quod dicitur conſuetudo;& ciuilis ratio, ciuilia iura poteſt corrumpere: *§ ſed naturalia,Inſtit.de iur.nat.gen.& ciuil.* igitur inueſtitura feudi poteſt immutari à Principe,qui eſt ſupra leges: *l.Princeps,ff.de legibus*. Ita Decius *conſ.269. num.6. verſ. ſi autem ex tenore inueſtituræ.* Ruyn.*conſ.3. num.19. in fine,verſ non obſtat*, Curt.iun.*conſ.1 num.32.verſ.præterea*,Decian.*conſ.58. num.6.lib.2.* 3.

Verius tamen eſt,non poſſe Principem, priorem inueſtituram mutare in præiudicium illorum, qui habent ius quæſitum: ita colligitur *ex cap. 1. §. hoc quoque,de ſucceſſione feud.* item ex *cap.1.in principio, de alien.patern.feud.* vbi deciditur non valere alienationem feudi paterni,quamuis fiat ex voluntate Domini, repugnantibus agnatis, ad quos beneficium quandoque redire debet; ſicut nec in filiam poterit vaſallus feudum conferre de conſenſu Domini. Quam opinionem tradit Roman. *in conſ.367. n.11. verſ fallit vltimo*, Paul.de Caſtro *conſ.61.* incipit, *Videtur dicendum*, alias *conſ.142.lib.2. num.3.* Alex *conſ.15. num.8. in fine, verſ.nec potuit conſenſus. & num.9. lib.5.* Gozad.*conſ.8.num.11.& conſ.26.num.40.* quibus accedit Cephalus,*conſ.23 num 47.& conſ.155.num.10.* dicens ius conſiſtens in ſpe,ex cauſa de præſenti, vel de præterito, à Principe non poſſe auferri abſque conſenſu illius,cui competit: ſequitur Decian *conſ.5. num. 31. lib.1. & conſ.63. à num.50. lib.2.* dum ait, à priori inueſtitura non eſſe recedendum,niſi accedat conſenſus omnium,quorum intereſt.

Ad obiectum pro priori ſententia, quòd feudum eſt contractus iuris ciuilis: dicitur id eſſe verum, quoad nomen,& formam: negari tamen non poſſe, quin ſub genere conuentionis comprehendatur: atque ita non eſt dubium,quòd quælibet conuentio ſit iuris gentium, & ideò Princeps concedens feudum, cenſetur obligatus etiam ex iure gentium: per *l.1. in principio, ff. de pactis*, & ita in ſpecie vult Ruynus *conſ.7.num.3.& in conſ.36.num.21.lib.1.*

Peres, in quibus caſibus prior inueſtitura mutari poſſit, aut è contra? Dico primò,inueſtituram,in qua primogenitus vocatur,non poſſe immutari, vt omnes filij ſuccedant æqualiter in feudo: *cap.1. §.cùm verò Corradus, qui feud. dar. poſſ.* Crauetta *conſ.674.* Poterit tamen inueſtitura mutari ex voluntate eorum,quorum intereſt; tamen iis, qui poſtea naſcentur non nocebit. Ratio, quia vaſallus non poteſt mutare feudi naturam in damnum ſucceſſorum, ſed in præiudicium ſuum poteſt: *l. penult.C. de pact. & l.1.§.inde quæritur,ff.de oper.non.nunciat.* & Rapha. Cuman.*in conſ.58 num.3.* Proinde nondum natis nullum præiudicium fieri poteſt,qui non poterant conſentire. 4.

Dico ſecundò, inueſtituram priorem in feudo nouo poſſe mutari cum conſenſu vaſalli à domino, etiam in præiudicium comprehenſorum, quamuis feudum fuerit conceſſum iure antiqui feudi,eò quia vaſallus, qui de feudo primus fuit inueſtitus,poteſt conſulto domino feudum alienare, & refutare etiam in præiudicium filiorum: Alex.*conſ.28.num 1. & ſequenti,lib.5.* Roman.*conſ.367. num.12. verſ.fallit vltimo*,Crauetta *conſ.624.num.17.& 25.verſ qua ratio,*

&

& vers. secunda ratio: sequitur Isernia & Aluarot. *in cap.1. de alienatione feudi*, Cardin. Mantic. *de tacitis & ambiguis, 2.p.lib.23.tit.20.n.15.& 17.*

Dico tertiò ex traditis ab eodem Mantica *ibidem num. 24.* quando feudi natura exprimitur in priori inuestitura, in totum mutari non posse, veluti quòd fœminæ simul cum masculis succedant, quando masculi solùm sunt vocati ex prioribus inuestituris. Quando tamen deficientibus masculis succedunt fœminæ, hoc fieri potest: quia tantùm præiudicatur domino, qui sibi nocere potest: Bald. *in cons.215.* incipit, *Proponitur quòd inuestitura antiquæ, num.4. vers. aduerte hic iacet intellectus, lib.2.* atque ita non est dubium inuestituram mutari posse in ea parte, in qua non præiudicatur nisi domino; quod procedit in feudo secolari: secùs in Ecclesiastico feudo: nam præiudicatur Ecclesiæ, quamuis nullum masculis fiat nocomentum; & Episcopus non potest præiudicare Ecclesiæ: Aluarot. & Præpos. *in cap.1. in principio, de his qui feudum dare possunt.*

Dico quartò inuestituram etiam mutari posse, quoties feudum, ad propriam naturam reuertitur, non obstante præiudicio eorum quibus ius quæsitum est, nec successorum deterior sit conditio: Card. Mantica *vbi proximè, num.35.*

5. Quæres quotuplex sit inuestitura? Duplex respondetur, propria scilicet, & impropria. Propria quando vasallus actualiter ponitur in possessione, vel confirmatur in feudo antiquo, Socin. iun. *in cons.76. num. 69. vol.1.* Impropria, & abusiua est, quæ fit per aliquem actum corporeum, vt per traditionem annuli, ensis, vel hastæ: vt per omnes *in cap.1. quid sit inuestitura*, Roland. *cons.50. num.52. vol.3.* Menoch. *cons.191. num.16.*

Nihilominus licèt inuestitura propriè dicatur possessio, *cap.1 in principio, Quid sit inuestitura*: aliud tamen est inuestitura, & aliud possessio. Inuestitura namque est quidam modus, per quem feudum comparatur: & hæc dicitur inuestitura realis. Alia autem vocatur inuestitura abusiua, quæ verbis solùm fit: nimirùm quando hasta, vel gladius, vel aliquid corporeum à domino feudi vasallo traditur, qui ait se facere inuestituram: *ex d. cap.1. in principio, Quid sit inuestitura*, & hæc dicitur verbalis, de qua Bald: *in præludio feudor. num. 28.* Item possessio non tantùm verbis, sed traditione etiam transfertur: *l. traditionibus, C. de pactis* solo enim animo non acquiritur possessio, sed corpore etiam: *l.3. §. in amittenda, & l. quemadmodum, ff. d. acquir. poss.* porrò quando verbis tantùm fit inuestitura, si subsequatur fidelitas, cogitur modis omnibus mittere inuestitum in vacuam possessionem: si autem differat, tenetur omnem commoditatem vasallo restituere: habetur *in cap 1. in fine, de noua forma fidelitatis.* Quare huic verbali inuestituræ, quæ alio nomine abusiua, siue impropria nominatur, hic effectus apponitur, vt dominus obstringatur dare possessionem realem vasallo inuestito, nec liberatur ab hoc onere, quamuis resarciat interesse: *cap.1. §. si facta, si de feud. fuer. controuers. inter dom. & agnat. vasall.* Quod tamen limitatur, vt procedat, nisi dominus vni tradat feudum per inuestituram impropriam, aut abusiuam, & postea alium inuestiat, illique conferat possessionem; Tunc enim posterior præferetur: *l. quoties, C. de rei vendic.* quoniam in hoc casu dominus soluendo interesse priori inuestito, liberabitur secundùm Gloss. communem *in d. cap.1. §. si facta, vbi proximè*, vti docet Iacob. de S. Georgio *in inuestitura feudi, in verbis, inuestiuit talem, num.4.*

6. Dico quintò, quamuis inuestitura semper intelligatur sine præiudicio iuris alterius, *cap. quamuis, in fine, de rescriptis, lib.6.* quia Princeps non solet ius alterius diminuere; *l. neque auus, C. de emanc. liber.* tamen inuestitus cui tradita est possessio, præfertur anteriori, cui non fuit tradita possessio, licèt dicatur *saluo iure prius inuestiti*: quia intelligitur, si quod ius habeat; quoniam reseruatio, ius nouum non largitur, sed conseruat: *l. vltima, in principio*, & *ibi* Bald. *de tempor. appell.* atqui per inuestituram impropriam nullum ius primo conceditur: igitur contra inuestitum secundum non potest allegari: ita Isernia, & Aluarot. *in d. § si facta, Si de feud. fuer. contr. inter dom. & agnat.*

7. His adde, inuestituram dici signum necessarium feudi, quia sine inuestitura, aut sine eo quod habetur pro inuestitura, non datur feudum: Gozadin. *in cons. 8. num.8. cons.9. in principio, & 65. num.8. cum seqq.* Bero. *cons.65. num.83. & 115. vol.1.* vbi inuestitura comperit propriè contractui feudi, vt *in tit. quid sit inuest. & in tit. de inuest. de re aliena facta*, vnde feudum declaratur, & probatur per inuestituram: Bald. *in l.1. § sed & si quis, C. de lat. liber. toll.* Afflict. *in cap.1. num. 285. ex quib. caus. feud. amittatur.* vbi ait si quis dicat *Inuestio te de tali Castro*, hoc verbum *inuestio*, importat feudum: Innoc. *in cap. veritatis, de iureiur.* Menoch. *cons.2. num.238.* Est enim inuestitura, iustus & ordinatus modus, quo quis feudum, & eius ius acquirit: Roland. *cons.90. num.27. & cons.100. num.19. vol.4. per cap. primum, de feud. cognit.* quocirca inuestire, vel deuestire, sunt signa, quibus dignoscitur feudum ab aliis contractibus, nimirum à donationibus, & aliis concessionibus: Bero. *in cons.67. num.4. vol.1.* Socin. iun. *cons.76. num.40. vol.1.*

8. Ambigi potest, quando recedi possit ab antiquis inuestituris? Responsio sit, non esse recedendum, nisi ex conuentione partium fuerit expressè actum, quòd recedatur, atque ita dicitur regulariter à prima concessione, & inuestitura non esse recedendum. Quod intelligitur, quando antiqua inuestitura est clara, & manifesta: secùs verò si dubia sit, eò quia inuestituræ veteres dubiæ à nouis claris declarantur, etiam in præiudicium successorum: Ruynus *in cons.108. num.20. lib.2.* & Socin. iun. *in cons.65 num.5. lib.1.* Iuuat responsio Decij *in cons.193. ad finem*, cùm dixit, quòd si antiqua inuestitura non immutetur per nouam, declarari tamen per eam: sequitur Menoch. *cons.202. ex num.33. cum seqq.*

9. Quæritur, contra quem probet inuestitura? Responsio est inuestituram probare contra inuestientem, & inuestitum; non autem contra tertium: ita in terminis respondit Caraueta *in responso pro genero, n.431. & num.432.* & multo clarius Alciat. *in responso 178. num.2. secundùm antiquam editionem Lugdunensem*, consonat Roland. *cons.2. num.21. & num.25. lib.3.* cùm dixit; si quis inuestiatur de aliquibus bonis cum terris, & pertinentiis, non tamen dicendum esse illa bona esse feudalia, nisi aliter constet de iure concedentis: sequitur Menoch. *cons.252. num.11. & 24.*

10. Hinc fit inuestituram factam de Castro cum suis terris, pratis, nemoribus, non probare bona rusticalia, & prædia cultiua esse feudalia: ita Brunus *cons.1. num.1. & 2.* Curt. iun. *in cons.158. col. vltima* Natta *in in cons.213. col.2. & in cons.514.* Bart. *in l. si sic, §.1. de legat. 1.* vbi vult concessionem castri à Principe factam cum suis pertinentiis nihil operari, nisi probetur, quæ, & qualia ibi Princeps haberet; nam res quælibet libera & allodialis præsumitur: quod etiam in Castro Principali, Comitatu, & magis in prædiis rusticis procedit: Menoch. *cons.395. ex num.1.* præsumuntur namque regulariter res esse allodiales, & non feudales; & hoc pro regula traditum est: Nihilominus ab hac præsumptione receditur, quando contrariæ præsumptiones, & coniecturæ pro alia

parte

parte exiſtant: ita Alex. *conſ.129. in principio,lib.1.* Afflict. *in cap.1.num.68. ex quibus cauſis feudum amittatur,* Roland. *conſ.82.num.37.& num.38. lib.2.* Natta *conſ.460.num.4.lib.5.*

11. Sed quid dicendum de caſtro dato cum agris, nemoribus, paſcuis, pratis, & villis? Reſponſio ſit id eſſe intelligendum, quoad iuriſdictionem, non autem dominium, niſi id ſpecialiter declaretur: Brun. *in principio conſilij primi,* Afflict. *deciſ. 267. num. 5.* Curt.iun. *conſ.158.num.31.* Menoch. *conſ.395. num.49. & 50.* vnde non ſequitur; hæc ſunt bona caſtri, ergo ſunt feudalia: vt probat idem Menoch: *ibidem, num. 51. & num.76. & 77.*

12. Nihilominus, quamuis quando generaliter eſt ſcriptum, inueſtitum de caſtro, & pertinentiis, non poſſe dici ſe habere quæ ſunt in territorio, vt feudalia; tamen ſi in ſpecie dicatur cum agris, pratis, piſcinis, prædiis, poſſeſſionibus, & torcularibus, de quibus omnibus ſuſcipit inueſtituram feudalem; colligitur ex his, & ſimilibus verbis, non ſolùm comprehendi iuriſdictionem caſtri eſſe conceſſam, ſed etiam bona omnia in feudum data eſſe: ita Ruyn. *conſ.108. num.41. verſ ex alio quoque, lib.2.* Alciat. *conſ.59 num.4.lib.3.* & Curt.iun. *conſ.184 num.9.* Et multo fortius cenſebuntur eſſe feudalia, ſi conſtiterit inueſtitum bona hæc poſt inueſtituram poſſediſſe, & ad ſuos deſcendentes maſculos fuiſſe tranſlata, neque ex alio titulo ea ſibi acquiſiuiſſe: ita Natta *conſ 460. ex num.8.cum ſeqq.* Menoch. *conſ.85. num.10.& 14.*

13 Quinimò feudalia omnia iudicantur, quando de latitudine prædiorum dubitatur, niſi ſint notæ diuerſitatis; Bald. *in cap. 1. § cum autem, num.4. de controuerſ. inueſt.* idcirco hæc præſumptio reiicit onus probandi contrarium in dominum: *l. ſi emancipati, C. de collat.* tamen ſi vaſallus conueniatur ab alio, nimirum ab Vniuerſitate pro ſupportandis oneribus; & ipſe aſſerat bona eſſe obligata feudo, & ex conſequenti libera ab oneribus cunctis; ipſe tenetur ſuam intentionem probare: ſiquidem reus in exceptionibus agit partes actoris: *l. in exceptionibus, in principio, ff. de probat. cap.1. §.2. ſi de feud. fuer. controuerſ. inter dom. & agnat.* nam ex eo patet, quia omnia bona præſumuntur allodialia, niſi adiuuetur intentio vaſalli aliqua præſumptione: tunc enim facili negotio feudalis res putabitur, vt quis minus obſtringatur, aut ab onere liberetur: Crauet. *conſ.276. num.4. verſ quarto reſpondeo.*

14. Item præſumuntur bona feudalia, quæ ſunt coniuncta Caſtro feudali, cùm ſint acceſſoria caſtro, Curt.iun. *conſ.40. num.10.* Natta *conſ.446. num 1.& conſ. 514. num.26.* Non tamen inde colligas bona contigua rebus feudalibus, eſſe feudalia, Menoch. *conſ.252. num.3. & conſ.395. num.4.* ex Bald. *in cap.1. §. è contrario, num. 2. de inueſtitura de re aliena facta:* ſequitur Montanus *in tract. de finibus regundis, cap. 96. in fine,* præſertim prædia ruſtica, quæ ſui natura ſunt allodialia: Ratio, quia feudum dicitur quædam ſeruitus, vt inquit Gloſſ. *in l. ſi cuius, §. ſi vſusfructus, in verbo oportet, ff. de vſufructu:* item, quia omnis res ob ſuum primæuum ſtatum libera præſumitur: *l. altius, C. de ſeruitutib. & aqua.*

§. VIII.

Quibus rationibus oſtendatur bona eſſe feudalia, & quibus non eſſe ſub finibus feudi, ſed eſſe libera.

EPITOME.

1 *Bona in dubio non præſumuntur feudalia, ſed allodialia.*

2 *Bona feudalia, cùm in dubio præſumantur, quæ ſunt intra fines feudi, requiritur probari exemptio à parte contraria.*

3 *Bona allodialia, & feudalia, quando ſunt commixta, diſcuſſio, vel diuiſio, in quo iudicio, poſſeſſoriône, an petitorio ſit facienda?*

4 *Bona exiſtentia in territorio feudali, ſi nunquam pro illis fuit præſtitum iuramentum fidelitatis, neque homagium, an ſint feudalia?*

5 *Bona empta, quæ non ſunt ſcripta in libro bonorum allodialium, an cenſeantur feudalia; & quid quando inueniuntur deſcripta in inuentario feudalium.*

6 *Bona empta ex pretio rei feudalis intelliguntur feudalia, intercedentibus ſolemnitatibus requiſitis.*

7 *Iuriſdictio ſui natura an præſumatur feudalis, an allodialis.*

8 *Vaſallus recognoſcens generaliter dominum pro bonis omnibus, quæ poſſidet, an per hoc oſtendat concludenter bona, quæ poſſidet, eſſe feudalia.*

9 *Feudum an probetur ex coniecturis.*

10 *Feudum an probetur ex eo, quòd Princeps iuriſdictionem habeat generalem?*

12 *Bona cenſentur feudalia, quando vaſallus oſtendit feudum ſeruitio non proportionatum.*

12 *Bona ſita in territorio, & non ſunt poſſeſſa ab aliis, quando dici poſſunt feudalia?*

13 *Bona eſſe feudalia an probetur per famam, & qualis debeat eſſe fama?*

14 *Bona feudalia ſi quis confiteatur in iudicio, non ob id ſunt feudalia; ſicut recepta vt feudalia, non ſunt propter id talia?*

15 *Confeſſio poteſt nocere confitenti, ſuiſque hæredibus, non autem prodeſſe.*

RESolutio prima: Bona in dubio præſumuntur allodialia, & non feudalia; vt notant Ioann. Andreas *in cap. nimis,* vbi etiam alij, *de iureiur.* Alex. *in conſ.129. in principio, vol.1.* vbi vult bona præſumi libera, niſi verè, vel præſumptiuè probentur eſſe feudalia; eò quia feudalis res dicitur habere quandam ſeruitutem: Gloſſ. *in l. ſi cuius, §. ſi vſusfructus, in verbo, oportet, ff. de vſufructu,* Corn. ſen. *in conſ.75. col. 15.* vbi omnis res præſumitur libera conſiderato ſtatu rerum priori: Roland. *conſ.50. num.76. & n.38. vol.3. & conſ.98. num.11. vol.3.* & priùs *conſ.46. n.38. vol. etiam 3.* Menoch. *conſ.341. num.8.* vbi addit, quando bona eſſe feudalia, an allodialia, eſt in dubio; confeſſioni, ſeu declarationi vaſalli ſtandum eſſe contra ipſum. 1.

Reſolutio ſecunda: Bona feudalia cenſentur, quæ ſunt intra fines feudi, ſi non probentur exempta, atque ita præſumptio libertatis transfert onus probandi in aduerſarium: vt per Bart. *in l. ſi prius, col. 3. verſ. venio ad tertiam partem, de oper. nou. nunciat.* Ruyn. *in conſ.45. col final. vol.1.* Alciat. *in conſ.491. circa finem,* Zaſ. *in præludio feudor. col.9. verſ. item adde.* Vnde quamuis ea, quæ ſunt intra fines feudi, præſumantur feudalia, ſi non probantur exempta; hoc tamen non procedit, quando reperitur conſuetudo præſcripta 2.

in

In castro, seu territorio, quòd tenentes vendant liberè possessiones suas: nam tunc probatio domino incumbit, quòd prædium sit feudale: Rol. *cons.50. n.39.vol.3. & cons.1. n.34 vol.4.* Idcircò omnia bona sita in territoriis, & finibus castrorum feudalium censentur feudalia, vt castra, & oppida; vt testatur Isernia *in cap.1. de controu. inter masc. & fœminam:* Bald. *in c.1. de Capitan. qui curiam vendidit*, Aret. *cons.164. col.2.* Barbat. *cons.54. col.1. & in cons.57. lib.4.* Idem dicendum quando maior pars bonorum, quæ sunt in finibus castrorum, aut oppidorum, fuerint feudalia, cætera erunt feudalia: text. *in cap.1. § quidam*, vbi Isernia, & *ibidem* Afflict. *num.11. vers. secundò nisi: de controuers. inter masc. & fœminam*, prout etiam Curt. iun. *cons.140. num.10.*

3. Resolutio tertia: Bona allodialia, & feudalia, si fuerint mixta, discussio illorum, vel diuisio non est facienda in possessorio iudicio, sed in petitorio, Rolan. *cons.2. n.43. & cons.98. n. etiam 43. vol.3.*

4. Resolutio quarta: Quando bona fuerint sita præsertim in territorio Romanæ Ecclesiæ, si tamen pro illis nunquam fuit præstitum fidelitatis iuramentum, vel hominium, præsumuntur allodialia, non autem feodalia: ita Paul. de Castro *in cons.163. col.1. in antiqua editione.* Parisius *in cons.16. num.19. vol.4. num.18.* nam iuramentum fidelitatis præstari solet per vasallum domino, ratione feudi, præcedente inuestitura, Roland. *cons.52. num.2. vol.3.* & homagium idem est, quod sacramentum fidelitatis, secundùm aliquos, & fit pro aliquo feodo, & interdum homagium sumitur pro illo actu præstationis iuramenti, cum sua solennitate, quæ fit in principio: idem Roland. *cons.44. ex num.5. vol.2. & cons.85. n.62. vol.4.*

5. Resolutio quinta: Bona, quæ non sunt descripta in Catalogo, seu registro bonorum allodialium, præsumuntur feodalia: Andreas de Isernia *in cap.1. in quibus causis feudum amittatur, in additione, in principio*, & *ibidem* Afflict. *num.77.* vnde descripta in libro bonorum feudalium, præsumuntur feudalia, Mantica *de tacitis, & ambig. conuent. lib.23. tit.6. ex num.41.* & à fortiori ita censenda sunt: tamen si contra talem librum opponatur, & pars contraria non contradixerit, nullam fidem facit: ita Menoch. *cons. 395. n.88. vers. septima, & vltima est coniectura, & seqq.*

6. Sed quid dicendum, quando quis ex pretio rerum feudalium coëmit bona aliqua intercedentibus requisitis solennitatibus? Resolutio sexta, præsumi feudalia testatur: argum. *l. Imperator, §. vltimo, cum l. sequent. de legat. 2.* Pari ratione bona permutata cum rebus feudalibus induunt naturam feudi, ex regula, Subrogatum sapit naturam illius cuius loco subrogatur. Et fundus non dotalis, si permutetur cum dotali, alienari non potest, cùm accipiat naturam fundi dotalis: sic in nostro casu. Menoch. *cons.320. ex n.38. cum seqq.* vbi id latè probat.

7. Circa iurisdictionem feudo annexam ambigi potest, an præsumatur allodialis, an feudalis? Resolutio septima sit, feudo finito acquisitam per vasallum iurisdictionem pertinere ad vasallum, & eius hæredes, non autem ad dominum: nam à feudo seiungi potest: ita Bald. *in cap. 1. § è contrario. num.4. de inuest. de re aliena facta*, sequitur Clarus *in §. feudum, quæst.88. in fine.* Cæterùm iurisdictio sui natura considerata in dubio magis censetur feudalis, quàm allodialis: eò quia quoad eam Princeps habet in toto territorio suam intentionem fundatam; Abbas *in c. si diligenti, in princ. de præscript.* proinde iurisdictio magis præsumitur data in feudum, quàm vendita; & ex consequenti magis feudalis, quàm allodialis; nisi aliud constet ex verbis rescripti: Alciat. *cons.12. n.11 lib.3. & cons.13. n.11. & 13. lib.5.*

Resolutio octaua: Vt probetur res esse feudalis, requiritur quòd probatio sit concludens respectu feudi, de quo agitur; quia potest res de qua controuertitur ex alio feudo esse quod ab alio obtinuerit vasallus, & allodium præsumitur, si feudum non probetur: Afflict. *decis.267. ex n.4. ad 7. & in c.1. n.23. vers.5. & vltimo, & n.24. vers. & idem puto, de controu. inter masc. & fœminam:* atque ita recognitio generalis non probat concludenter omnia bona possessa à vasallo esse feudalia, nisi recognouerit omnia esse tam patrimonij bona, quàm feudalia: ita Purpur. *cons. 574. n.3. vers. nam in his, & n.6.* 8.

Resolutio nona circa dubium, an probetur feudum ex coniecturis, si ex aliis arguitur non esse, sic habet: Feudum non probatur ex coniecturis, nec præsumitur, quamuis aliquæ concurrant, quæ accedant ad naturam feudi, quoties ex aliis coniecturis bona allodialia esse ostenditur: Oldradus *cons.158. n.6.* Rolan. *cons.50. n.52. lib.3. & cons.85. n.18. cum seqq. & n.51. lib.4.* Crauet *cons.662. n.199.* Ruynus *cons.18. n.9. & cons.36. n.9. vers. non etiam obstat, lib.1.* Quin etiam, quando coniecturæ non sufficiunt, vt feudum probetur in casu dubio pro allodio pronuntiandum est: Crauet. *cons.293. in fine*, & Purpur. *in cons.85. n.27.* 9.

Sed quid dicendum de bonis, in quibus Princeps habet generalem iurisdictionem? Resolutio decima sit; posse Principem bonis feodalibus habere generalem iurisdictionem, & de hoc nemo dubitat; vt tradit Bero *cons.65. n.31. lib.1.* Nihilominus feudum non probatur ex eo, quod Princeps generalem habeat iurisdictionem: Oldradus *in cons.159.* & alij quos referens sequitur Rolan: *cons.1. n.68. lib.4.* & Card. Mantica *de tac. & ambig. lib.23. tit.7. n.7.* 10.

Resolutio vndecima: Bona omnia vasalli censentur feudalia, quando ipse ostendit feudum seruitio minimè proportionatum, aut quando requisitus non vult ostendere dummodò dicatur in Inuestitura, *Inuestimus te de castro, & pertinentiis:* nam castrum licèt videatur dumtaxat feudale, tamen ne verbum, *pertinentiis*, fiat illusorium, vasallus non satisfacit; & ideò locus est præsumptioni: secùs, quando vasallus castrum cum aliquibus rebus designat, tunc enim intelligitur satisfacere: Bellon. *cons.10. num.12.* Item feudatarius, qui fatetur se vasallum, tenetur domino indicare bona feudalia, quæ ab ipso habet: quòd si recuset ostendere, omnia bona præsumuntur feudalia: ita Chassao. *in consuet. Burgund. pag 430. in princ. vers. quid autem.* Bald. *in l. instrumenta, col.1. vers. quæro an feudatarius, C. de fideicommiss.* & alij, quos sequitur Roland. *cons.66. num.7. & sequent.* per hæc verba ex Ioann. de Platea *in l.11. C. de fund. limitro. lib.11.* vbi docet vasallum confitentem se feudatarium teneri iure actionis, & ex vi contractus ostendere domino limites feudi: nam eo ipso, quòd fatetur se vasallum, non potest esse sine feudo: *cap.1.* vbi Bald. *de vasall. qui contr. constit. Lotha.* ideò si non ostendat confinia feudi domino, omnia bona præsumuntur feudalia: Alber. de Rosa *in l. certis annis, C. de pactis:* dicens si aliquis est affictabilis, emphyteuta, aut vasallus meus; & ab eo petam vt indicet possessiones pro quibus soluit affictum, vel seruitium, teneri indicare: Rebuffus *tom.2. Regi. constit. in tit. de constit. fol.438. num.12.* & Ripa *in responso primo, n.5. in tit. de restit. spoliat.* 11.

Vnde si exhibeat aliqua bona feudalia, quorum æstimatio habeat proportionem cum seruitio præstando, præsumuntur bona omnia esse feudalia: Isernia *in cap.1. de controuers. inter masc. & fœminam.* Quare, si seruitium esset decem aureorum, & vasallus vellet ostendere territorium, reddens fructus decem ducatorum, non liberaretur; cùm non daretur proportio seruitio idonea; & quia dominus in hoc

euentu posset asserete omnia bona immobilia' possessa à vasallo esse feudalia; nisi ostendat illa hona esse allodialia: Nam requiritnr, qnòd bona feudalia sint ptoportionata seruitio decem aureorum; qnòd vasallus exhibeat, ostendátqne fundum, ant prædium pendens annuatim viginti aureos: Afflict. *in cap.1. nnm.30. vers.2. conclus. de contron. inter masc. & fœminam*, Hæc antam proeedunt, nisi ptohabilem vasallus habeat igoorantiam: ita Card.Mant. *de tacit & ambig lib.23.tit.6.n.5 & 9.* vbi id deelarat.

12. Resolutio duodecima: Bona sita in aliquo territorio, quæ ah aliquo non snnt possessa, censentur feudalia; si agitur inter dominnm, & vasallum; præsertim si specialiter sint expressa, & certia finibus circumscripta. Primam partem tradnnt Ruynus *cons.22.num.7. & cons.26.num.etiam 7. & cons.40. num.13. lib.1.* Paris *cons.27.num.14.* & Decius *cons.517. num.9.* Secundam partem, quando hona specialiter snnt expressa, & certis finibus circumscripta, volunt Bald. *in cap. 1. §. sacramentnm, vers. nam dum consitetur, de consuet.rect. feud* Alex. *cons.29. num.14. vers. tamen interim præsumuntur, lib.5.*

13. Resolutio decimatertia: Bona aliqua esse feudalia pet famam probati possunt: ita Alex. *in cons.15.n.7. lib.5.* Iason *in l si priùs, nnm 42. ff. de operis noui nunciatione*, Decius *in cons. 269. num.4.* Batha. *in cons. 18 nnm.37. & num.41. lib.2.* Natta *cons 460.num.17. lib.2.* & Aleiat. *de præsumptionibus regula 2. præsumptione 3. num.3. vers fallit secundo.*

Cæterum, vt per famam pateat bona esse feudalia, Primò opus est, vt fama vageinr per maiorem partem hominum loci; nec satis est, quòd testes dicant se audiuisse hoc à tali, vel tali homine? provt in terminis vult Curt.seo. *in cons.83. Deus pius, col. pen. versiculo, tertiò, quia.*

Requiritur secundò, quòd fama haheat principium à personis fide dignis, vt per Bart. *in l. de minore, §. plurimum, num.15. ff. de quæst.* quem secuti sunt Paris. *in cons.23. num.265. lib.1.* & Crauet. *cons.249. col. vltima vers item in casibus.*

Tertiò opus est, vt testes deponentes reddant rationem suorum dictorum; qnamuis de ratione non interrogentur: Alex. *cons.136. num.9. lib.1.* & Afflict. *decis.277. & decis.361. nnm.34.* vhi ita fuisse iudicatum refert.

Quartò reqnititnr, vt testes de ipsa fama deponentes, sint omni exceptione maiores: ita Crauet. *cons. 449. num. 14.* Non tamen dicuntur esse omni exceptione maiotes testes subditi ad famam probandàm; quia requiritur vt sint tales, quòd nihil illis opponi possit: vt tradunt Cnrt.sen. *in tract. de testibus, conclus. 34. & 35.* Decius *cons.163. col.5. vers.8.* & Socin iun. *in cons.39.num.60. & 62. lib.2.* & Menoch. *cons.191. ex num.63. cum sequentib.*

14. Resolotio decimaquarta: Si qnis confiteatnr in indicio bona esse feudalia, non propterea fiunt feudalia: ita Curt.inn. *in cons.41. num.15.* ideò illa confessio absolotè non nocet, vt præsumantur illa bona supposita esse feudo. Non est tamen negandnm, qnòd confessio ista potest nocere hæredibus, & successoribus; non tamen prodesse: Alex. *cons.69. lib.5.*

15. vhi suhdit, quòd si quis recognoscat ah aliquo bona propria pro fendalibus, & ab eo etiam capiat inuestituram; non tamen id efficere illa esse oh id feudalia, quamuis confessio contra ipsum confitentem probet: per *l. cum precum, C. de liberal. causa*: & sicut confessio ah ipso confitente improbari nequit, *l. post mortem, ff. de adoptionibus*, Decius *in cons.454. n.6.* sic etiam dicitut improhari non posse à successoribus: *l. cùm à matre, C. de rei vendic.* tamen confessus contrauenire potest confessioni erroneæ, hoc est factæ per errorem: ita Menoch. *cons.1. num.100. vers. respondetur & secundò: & cons.191.n.57. cum seqq.*

Suffragatur supradictis, confitentem bona sua esse supposita fideicommisso, cùm non sint, sibi non ptæiudieare: vt respondit Socin.iun. *in cons.112. n.2. & 3 lib.1.* & alij, quihus adhæret Menoch. *cons. 288. n.42 fol.504. & cons.252.n.16. fol.314.* vhi idem tradit de confitente in indicio bona esse feudalia, quæ oh id non efficiuntur talia: post alios.

§. IX.

Ad quem, & quotum gradum extendatur feudorum successio.

EPITOME.

1 *Descendentium appellatione, quamnis veniant masculi, & fæmina, id non procedit in omni materia.*
2 *Descendentium appellaione non veniunt in feudum, nisi masculi.*
3 *Gradus in successionibus compntantur iuxta ius Ciuile.*
4 *Successio feudorum de iure hodierno nouissimo ad omnes masculos per virilem sexum descendentes, extenditur in infinitum.*
5 *Descendentes procreati, seu concepti post fendi inuestituram, ad successionem admittuntur.*
6 *Feudum, quod cœpit transire ad descendentes, quamuis decursu temporis ad collaterales veniat, extenditur in infinitum etiam ad millesimum gradum.*
7 *Descendentes etiam in feudo Ecclesiastico succedunt in infinitum, qnando illud à primo inuestito ad descendentes peruenit.*
8 *Agnati transuersales descendentes ex descendentibus à primo acquirente secundùm communem non succedunt in fendo antiquo, nisi vsque ad septimum gradnm; & cur?*
9 *Fendum antiquum vt transeat ad agnatos transuersales in infinitum, quid requiratur.*
10 *Collaterales in feudo nono an snccedant, & quid in feudo paterno?*
11 *Collaterales in regno Neapolitano vsque ad tertium gradum inclusiuè succedunt.*

QVæstionis est, quinam veniant appellatione Descendentium? Respondetur venire omnes 1.
in infinitum: vt prohat *l. vltima C. de suis, & legitimis:* Alex. *cons.56. col.1. lib.1.* & Socin. sen. *cons.51. col.1. lib.4.* & Decius *cons.229. num.2.* Menoch. aliis relatis *cons.85. n.2 & cons.88. n.10. & cons.231. n.88.* Nihilo- 2.
minus, quamuis appellatione descendeotium veniant masculi, & fœminæ; tamen id non habet locum, si subiecta materia aliud suadeat. Vnde quando agitnr de feodo, appellaiione Descendentium non veniunt fœminæ, sed masculi, exclusis fœminis: *c. Titius, Si de feud. fuer. controu. inter dom. & agnat.* Paris. *cons.72. n.7. vol.4.* non secùs ac in successione primogenituræ, vhi appellatione Descendentium non veniunt fœminæ, sed masculi: Rolan. *cons.58. ex n.24. cum seqq. vol.3.*

Porrò gradus in snccessionihus feudorum debent computari secundùm ius ciuile, siue succedentes sint 3.
desceodentes, siue collatetales, eo modo quo ab intestato hæreditates defetuntnr: Andreas de Isernia *in c.1. §. hoc quoque, n.21. qui feudum dare possunt*, Bald. *in c.1. §. & quia vidimus, n.20. in fine, eod. tit.*

De iure ergo hodierno successio feudorum ad omnes masculos, per virilem sexum descendentes 4.
vsque in infinitum extendunt: *c.1. §. & quia vidimus, cum seqq. & §. hoc quoque sciendum, Qui feudum dare possunt.* Quod intelligitur, si feudnm ast paternum,
vel

vel antiquum,provt dicitur *in cap.1. §.1. de nat ſuc.*
*feud.*vbi omnes per maſculos venientes etiam ex la-
tere vſque in infinitum admittuntur, quando feu-
dum eſt paternum: eò quòd intelligitur feudum
omnibus conceſſum per virilem ſexum maſculis de-
ſcendentibus:*cap.1.§.1. de nat.ſucceſſ feud.*ita Couar.
lib.3. variarum reſol.cap.5. num.4. verſ.quinto, poſt
alios.

De deſcendentibus procreatis etiam poſt feudi
5. inueſtituram, dicendum eſt illos admitti ad ſucceſ-
ſionem in infinitum,vt vult Purpur.*conſ.346.ſub n.1.*
6. nec de hoc ambigitur.Idem dicendum eſt de feudo,
quod cœpit tranſire ad deſcendentes, extendi ſcili-
cet in infinitum etiam ad milleſimum gradum,
quamuis poſtea ad collaterales deſcendat, vt ſcribit
Menoch. *conſ.61. num.34.* poſt alios, *ex cap.1. §.hoc*
quoque, Qui feudum dare poſſunt,& cap.1.ſi vaſ.feud.
priu. quem textum Bald.*in cap.1. num.6. verſ aut feu-*
dum,de feud.Marchia,Couar.*in Epito.de ſucceſſione ab*
inteſtato,num.12. & alij,quos referens ſequitur Card.
Mant.*lib.23.tit.37.n.7.*

7. Similiter iudicandum de feudo Eccleſiaſtico,
quod tranſit ad deſcendentes vſque in infinitum;
quod eſt verius,quàm quod tradit Bald.*in authen.de-*
functo,C. ad Tertull. dicens filios, & nepotes tantùm
ſuccedere,niſi aliud actum ſit: *§.emphyt. in authen.de*
non alien. Sed verius eſt omnes deſcendentes admit-
ti in infinitum, quoniam conſuetudines feudorum
etiam procedunt in perſonis Eccleſiaſticis:*ex cap 1.*
§.beneficium,Ex quib.cauſ.feud.amitt. Curt.iun.*de feud.*
2.p.tertia partis,in princ.n.1.

Quinimò extenditur, vt habeat locum, quòd de-
ſcendentes in infinitum ſuccedant in feudo,non ſo-
lùm maſculi;ſed etiam fœminæ;quando maſculis &
fœminis fuerit conceſſum: provt vult Paul.Caſt. *in*
l.etiam,num.4. verſ.& in feudis, ff.ſol.matrim. per *c.1.*
§.beneficium, In quib.cauſ.feud.amitt. Inſuper quando
dicimus deſcendentes vſque in infinitum ſuccedere
in feudo, intelligendum eſt, quando feudum à pri-
mo inueſtito cœpit deſcendere ad deſcendentes: vt
notat Couar *in epito.de ſucceſſ.ab inteſtato,num.12.* &
Craueт.*conſ.679.num.8.*

8. Sed quid dicendum de agnatis deſcendentibus ex
deſcendentibus à primo acquirente? Dicendum eſt
agnatos tranſuerſales deſcendentes à primo acqui-
rente,ſecundùm communem,non ſuccedere in feu-
do antiquo, niſi vſque ad ſeptimum gradum,quan-
do feudum primordialiter tranſitum fecit de primo
acquirente,in tranſuerſales:ita Alex. *in l.certum, col.*
*1.*Iaſon *ibi,col.1. verſ.quarto fallit,& col.2.verſ.ſecundò*
principaliter intellige,C. vnde legit. vbi docet ita com-
muniter teneri videlicet agnatos tranſuerſales de-
ſcendentes ex deſcendentibus à primo acquirente
in feudo antiquo non ſuccedere, niſi vſque ad ſe-
ptimum gradum. Idem voluit Iaſon *conſ.114. col.3.*
verſ.item quòd dictus, vol.1. vbi citat Bald. *in cap.1.*
col.2.de feudo Marchia, dicentem, ita communiter
teneri:& alij,quos referens ſequitur Rolan. *conſ.35.*
num.22.vol.3.

Nihilominus hoc non habet locum in ſucceſſio-
nibus Comitum, & Baronum; quia hi admittuntur
in infinitum,eſto,ſint collaterales: ita Bald.*in cap.1.*
num.6.de feudo Marchia,Decius *conſ.85.col.2.*Couar.
in Epito. de ſucceſſ. ab inteſt. num.12. Roland. *conſ.31*
num.10. lib.1. Menoch. *d.conſ.61. num.35.* & multo
fortiùs, quando feudum eſt paternum, & cœpit
tranſmitti ad deſcendentes primi acquirentis, tunc
omnes deſcendentes admittuntur in infinitum;
quamuis feudum non ſit dignitatis. Contra verò,ſi
feudum non tranſiuit ad deſcendentes primi ac-
quirentis: in hoc euentu, quamuis feudum ſit di-
gnitatis, non admittentur collaterales vltra ſepti-
mum gradum,vt dictum eſt:Bald.*d cap.1.n.6.in verſ.*
aut feudum de acquirente,de feudo Marchia, vbi loqui-
tur, quando feudum tranſiuit de acquirente ad eius
deſcendentes: quòd ſi feudum ab acquirente tranſ-
eat ad collaterales ex pacto, vel ex aliis cauſis; tunc
ſubdit Bald. quòd non progreditur vltra ſeptimum
gradum: vt *in d.cap.1. §.hoc quoque, Qui feudum dare*
poſſunt.

Cæterum ex dictis patet, vt feudum antiquum 9.
tranſeat ad agnatos tranſuerſales in infinitum,opus
eſſe ſecundùm communem,vt primordialiter tranſ-
eat in deſcendentes,& deinde in tranſuerſales: Ro-
land.*conſ.32.ex n.27.vol.3.* Cardin.Mant.*d.lib.23.tit.*
37.ex n.7.cum ſeqq.& ex n.12.vſque ad n.20.

Collaterales autem in feudo nouo,ſeu tranſuer- 10.
ſales non ſuccedunt, niſi nominatim id exprimatur:
c.1. §.cum vero Corradus, verſ ſin autem, Qui feudum
*dare poſſunt,& c.1. in fine, de ſucceſſ feud.*adeò quòd ſi
vnus tantùm ex fratribus de feudo inueſtiatur, de-
ſcendentes alterius nequeunt in eo feudo ſuccedere:
eò quoniam,quoad ipſum fratrem cenſetur feudum
nouum: *cap.1.in fine,de ſucceſſ. feudi.*Similiter poteſt
dici,quando feudum fuerit acquiſitum nomine pro-
prio,& fratris;Ruinus *conſ.12.num.1.lib.1.* Si tamen
feudum fuerit paternum,& antiquum, ſucceſſio vl-
tra patrueles non extenditur, attento vſu ab anti-
quis obſeruato: nouiſſimo autem tempore vſque ad
ſeptimum gradum porrigitur, excluſiuè; vt notat
Iſernia *in cap.1. §.hoc quoque ſciendum, Qui feud dare*
poſſunt,n.22.

In Regno denique Neapol. ob ſpecialem conſti- 11.
tutionem collaterales ſuccedunt vſque ad tertium
gradum incluſiuè: idcirco vlteriores agnati, quam-
uis planum ſit illos eſſe deſcendentes ex primo in-
ueſtito,non admittuntur:Afflict.*in c.1.num.12.ſi vaſ.*
feud. priuileg. Quòd ſi non conſtet, onus probandi
competit illi, qui tradit ſe eſſe ex deſcendentibus
primi acquirentis; & actore non probante reus ab-
ſoluitur:Zazius *in Epitome feud.p.8.n.1.in fine,& 5.ex*
l.ei qui, ff.de probationibus.

LIBER NONVS.

De iure Primogenituræ, & de obligationibus succedentium in Maioratibus.

DISPVTATIO XVIII.

De origine Maioratus, déque iure illius; & qui possunt Maioratum efficere.

§. I.

De origine,&nominatione Maioratus.

EPITOME.

1 *De nomine & origine maioratus.*
2 *Maioratus quid sit, & quot nominibus appelletur.*
3 *Ius primogenituræ vndenam principium habeat, à diuinóne iure; an ab humano, an de iure naturæ?*
4 *Maioratus pro iure Primogenituræ sæpe vsurpatur; & verbum Maioratus non est apud Latinos, sed apud Hispanos in vsu.*
5 *Definitiones Maioratus quis melius assignet?*
6 *Maioratus Hispani an conueniant cum Primogeniis Galliæ,& Italiæ.& qualiter differant?*
7 *Primogenituræ ius apud exteros, tanquam Legitima defertur.*
8 *Ius primogenituræ,an vendi possit viuente patre?*
9 *Ius primogenituræ, an habeat in feudis, maximè Francorum moribus,locum?*
Et an hoc ius possit renuntiari?
10 *Ius primogenituræ,an possit præscribi?*
11 *Ius primogenituræ, an inter nobiles tantùm reperiatur,& an competat filio viuente patre.*
12 *Ius primogenituræ, an deferatur iure hæreditario, & an transmitti possit?*
13 *Ius primogenituræ ex quibus bonis, mobilibúsne, an immobilibus constituatur?*

1. AVCTORE Tiraquello *in tract. de primog. in principio*, Primigeniorum antiquitas obseruatur:&*q.40.num.45.* traditur ab eodem ius Primogenituræ venire iure naturæ:*l.cum ratio, ff.de bon. damn. & l. scripto.ff.vnde liber.* Teste tamen Modern. Auct.*in consuetud.Paris.p.1.§.8 gloss.3.num.1.vbi num.2.*vult ius primogenituræ ortum habuisse à iure gentium antiquissimo; sequitur Baldum *in l. cum in antiquioribus,n.15.C.de iure delib.*

2. Nihilominus hoc nomen *Maioratus* apud Hispanos communi vsu loquendi sumitur pro iure primogenituræ frequenter, neque apud Latinos Scriptores reperitur: alio nomine dicitur *Maioria*, seu *Maioricatus*, hoc est vinculum perpetuum relictum à patre, vel à matre; aut ab aliquo extraneo cum onere non alienandi bona vinculata, vt ad maiores natu deueniant in infinitum: Ant.Gomes.*l.40. Tauri,in pr.* Molina *de primog.c.1. ex n.1.cũ seqq.lib.1.*

Ius ergo primogenituræ habuit ortum de iure naturæ, & de iure gentium, nec non iure diuino, vt habetur *Genes.cap.25.27. & 43. & Deuter.cap.21.* Stapbileus *de literis gratiæ, in particulari tract.* & Ioann. Licol. *num.32. cum seqq.pag.411.* qui plura tradit ex sacra pagina, & refert inter alia priuilegia nonnulla primigeniorum. Nam de iure diuino, Primogenitus præferebatur aliis fratribus: sedebat ad dexteram Patris: duplicatos cibos recipiebat: diebus festiuis veste pretiosa vtebatur: Benedictionem paternam in articulo mortis recipiebat: nec non maiorem partem hæreditatis: vt textus,& *ibi* Gloss. Archid. & communiter Scribentes *in cap. quam periculosum, 7. quæst.1.* Ioann. Andr. *in cap.licet, de voto,* Ioann. le Cirier,*in tract. de primogenitur.quæst.1.& 2. & 3.* idem Gomes. *vbi supra:* Ex quibus patet Ius primogenituræ iure naturæ, & consuetudinario, & etiam iure diuino esse approbatum: Pelaez *de maioratu,in principio prima partis,num.16.*quin etiam iure Canonico,vt cauetur *in d.cap.licet,de voto,* & Abbas *in cons.3.& 4.lib.2.* 3.

Constat item ius primogenituræ, seu primogenium,eandem vim habere,quàm nomen Maioratus apud Hispanos duntaxat vsitatum. Apud Italos,aut Gallos Primogenia vocantur, iura primi & maximi natu filij: Tiraquell.*de iure primig.num.3.* post alios *cum seqq.*& Molina.*d.c.1.n.6.* 4.

Cæterum inter alias definitiones, quæ competunt naturæ primigeniorum illa est, quæ definit rem secundùm propriam naturam: quamuis aliquando,ex accidenti deficiat: vt probat Gloss.& Albericus *in l.omnis definitio,ff.de regul.iuris,* Bart.*in l. 5, num.2. ff.de testamentis,*Bald.Nouel.*de dote,col.2.* esto Alciatus *lib.6. Paradoxorum* contradicat *in cap.nono.* Cuius opinio non procedit, quando ea, quæ contra definitionem proponuntur, sunt præcisè aduersùs naturam rei definitæ,& quæ non facilè contingunt. Quare apud Hispanos illa probatur definitio, quæ sic habet: Maioratus est ius succedendi in bonis ea lege relictis, vt in familia integra perpetuò conseruentur, & proximo cuique primogenito deferantur ordine successiuo. Gomes. tamen *in d. l. 40. Tauri*, sic ait: Maioratus est quædam dignitas; & prærogatiua cum successione, quam habet primogenitus in cognatione sua: quæ definitio pro maiori parte vera videtur,& teneri potest vt congrua, cùm contineat substantiam definit: Pelaez *de maioratu, in principio num. 4.* dicit communi vsu loquendi, Maioratum apud Hispanos vocari, quod apud Italos, aut Gallos Primogenitura, siue Primogenium nuncupatur,& esse in substantia,quoddam prælegatum studio conseruandæ memoriæ à patre, vel matre institutum. Et sic definit: Maioratus, est quoddam vinculum perpetuum relictum à patre, vel matre, vel ab alio extraneo, onere adiecto, quòd bona titulo maioratus relicta indiuisibilia, & inalienabilia sint,& vt ad maiores natu deueniant, & vt tandem bona vinculata perueniant ad successores in infinitum. 5.

Porrò

6. Porrò, quamuis in aliis prouinciis extra Hispaniam nonnullæ fiant bonorum patrimonialium dispositiones, quæ cum maioratibus conueniunt, vt tradit Tiraquell. *de primogenitura*, q 61. *n.* 2. & q. 87. *num.* 7. Anctor *in consuetudines Paris.tit.* 1. §. 8. *gloss.* 5. *num.* 14. quos referens sequitur Molin. *lib.* 1. *de primog.cap.* 1. *num.* 28. & 39. Nihilominus non est dubium dispositiones, ac leges circa primogenia Hispaniæ, non solùm Hispanis, sed etiam aliis Nationibus esse valde vtiles.

7. Illud verò non est prætermittendum, ius primogenituræ apud exteros, vti Legitimam deferri: Pelaez *de maioratu*, 2. p. q. 4. *illat.* 1. *n.* 16.

8. Quæri tamen potest, an patre superstite adhuc vendi possit ius primogenituræ? pars affirmans exemplo Esaü & Iacob confirmatur, & esse validam huiusmodi venditionem de iure naturali tradit Bart. *conf.* 72. *Ex facto proponitur*, *col.* 3. non tamen de iure ciuili: Ratio, quia esset pactum de futura successione: sequitur Imola *in l. stipulatio hoc modo concepta, col.* 2. *vers. aduerte tamen*, & ibi Romanus *col.* 7. *vers.* 3. *conclusio*, *ff. de verborum obligationibus*. Quare absolutè dici potest sine distinctione ius primogenituræ posse vendi, vt fecit Iacob: *Genes.* 25. & fit mentio *ad Hebraeos, cap.* 12. & *in decreto in cap. quam periculosum*, 7. q. 1. & *in § item opponitur*, 12. q. 2. per Gloss. *in l. quoties, in principio, ff. de hered. instit.* & *in cap. Ecclesia vestra*, el 2. *in verbo, adijcere, post principium, extra. de electione*: quam partem secuti sunt Anchar. & Panor. *in cap. licet, de voto*, Oldradus *cons.* 224. *isti sunt allegationes, col.* 9. *vers. allegauit secundo*. Idcircò omnes concordant posse vendi ius primogenituræ etiam patre superstite, vt constat ex venditione ab Esau facta viuente patre, vt expressè vult Angel. *in d. l. stipulatio hoc modo concepta*, & Iason *in l. pactum, ff. de pactis*. Nec obstat Bald. *in l. cum in antiquioribus, col. penult. vers. secundo sic, ius quod non est, C. de iure deliberandi*, dicens id ius primogenituræ non esse cessibile, quia ius ætatis cedi non potest, secundùm quod non solum patre viuente non potest hoc ius cedi, sed etiam nec patre defuncto: quia vtrobique militat eadem ratio. Ideò ne destruatur opinio dicentium hoc ius posse cedi post mortem, & etiam ante mortem; dicendum est iura prohibentia pactum de futura successione habere locum, quando pactum fit cum extraneis: secùs si fiat cum fratribus, consentiente eo de cuius successione agitur: per *l. vlt. C. de pactis*, consonat Specul. *tit. de pact.* §. *instrumentum, post principium*, & Angel. *in d l. stipulatio hoc modo concepta, in sexta fallent.*

9. Ambigi etiam potest, an ius primogenituræ habeat locum in feudis maximè Francorum? Responsio est affirmatiua: & ideò in feudis filius primogenitus censetur vasallus etiam patre viuente. Accedit namque ius primogenituræ ad naturam feudi, & feudum aliquando defertur ad primogenitum; prout notatur *in cap præterea ducatus, tit. de prohibita feud. alien. per Feder.* Et quemadmodum pater in feudo paterno, & antiquo, nequit nocere filio, vt *c. t. de success. feudi*; sic etiam non potest præiudicare in iure primogenituræ. Ex quo venit iudicandum esse de primogenitura secundùm naturam feudi. Quare cùm de natura feudi excludantur furiosi, & dementes; eodem modo non admittuntur ad primogenituram; Paulus Paris. *conf.* 72. *num.* 74. *lib.* 4. & Socin. *in nostra principali qu.* cum ea tamen limitatione, nisi aliter consuetudo interpretaretur: per *cap. cum dilectus, de consuetudine*, & per *cap. mulier, tit si de feud. fuer. controuers.* Consuetudo enim est optima legum interpres, Menoch. *conf.* 31. *num.* 44. & *conf.* 190. *num.* 21. Mendez à Castro *in praxi Lusitana, lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 12. Camill. Borrell. *in summa omnium decis. tit.* 14. *num.* 88. & habet vim parem cum lege: Guido *sing.* 803. Bernar. Greuz. *ad practicam Cameræ Imperial. lib.* 1. *conclus.* 36.

An verò ius primogenituræ possit renuntiari? Ratio dubitandi est, quia hoc ius est quædam naturalis qualitas, quæ personæ inest; Aretinus *in conf.* 164. *col.* 5. *vers. sed his tamen non obstantibus*, & Socin. sen. *in conf.* 252. *col.* 6. *vers. ponderanda est*, *lib.* 2, secundùm quos, primogenitum esse, beneficium est ætatis, quod alteri concedi non potest, cum ætas sit quid personalissimum, quod cum persona extinguitur: Menoch. *conf.* 97 *num.* 55. & 56. & *conf.* 220. *num.* 103. & *sequent.*

Dico ergo primò, primogenitum, si habeat filios, non posse renuntiare iuri primogenituræ in præiudicium filiorum: ita *ex l. si quis filium, C. de inoffic. testam* respondit Bald. *in conf.* 389. Menoch. *conf.* 211. *num.* 15.

Dico secundò, non habentem filios posse renuntiare huic iuri, & renuntiatione facta, ius illud ad secundogenitum eo ipso deuolui: *l.* 1. §. *assignare, ff. de assig. libert.* & *cap.* 1. *an filij, vel agnati*, & copiosè Tiraquell. *in tract. primogen. quæst.* 3. & *quæst.* 40. *num.* 187. subdens primogenitum renuntiantem iuri, non efficere locum secundogenito; sed eo ipso secundogenitum succedere in iure primogenituræ: fient sublato patre per mortem naturalem, eius filius primogenitus succedit in iure primogenituræ: & priùs *quæst.* 26. *per totam*, Pelaez 3. *part. quæst.* 18. *num.* 10. & 13.

Sequitur sequens quæstio, an ius primogenituræ præscribi possit? Affirmat Socin. *conf.* 47. cuius hoc caput est: *Ex facti narratione, & dubijs, in* 4. *q. lib.* 3. vbi tradit posse præscribi ex eo, quia regulariter in prohibitis datur præscriptio, nisi expressè interdicatur: *l. vlt. C. de prescrip. long. temp.* Item, quia hoc ius primogenituræ potest vendi, & cedi; igitur & præscribi: argumento *l. alienationis, ff. de verborum significat.* Sufficiet autem præscriptio triginta annorum ad hoc ius præscribendum cum bona fide: Andreas de Isernia *in cap.* 1. §. *præterea ducatus, col.* 1. *vers. his deficientibus, tit. de prohibita feudi alienat. per Feder.* vbi vult ad id requiri scientiam, & patientiam aliorum fratrum: per Gloss. & Innoc. *in cap. cum dilectus, de consuetudine*, & ante illum Socin. *supra*, duplici ratione. Prima est, quia procedit sine titulo: & hoc modo non sufficit spatium longi temporis, sed requiritur longissimum, videlicet triginta annorum: *l. sicut, C. de prescript.* 30. *annor.* & deducitur *ex cap. si diligenti, de præscript.* Secunda est, quia non nisi hoc tempore in feudo præscribitur: Tiraquell. *supra, q.* 30. *num* 6. ergo idem dici debet de iure primogenituræ propter similitudinem, quæ reperitur inter vtrumque: Tiraquell. *supra q.* 23. *a.* 10. *vers.* 3. *ratio.* Ad hæc, dubitatio annecti potest, an ius primogenituræ reperiatur tantùm inter Nobiles, & an competat filio viueote patre? Quoad primam partem, Tiber. Decian. *respons.* 33. *num.* 82. *lib.* 1. affirmat: sed ex hoc non sequitur, quòd rustici diuites, & maioratum possidentes efficiantur nobiles, vt per Tiraq. *de nobilit. c.* 7. *num.* 9. Auendan. *in l.* 6. *tit.* 18. *gloss.* 1. *part.* 2. *num.* 1. *fol.* 138. Conferunt tamen diuitiæ ad nobilitatem; sed non nobilitant: secundùm Bart. *in l.* 1. *C. de dignitat lib.* 12. *n.* 47. Tiraq. *de nobil. c.* 3. *a.* 13. Fulnius Pacian. *in tract. de probationibus, lib.* 2. *cap.* 26. *ad finem, fol.* 101. 10

Integrum tamen est cuilibet, etiam si non sit nobilis, constituere maioratum, cùm sit de genere permissorum: quia de iure naturali potest quis disponere de rebus propriis; prout voluerit, §. *singulorum Instit. de rerum diuisione*, §. *quod verò, Instit. de iure natur. gen.* & *ciuil. l. ex hoc iure, ff. de iustitia & iure* 11

quinimò est de iure diuino; vt probat *l.1. tit.18.p.3.* ibi: *Señorio es poder, que home ha en su cosa de fazer d'ella, e en ella, loque quisiere segun dios, & segun fuero*; non tamen est negandum nobilitatem absque diuitijs facilè amitti, & difficiliter conseruari: *l. ad subeunda, C. de Decurionibus lib. 10. l.2. C. de praed.* Otalora *in tract. de nobilitate, part.2. cap.3. num.4. fol.14.* & propter paupertatem nobilitas obscuratur, ne dicam, sordescit: *l. ab omnibus, in princ. ff. de legat.1.* Menoch. *cons.51. num.27. lib.1.*

Quoad secundum dubium, ius primogenituræ viuente patre competit filio, Ruyn. *cons.19. num.3. & 4. lib.1.* ita vt filius Regis, vel Comitis, etiam viuente Rege, vel Comite, Rex, & Comes appelletur: vt probatur *ex cap. vltimo*, vbi Gloss. *14. quaest....* tradunt Bolognuinus *in secundu interpretat.* per text. *in l. cum quasi. §. plerumque, ff. de fideicommissar. libert.* & Ioanno. le Cirier, *in tract. de primogenitura lib.1. q.14. fol.27. col.1.* & alij, quos referens sequitur Tiraquell. *de primogenitura quaest.33. num.1.* nec non ante illos, Abbas *in cap. licet, de voto, num.8. vers. sed dubium est.*

Idcirco eo ipso, quòd primogenitus natus est; sibi & posteris ius primogenituræ, veluti occupatione, vendicauit tam firma & certa spe, vt nec à patre quidem, nec à Principe ipsi possit auferri. Quare nec sibi præmatura mors obest, quin, & posteri illius suum ipsius locum retineant. Quam resolutionem comprobat Bellamera *decis.714. col. penult. vers. ad septimam rationem*, dicens, quòd quamuis primogenitus decedens ante euentum conditionis, capere non possit; loco tamen illius, filius capiet: Menoch *cons.211. num.58.* & prius *cons.106. num.158. lib.2.* Vnde constat eo ipso, quòd primogenitus nascitur statim spem immutabilem acquiri: ad quod plures refert Molina *de primog. lib.2. cap.6. num 37. fol.51.*

12. Quæri etiam potest, an ius primogenituræ defferatur iure hæreditario, & transmitti possit? Bipartita est quæstio: Oldrad. *cons.94. col.3.* tradit ius primogenituræ deferri iure hæreditario: sequitur Lucas de Penna *in l. si quis in sacris, ante finem, C. de proxim. sacror. scrin. lib.12.* Anchar. *in cap. licet, de voto*, Tiraquel. *de primog. q.23. num.5. & q.35. per totam*, Anton. Gomes. *in l.40. Tauri, num.72. in principio*, & alij quos sequitur Simancas *de cathol. instit. c.9. n.261.*

Deferri autem non iure hæreditario, sed iure sanguinis, volunt Alex. *cons.50. num.15. lib.1.* Catdin. Alexandrin. *in cap.1. col.4. vers. tertio deducitur, de feudo Marchiæ, in vsibus feudor.* Ratio, quia Maioratus non ab vltimo possessore, sed à primo institutore deferuntur: *l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulgar. & pupil.* atque ita nullo modo iure hæreditario capi potest, sed iure sanguinis ab vltimo possessore: *l. eum qui ff. de interdict. & relegat.* vbi Bart. & communiter Scribentes: item quia primogenij successio sequitur filios, vt filios, non autem vt hæredes. Quinimò, si iure hæreditario ius primogenituræ deferatur, non nisi competeret hæredi: at quia defertur iure sanguinis, etiam si hæres non sit successor: nihilominus Maioratum absque hæreditate possidebit: igitor dicitur deferri iure sanguinis, non iure hæreditario: Bald. *in cap.1. de eo qui sibi, & heredibus suis, in vsib. feudor.*

Vtraque opinio defendi potest, si dicamus respectu primi institutoris primum possessorem Maioratus succedere eidem institutori iure hæreditario: at verò respectu sequentium possessorum in hoc casu iure sanguinis, non autem iure hæreditario successionem dari, cùm nihil ab vltimo possessore, sed à primo institutore bona capiantur: Molin. *de primog. lib.1. cap.8. ex num.1. ad num.12.*

Quoad secundum dubium, ex dictis constat ius primogenituræ esse transmissibile; imò sine transmissione deuoluitur ad sequentem: Tiraq. *q.40. n.11.* nam primogenitus statim cùm nascitur habet ius ad successionem, certum in Maioratu, & inuariabile, quod transmittit ad eius primogenitum; quod quamuis superstite patente suspensum dicatur esse, tamen illi auferri non potest, sed transmittitur ad eius primogenitum: vt Oldrad. vult *cons.224. n.27.* Alber. *in proœmio ff. §. discipuli, n.22.* Abbas *cons.85. n.2. lib.2.* Bellamera *decis.717. n.6.* & Tiraq. *supra q.21. n.7. & q.43. n.14. & n.20.* quos referens sequitur Molina *de primog. lib.3. cap.6. n.36. cum seqq.* & Pelaez *de maiorattu, 2. p. q.6. n.37.* subdens ius primogeniturae esse transmissibile ad filium primogeniti, nec non ad eius filiam, quamuis primogenitus decedat ante patrem: eò quod est ius formatum à filiatione distinctum; prout tradunt Bald. Aret. & Alex. *in l. si postea, ff. de acquir. hæred.*

Sequitur expedienda quæstiuncula; ex quibus bonis, mobilibúsne, an immobilibus Maioratus constituatur? Dico primò, primogenium apud Hispanos ex solis bonis immobilibus posse constitui, quia perpetua fieri debent; ideò non ex rebus mobilibus, quæ perpetuæ non sunt, sed ex immobilibus, vel æquipollentibus constare debet, textus *in c.1. §. fin. de feud. cognit.* idque omnes feudistæ *in proœmio feudor.* notare solent, Curt. iunior. *in tract. feud. p.1. q.6.*

Nihilominus ex bonis mobilibus, pecunia scilicet, & similibus rebus, primogenia erigi possunt; ea lege, vt vendantur, & ex illis bona immobilia de se perpetua acquirantur: aliter enim sine ea lege primogenia neque ex pecunia, neque ex cæteris rebus mobilibus institui possunt: secùs si instituantur ex gemmis, & aliis rebus pretiosis, ex auro, & argento, quia hæc, esto sint mobilia, loco immobilium numerantur: *l. lex qua tutores, C. de admin. tutor.* Gloss. *in c.1. in gloss. verbo, abstinentes, de cleric. ægrot. lib.6.*

§. II.

Qui possunt instituere Maioratus.

EPITOME.

1 *Pater, & mater possunt licitè instituere maioratum.*
2 *Testari qui potest ex Tertio in Lusitania, & in Hispania ex Tertio, & Quinto, potest facere maioratum.*
3 *Impuberes, qui testari nequeunt, non possunt instituere maioratum, nisi fortè de licentia Regis.*
4 *Condemnati ad mortem, seu ad perpetuum carcerem, an possint facere maioratum?*
5 *Minor pubes, an possit facere maioratum auctoritate tutoris?*
6 *Vxor ex testamento potest facere maioratum inconsulto marito: ex contractu, minimè.*
7 *Furiosus, mente captus, & phreneticus nequeunt testari, neque maioratum instituere.*
8 *An mutus, & surdus possint primogenium instituere & contrahere?*
9 *Religiosi quando possint facere maioratum, & testari; & an valeat maioratus, aut Capella in testamento nullo? & n.10.*

1. Dubitatur primò, an pater, vel mater possit licitè, & iustè constituere Maioratum? Respondetur affirmatiuè, si fiat authoritate, & licentia legis: Item ex consuetudine vniuersali propter bonum publicum, & propter memoriam constituentis conseruandam. Posse ergo quem instituere Maioratum, & meliorationem iustè, & sine peccato tradit Alber. in

in l. Barbarius, ff. de offic. prætor. col. 7. num. 10. Abbas *in c. licet, de voto.* Martin de Laud. *in tract. de primog. lib. 5. quæst. 15.* dummodò filius electus sit dignus & benemeritus; aliàs secùs. Quare si ob solam affectionem pater, vel mater eligeret filium minus dignum, nec benemeritum, esset iniusta electio: Gomes. *in l. 40. Tauri, num. 56.* vbi *num. 57.* subdit patrem, vel matrem constituentem Maioratum de facultate Principis, posse eligere ex filiis, quem voluerit; & cæteros sua legitima priuare, modò alimenta necessaria relinquat. Nec obstat legitimam loco alimentorum inductam, esse de iure naturali, vt *in l. cum ratio, ff. de bonis damnat. & in authent. de hered. & falc. §. 1. itaque, collat. 1.* & ex consequenti esse immutabilem: vt *in l. ius agnationis, ff. de pact.* Nihilominus quota legitimæ, & quantitas non est de iure naturali, sed de iure positiuo inducta; vt constat ex *c. ius naturale, prima dist. & ex l. intra sanguinis, ff. de regul. iuris.* Vnde potest Princeps condere legem generalem, & legitimam augere, vel minuere; ergo similiter facta facultate instituendi Maioratum potest Princeps taxare legitimam, & restringere: quia per hoc non tollitur ius naturale, sed reducitur ad alimenta necessaria: Bart. *in l. Titio centum, §. Titio genero, col. penult. num. 6. ff. de condit. & demonstr.* Bald. *in l. final. §. ipsum autem, col. 1. C. de bonis quæ liberis,* Hostiens. Ioann. Andr. & Abbas *in c. licet, de voto.* & esse communem docet Ioann. Le Cirier *in tract. de primogenitura, in 3. lib. quæst. 16.* Gomes. *suprà, num. 57.* concludens per legem, vel consuetudinem posse augeri, minui, vel disponi circa legitimam.

2. Dubitatur secundò, quis possit facere Maioratum? Respondetur omnem illum, qui est liber, & potest testari, posse facere Maioratum ex suo Tertio apud Lusitanos; & apud Hispanos tam in Tertio, quàm in Quinto: nec non vltra Tertium, & Quintum, modo ad hoc vltimum obtineat Regiam facultatem. Quòd si filiis careat, poterit de cunctis bonis creare Maioratum, nisi prohibeatur, quia hoc edictum est prohibitorium: *l. si quæramus, ff. de testamentis, l. 1. C. de sacros. Eccles. l. ab ea parte, ff. de probationibus.*

3. Ex dictis infertur, impuberem non posse constituere Maioratum, cùm testari nequeat; vt cauetur *in l. si frater, C. qui testam. facere possunt,* nam pupillus etiam ad pias causas testari nequit: *c. si pater, de testam. in 6.* quinimo neque ex priuilegio Principis potest facere Maioratum impubes, quamuis sit doli capax secundùm aliquos, qui dicunt non posse testari adhuc, nisi Princeps dispenset cum impubere, apposita clausula, *Non obstantibus legibus, quæ hoc prohibent:* quia cùm prohibitio testandi sit impuberi ex iure ciuili, Princeps illi derogare potest: *l. 17. & 18. tit. 1. part. 1.*

In dubio autem, vtrùm tempore, quo fuerit constitutus Maioratus, fuerítne pubes conditor, vel impubes? Dicendum est præsumi puberem: ita Innoc. *in c. in præsentia, de probationibus:* testamentum namque præsumitur factum per maiorem quatuordecim annorum, nisi probetur contrarium: Benedictus *in cap. Raynuntius, in verbo, adiecta, num. 91. fol. 147. de testamentis,* Simon de Prætis, *lib. 1. de interpret. vltim. voluntat. solution. 14. num. 141. fol. 90.* Cald. Pereira *in l. si curatorem habens, C. de in integrum restitutione minor. in verbo, infra legitimum tempus, num. 20. fol. 394.* Azeued. *in l. 1. tit. 1. lib. 6. recopil. num. 13. & 20.* Menoch. *lib. 6. præsumptionum, quæst. 13. num. 1.* ex ea regula, quòd actus, qui fuit solemniter & in debita forma confectus, præsumitur in eo adfuisse personæ habilitas, & factus secundùm iuris dispositionem: *l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati.*

4. Denique excluduntur à constituendo Maioratu condemnati ad mortem, quando post condemnationem statim facienda est executio. Similiter condemnatus ad perpetuum carcerem, si est laicus, quia efficitur intestabilis; quamuis contradicat Clarus *§. testamentum, quæst. 24.* eo quòd nemo fit intestabilis, nisi quando imponitur hæc pœna a lege, vt vult idem Clarus *quæst. 51. vers. sed pone sequitur:* cùm ergo condemnatus ad perpetuum carcerem de iure ciuili non factus sit intestabilis, sequitur posse constituere Maioratum.

5. Dubitatur tertiò, an minor possit facere primogenium sine authoritate tutoris? Pars affirmans ex eo probatur; quia masculus post quatuordecim annos, & fœmina post duodecim, possunt testari: ergo Maioratum instituere. Dicendum tamen est, partem affirmatiuam procedere, si Maioratus fiat in testamento, vel in vltima voluntate: tunc enim fieri potest sine authoritate tutoris, cum testari possit: *l. Aurelio, §. Caius, ff. de liberat. legat.* vbi Gloss. *vers. intra legitimam, l. cum pater, §. curatoris, ff de legat. 2.* Tiraq. *in l. si vnquam, verbo, donationem largitus, num. 204. C. de reuocand. donat.* Secùs si fuerit in minori ætate, in qua nequeat testari: *l. si frater, C. qui testamenta facere possunt.*

Cæterùm, si minor ex contractu voluerit primogenium instituere, eget authoritate tutoris, vel curatoris: quia primogenium induit naturam contractus: & sicut sine authoritate curatoris, seu tutoris non potest contrahere, *l. si curatorem habens minor, C. de in integrum restitutione:* pariter absque authoritate prædicta non instituet primogenium: Bald. fauet *in c. 1. §. item testamenta, num. 16. de pac. iuram. firmand. in vsibus feudorum,* vbi vult in donatione causa mortis, si fiat à minore, necessariam esse authoritatem tutoris, vel curatoris, vel iuramentum saltem, quod illam supplere solet: quem sequitur Alexand. *in l. 2. ff. de legat. 1. num. 15.* Tiraquell. *post leges connub. gloss. 15. num. 83.* Quod multo fortius de Maioratu est dicendum: secùs si pupillus infantiæ etiam proximus fuerit, quia nequeunt contrahere etiam cum authoritate tutoris; cùm assimilentur furiosis: vt probat *§. pupillus, Instit. de inutil. stipul. l. 1. §. adipiscimur, ff. de acquirenda possessione.*

Similiter vxor potest instituere Maioratum ex testamento, vel alia vltima voluntate inconsulto marito: ex contractu autem seu inter viuos requiritur, vt instituatur Maioratus, authoritas viri, alíter primogenium nullius momenti erit, cùm sine viri licentia vxor nequeat contrahere: Molin. *de primog. lib. 5. cap. 9. num. 4.* vbi *vers. ex quibus,* addit non posse vxorem hunc Maioratum de licentia viri ab vxore erectum reuocari ab eadem, cùm enim ipsa non possit sine viri licentia contrahere, ita nec distraheret secùs de primogenio ex testamento, vel ex vltima voluntate constituto; ad quod reuocandum non requiritur viri authoritas: sequitur Molin. Theologus *de maioratibus, disput. 583. num. 7. & sequent.* 6.

7. Dubitatur quartò, vtrùm furiosus, mente captus, vel phreneticus possint instituere Maioratum? Responsio est negatiua; quia nec contractum, neque vltimam voluntatem facere possunt: *l. furiosum, C. qui testam. facere possunt,* text. *in l. in negotiis contrahendis, ff. de regul. iuris,* vbi Decius, & Cagnol. multa congerunt: nisi furiosus, mente captus, & phreneticus habeat dilucida interualla; tunc enim tempore sanæ mentis, siue in vltima voluntate, siue in contractu poterunt Maioratum creare: Pelaëz *de maioratibus, 1. part. quæst. 4. illat. 5. num. 47.* dicens non posse matrimonium contrahere, & ex consequenti nec Maioratum instituere: quod intelligitur durante furore, & perseuerante phrenesi: Molin. *de primog. d. lib. 5. cap. 9. ex num. 17. cum sequentib.* vbi *num. 31.* subdit nec curatorem furiosi ex bonis illius posse facere

facere Maioratum; esto, possit contractus nomine furiosi efficere: ex eo quia instituere Maioratum est donare; quod facere nequeunt curatores: *l. non omnis, C. de administratione tutor.*

8. Dubitatur quintò, an mutus, & surdus possint facere Maioratum? Respondetur ex regula, Qui non potest testari, instituere Maioratum nullo modo posse. Mutus autem, qui omnino loqui non potest, & literas ignorat, neutiquam testari potest: *l. discretis, C. qui testam. facere possunt*, Card. Mant. *de coniecturis vltimarum volunt. lib.6. tit.4. num.2.* dicens qui testari non potest, nec codicillos facere posse, & ex consequenti, nec Maioratum ex testamento. Nec obstat, mutum, & surdum posse contrahere matrimonium, si intellectum perspicacem habeant, itavt signis edoceri possint quid sit matrimonium, & signis indicare consensum; tunc validè sponsalia, & matrimonium contrahent: vt probatur *ex c. cum apud 23. de sponsalibus*, Couarr. *de sponsalibus, part.2. cap.2. in fine*, Sanchez *de matrim. lib.1. disput.8. n.12.* Nam in matrimonio verba non sunt necessaria; sed satis sunt in quibuscunque signa consensum exprimentia: Couarr. *de sponsal. part.2. cap.4. in principio, num.1.* Cardin. Bellarminus *lib.1. de matrim. cap.8. ad secundam obiectionem.* Spino *in speculo test. gloss.15. in principio, num.3. & 13.* eò quia sufficiunt signa, & nutus; at verò nutu hæredis institutio fieri non potest regulariter, *l. iubemus*, & *ibi* Bart. & Salyc. *n.2.* Paul. Castrensis, & Alexand. *num. etiam 2. C. de testamentis*, Couarr. *in cap. cum tibi, num.4. de testamentis*, ex ea ratione, quòd nutu non declaratur voluntas, nisi coniecturali, & præsumpto quodam modo; & per coniecturas institui non potest hæres: *l. vnic. si tab. testam. extab.* Item quia ad institutionem hæredis lex exigit certitudinem, non autem coniecturam nec præsumptionem: ergo multo minus constituetur Maioratus per nutum, seu coniecturas.

Accedit testamentum inter liberos etiam nutu fieri non posse; argumento *l. fraudem, §. 1.* cum Gloss. *in verbo, nuda, ff. de testam. militis*, & Bald. *in l. & epistola, num.2. de fideicommiss.* Augelus *in d. l. in fraudem, §.1. num.3. ff. de testam. militis*, vbi de testamento inter liberos loquitur: quam partem etiam tenet Socin. sen. *in l. cum anus, num.45. de condit. & demonstr.* & Felinus *in c. in præsentia, num.77. de probationibus.* Ex quibus ostenditur à simili nec mutum, nec surdum posse creare Maiotatum, quandoquidem, nec testari, nec contrahere possunt excepto matrimonio, modo supra dicto, quod consensu contrahitur; sicut cæteri contractus, qui consensu perficiuntur; dummodò sensum habeant, & voluntatem suam signis exterioribus manifestam faciant: Gomes. *in l.3. Tauri, num.16. & 1. tom. c.6. num.5.*

Iuuat mutum, & surdum, furioso æquiparari: *l. post susceptam*, vbi Bald. *ff. de excusation. tutor. l. cum prætor, §. final. ff. de iudic.* idcirco sicut furioso, & mente capto substitutio exemplaris fit: sic etiam muto, & surdo, fieri potest: provt vult Bart. *in l. ex facto, num.28. ff de vulgari:* Quod intelligitur de muto, & surdo, non intelligente; secùs si sit intelligens, & possit exercere omnes actus, qui verbis non expediuntur: Bart. *in l.1. in principio, num.11. ff. de verborum obligat.*

An verò mutus possit relinquere fideicommissum, controuersia est, cui satisfacit Paul. Iureconsultus *in l. nutu, ff de legat.3.* vbi decisum est, legatum, & fideicommissum nutu relinqui posse: sequitur Gomes. post alios *in l.3. Tauri, num.111. & 113. & in titul. de legat. num.2.* Socin. *cons.20. lib.4.* & Paris. *cons.3. num.38. lib.3.* Scribentes *in c. cum tibi, de testam.* & *ibi* Couarr. post alios.

Nihilominus idem Paul. *in d. l. nutu*, ita loquitur, & rem declarat: *Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodò is nutu relinquat, qui & loqui potest, nisi superueniens morbus, ei impedimento sit.* Ex quibus verbis patescit posse nutu legata, & fideicommissa relinquere, qui loqui potest, quia omnis actus, qui potest nutu aut signis fieri, ab eo geri rectè potest, qui bene, & articulatè fari potest: *l. si stipuler 35. §. final. ff. de verborum obligat.* vbi text. sic alloquitur: *Si in locando, conducendo, vendendo, emendo, ad interrogationem, quis non responderit, si tamen consentiat in id quod responsum est, valet quod actum est; quia hi contractus, non tam verbis, quam consensu confirmantur:* ita ibi. Nam solus consensus satis est, cùm verba non sunt necessaria pro forma, provt non sunt in his contractibus, & in similibus. Consentit idem Paul. *in l. in quibuscunque, ff. de obligat. & actionibus*, per hæc verba, ibi: *In quibuscunque negotiis sermone opus non est, sufficiente consensu, in his etiam surdus interuenire potest, quia potest intelligere, & consentire in locationibus.* Quare Gomes. *in l. 9. Tauri, num.113.* concludit illum nutu legare posse, qui rectè loqui adhuc potest; vt colligitur ex verbis *in d. l. nutu*, quæ habent: *dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest.*

Quamobrem, qui loqui non potest, quia mutus omnino est, nec sermonis capax, nec legare, nec fideicommittere, nec Maioratum creare valet. Nec mirum quoniam mutus non habet testamenti factionem actiuam: *l. mutum 7. ff. de testam.* idcircò nec potest codicillos facere, nec legata, aut fideicommissa relinquere: *l.2. ff. de legat.1.* secùs si mutus à natura non sit, sed morbo impediatur; is vtique legare, & fideicommittere rectè potest: vt habetur *in d. l. nutu, vers. nisi superueniens morbus illi impedimento sit.* Vnde quando Iurisconsultus ait non valere legatum nutu factum ab illo, qui loqui non valet; id intelligit de muto, qui à natura sermonis expers est.

Quinimò si mutus à natura fortè audiat, & auribus recipiat, lingua prorsùs præpedita; si literarum peritum esse proponamus; nihil obstabit, quin possit legare, & fideicommissa efficere: vt probatur *in l. discretis 10. prope finem, C. qui testam. facere possunt*, vbi Imperator sic ait: *Sin verò aures quidem apertæ sunt, & vocem recipientes, lingua autem penitus præpedita, licèt à veteribus auctoribus sæpiùs de hoc variatum est; attamen si & hunc peritum literarum esse proponamus, nihil prohibet, eum scribentem, hæc omnia facere, siue naturaliter, siue per interuentum morbi huiusmodi infortunium ei accesserit.* Sic ibi. Ex quo apparet decreuisse Imperatorem, mutum ex accidente fideicommittere posse, quando literarum peritus fuerit, aliter nullo modo: vt Iason *ibi, num.7.* tradit, affirmans esse communem.

Dubitatur sextò, vtrùm religiosus, seu Monachus possit Maioratum instituere? Certi iuris est religiosum ante ingressum Monasterij de bonis suis posse liberè disponere: & ex consequenti, si instituat Primogenium in contractu, aut in testamento, absque dubio valebit: per textum *in authent. de Monacho §. si quis autem, vers. illud quoque, collat.1.* Attamen, si testamentum ex vltima voluntate creatum fuit à non cogitante de ingressu, primogenium per ingressum religionis nullum censetur; & testamentum per ingressum irritum est: Bartol. *in authent. si qua mulier, num.7. C. de sacros. Eccles.* sequitur Bald. relatus ab Iasone *num.21.* vbi vult in iudicando, & consulendo ab hac opinione non esse recedendum, cùm sit communis: Iul. Clar. *§. testamentum, quæst.28. vers. sed retenta.* Valasc. *de partit. c.16. num.17.* & Ægid. *4. part. §.2. de test. num.4. fol.143. col.4.* 9.

Cæterùm Bartol. opinio non placet Antonino *in cap. in præsentia, de probationibus*, quem contra Bartol. sequuntur Abbas *ibidem, num.52.* Felin. *num.54.*

num. 54. & Decius *num.* 61. *in vltimis verbis.*

Cùm ergo Monasterium loco filij non babeatur, nisi in casibus à iure expressis, distinctione vsus rem sic explico: nam quando Religiosus fecit professionem, vel omnia bona sua dicauit expressis verbis Religioni, seu Monasterio; in hoc euentu, ex hoc primum testamentum reuocatum videtur. Quòd si emittat simpliciter professionem, & ex hac professione, tacita sequatur dispositio bonorom fieri Monasterio, non est dicendum primam dispositionem testamenti expressam rescindi, ex *dicta authent. nunc autem, C. de Episcop. & Cler.* quæ distinctio deducitur ex Anton. *in c. in præsentia*, & ex Abbate *num.* 52. quos sequitur Iul. Clar. *d. §. testamentum, quæst.* 28. *vers. sed reuera.* Quod procedit, quando statim post factionem testamenti in Monasterium se recepit, eò quia ex temporis breuitate censetur cogitare Monachus de ingressu: nec non ex eadem breuitate non præsumitur mutata voluntas: ita Fulgus. *in Authent. si qua mulier*, & Benedictus *in cap. Raynutius, de testam. verbo, in eo testamento relinquens, el* 1. *num.* 24.

Porrò si Monachus cùm Primogenium instituit ex vltima voluntate cogitauit de ingressu, non reuocatur testamentum per ingressum: Bart. *in d. authent. si qua mulier*, & est communis; prout Ripa *in l. si vnquam, quæst.* 15. *num.* 94. Couarr. *in cap.* 2. *de testam. num.* 5. Iul. Clar. *suprà quæst.* 28. *vers. aut vero.* Eodem modo, si Maioratus instituatur ex contractu, non reuocabitur per ingressum Monasterij, siue institutor cogitauerit de ingressu, siue non.

Dubitatur septimò, quando Primogenium instituatur à Monacho emissa iam professione? Dicendum est non valere, quamuis descendentes, seu ascendentes non habeat, eò quia Monachus professus, neque ex contractu, neque ex vltima voluntate potest disponere de suis bonis: quæ resolutio est omnino certa: textus *in c. quia ingredientibus*, 19. *quæst.* 3. dicitur enim Monasterium ingressus, per professionem obiisse, & ante illam tanquam laicus censetur: Bart. *in d. authent. si qua mulier*, *num.* 10. *C. de sacros. Eccles.* Monachus enim in iure pro mortuo habetur, nec habet velle, nec nolle: Ægid. 4. *p. de testam* §. 2. *num.* 6. *vers. sed ex præcedentibus*, *fol* 145. & *num.* 7. & ideò Monachi testamentum professione eiusdem ita confirmatur, vt deinceps ab eo reuocari non possit, etiam in fauore Monasterij: Ægid. *d. num.* 6. *in fine.* Quando autem post professionem possit Maioratum condere: Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 55. & *seqq.*

10, Dubitatur octauò, an primogenium institutum in testamento minus solemni sustineatur? Responsio est negatiua, quamuis in eo aliquod onus Missarum apponatur, eò quia principaliter in eo, causa secularis, & profana vertitur; videlicet nominis, & familiæ; nec præualet obligatio Missarum, aut alterius piæ causæ annexa, quia hoc est accessorium, & attenditur principaliter tota dispositio rei profanæ: iuxta regulam *l. cum principalis, ff. de regul. iuris*, & *regulam, Accessorium, eodem tit. lib.* 6.

Cæterùm, si institutio fiat Capellarum, quarum vsus frequens est in Lusitania, cùm principaliter instituantur ad animarum vtilitatem, ac proinde ad pias causas dirigantur; dicendum est valere in testamento minus solemni tanquam dispositiones ad pias causas, non autem Maioratus institutiones; quamuis certa pars redituum administratori Capellarum competat seculari: semper enim principaliter causa pia attenditur: atque ita non dicitur Capellæ administrator possessor illius, sed administrator duntaxat: Maioratus autem possessor, & non administrator, nuncupatur.

Vt autem cognoscatur institutio Capellæ, & institutio Maioratus, Ordinatio Lusitana differentiam constituit *in l.* 1, *tit.* 62. §. 53. dicens esse Maioratum quando instituens ordinauerit, quod ex reditibus bonorum, certæ aliquæ Missæ fiant, aut aliqua pendantur onera, & residuum maneat penes possessorem ipsum. Similiter erit Maioratus, si dicat instituens, quòd prædicta bona indiuisibilia relinquit possessoribus cum certo onere Missarum, aut alterius causæ piæ. Contra verò si in institutione dicatur, quòd administratores obtineant certam quotam fructuum, & reliqui expendantur in operibus piis; talis institutio erit Capellæ: Barbos. *in remissionibus ad ordinationem regiam, lib.* 1. *tit.* 62. §. 53. post Ægidium *in repetit. l.* 1. *C. de sacros. Eccles. part.* 5. §. 2. *à num.* 16. vbi *num.* 17. aduertit, quòd quamuis Ordinatio Lusitana declaret institutionem Capellæ dici eam, quæ fit cùm certa quota fructuum veluti tertia, quarta, aut quinta pars administratori relinquitur, & quod superest in causas pias expendatur: Idem dicendum erit, quamuis non pars fructuum quotitatiua, sed quantitatiua, nimirum octo, decem, aut centum administratori applicatur: dummodò residuum in opera Capellæ, aut in onera expendi iubeatur: vt insinuatur in eadem Ordinatione, ibi: *certa cousa, ou certa quotta, ou certa quotta das rendas.* Legito illum.

---

§. III.

Quinam possint succedere in Maioratu.

EPITOME.

1 *Monachus, & Religiosus non possunt succedere in regno, seu maioratu; & cur?*

2 *Furiosus, dementes, & insani, nequeunt succedere in maioratu; secùs in hæreditate.*

3 *Mutus, surdus, & cæcus an possint succedere in maioratu?*

4 *Filius exhæredatus an excludatur à maioratu, ostenditur?*

5 *Clerici non sunt incapaces maioratuum absolutè; sed quando expressè excludantur à conditoribus.*

6 *Religiones an sint capaces fructuum maioratuum durante vita religiosorum?*

7 *Commendatarij professi, sed coniugati, an sint capaces maioratuum?*

8 *Commendatarij omnes, exceptis Diui Ioannis, possunt maioratum instituere.*

9 *Vtrum fœminæ sint capaces maioratus, quando ipsæ maioratum constituerunt. & num.* 10.

11 *Fœminæ sunt capaces iurisdictionis in consequentiam alicuius dignitatis, maioratus, vel successionis, cui annexa fuerit iurisdictio.*

12 *Fœmina an censeatur exclusa à successione maioratus, si successor nomen, & arma grauetur portare?*

13 *Fœmina proximiores an excludant masculos remotiores?*

QVæritur primò, an primogenitus, si fiat Monachus, vel Religiosus professus succedat in maioratu? Dico primò Religiosum professum non posse 1
succedere, quando consistit in iurisdictione, gubernatione, & regimine, cùm Monachus nequeat habere proprium, nec per se regere, & regimen non debeat esse commune, ideò tanquam incapax debet excludi, & admitti sequens in gradu: per textum *in l. si post mortem*, §. *liberi*, *ff. de bonor. possess. contra tabulas* Bald. *in l. Deo nobis*, §. 1. *C. de Episcop. & Cler.* Ioann. Le Citier *in tractat. de primogenitura, quæst.* 4. *lib.* 3.

lib.3. verf. salua reuerentia, num.15. Cifuentes *in l.40. Tauri, quaest.6.*

Dico secundò, successionem natura, & consuetudine tantùm competere successoribus sanguinis. Propter tamen bonum Reipub. si non extet successor sanguinis qui valeat succedere, poterit Romanus Pontifex dispensare cum Religioso professo, vt contrahat matrimonium; ita Bald. *in l. si pater, §. in arrogationibus, ff. de adoptionibus*, sequitur Anchar. *conf.339. col.3.* exemplo *Remini* ex sanguine Regis Aragonum Monachi, & Sacerdotis, cum quo Romanus Pontifex dispensauit, vt duceret vxorem, ex qua suscepit filiam, quae successit in Regno.

Dico tertiò, quando maiotatus non consistit in iurisdictione, vel gubernatione, bene posse Monachum succedere, & bona esse apud Monasterium durante vita ipsius Religiosi, & eo defuncto venient ad sequentem successorem in gradu, seruato ordine constituentis: textus *in l. peto, §. pradium, ff. de legat.2.* textus *in l. cum pater, §. hereditatem, et t. eodem titulo*, & ibi Batt. & communiter Scribentes, textus *in l. sed si more, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Gloss. *in Authent. idem est, C. de bonis qua liberis*, vbi dicitur per ingressum fructuarij in Religionem, non expirare vsumfructum, sed transmitti in Monasterium pro tempore vitae suae.

2. Quaeritur secundò, vtrùm primogenitus furiosus, demens, aut mente captus succedat in regno, vel maiotatu? Respondeo, si huiusmodi vitia sint perpetua à natiuitate, statim excludi, & succedere sequentem in gradu. Nam dispositio, vel lex vocans primogenitum ad succedendum, intelligitur de eo, qui naturaliter habilis exiuit in lucem. Secùs si post natiuitatem ex aliquo casu factus est inhabilis: nam tunc cùm habeat ius succedendi radicatum, potest succedere dato sibi curatore, vel administratore, nisi aliud expressè disponat conditor Maioratus: textus singularis *in c. grandi, de supplenda neglig. prælat. in 6.* vbi ob istam causam datus fuit curator, vel administrator à Romano Pontifice quondam Regi Hispaniae. Quod, inquam, intelligitur, quando Maioratus consistit in iurisdictione vel administratione, vt Regnum, Ducatus, vel quid simile; nam vbi lex, vel dispositio vocat primogenitum ad succedendum, intelligitur de habili; secùs de inhabili: ideò quando Maioratus consistit in pura, & simplici tantùm successione bonorum, in hoc euentu succedit primogenitus, esto sit demens, furiosus, vel mente captus, cùm sit capax bonorum, sicut & haereditatis: per *l. final. §. tali, C. de curat. furios. & in §. sui, Instit. de hared. qua ab intest. deferuntur.* Ioann. Le Cirier *in tractatu de primogenitura, quaest.4. principali, vers. salua reuerentia, lib.3.* Auctor *in consuetud. Parisiens. tit.1. §.6. gloss.1. quaest.2. num.25.* Tiraquell. *de primog. quaest.23. num.5.* & alij apud Spinum *in speculo testament. tit. de Maioricatu, num.51. vers. sed quia, & vers.2. conclus.* vbi addit furiosum incidentem in furorem, & ad iudicium sanum non reuertentem, non succedere in Regno, Ducatu, Comitatu, Feudo, & Maioricatu; in quo euentu secundonatus succedit: Bald. *l. humanitatis, C. de impuber.* Gomes. *in l.40. Tauri, num.69.* vbi de hac re plenè post alios, quos ibi refert, ac sequitur; & Molin. *de primog. lib.1. cap.13. num. 21. & 21. cum seqq. vsque ad num.38.*

3. Quaeritur tertiò de muto, surdo, & caeco, an possint vocari ad Maioratum? Quoad primum dici potest, Maioratus institutorem posse mutos, & surdos vocare ad Maioratus successionem expressè, & inuitare, siue ex Regia facultate, siue ex legibus regni, siue Maioratus constituatur ex bonis patrimonialibus, & siue dignitatem, aut iurisdictionem habeat annexam. Nam mutus, & surdus capaces sunt successionis, neque in dignitate iuris indigni habentur, neque de hoc ambigitur quando Maioratus ex bonis patrimonialibus constat; *l. mutum, ff. de acquirenda hareditate, §. final. Instit. de hared. qualit. & different. l. cum pater, §. surdo, ff. de legat.2.* Quare, cùm mutus, & surdus habiles sint ad succedendum, non sunt excludendi à successione in Maioratu instituto sine dignitate, & iurisdictione: Molin. *de Iustitia, de primog. disput.622. per totam.*

Quinimò, si sermo sit de Maioratu habente dignitatem, seu iurisdictionem annexam; dicendum est mutum, & surdum in quo elucet acies ingenij perspicacis, & signum tecti iudicij, & intellectus, posse succedere in Maioratu, cui dignitas, seu iurisdictio adnectitur; secùs si mutus, & surdus sint obtuso ingenio, & nihil intelligant: nam tunc assimilantur furioso, & mente capto: sed si mutus intelligat, aliud erit; quia absque curatore contrahere potest, & exercere omnes illos actus, qui verbis non expediuntur. Idem dicendum de surdo, quando intelligit per signa, & nutus: sequitur Molin. *d. lib.1. cap.13. num.65.* vbi ait hanc partem esse probabiliorem, & pro illa fuisse bis iudicatum.

Quoad Caecum dicas oportet, si Maioratus consistat in bonis patrimonialibus, posse Caecum succedere, cùm nullo iure interdicatur. Nihilominus si Maioratus iurisdictione, seu dignitate fulgeat, esto excludendus sit ab exercitio iurisdictionis, vt probat Gloss. & Scribentes *in l. caecus, ff. de iudiciis*, poterit tamen succedere in primogenio: quia iurisdictio, & dignitas veniunt in consequentiam successionis: Batt. *in d. l. caecus, ff. de iudic.* vbi tradit integrum esse caeco à iure prohibito iudicare, posse tamen iurisdictionem acquirere ex successione alicuius Ducatus: sequitur Abbas *conf.47. num.1. lib.1.* Platea *in l.1. C. qui morbo se excusant, lib.10.* & Buërius *decis.204. num.35.*

Quaeritur quartò, an filius exhaeredatus Maioriam perdat? Dico primò patrem exhaeredando filium, non posse priuare illum successione Maioratus, quem ipse non instituit; quoniam Maioratum filius à patre non obtinet, sed à conditore illius: sequitur Padilla *in l. vnum ex familia, §.1. num.17. ff. de legat.2. vers. sed ipso*: eò quòd huiusmodi Maioria nullam habet affinitatem cum paterna haereditate: Molin. *lib.1. de primog. cap.9.* Menez. *in d. l. vnum ex familia*, quam resolutionem in Maioratus successione, etiam pendente à Regia concessione, obseruandam esse vult insignis Costa *in tractat. de Regni successione, pag.152.* 4

Caeterùm his aduersatur Batt. *in l. iurisiurandi, §. si liberi, col. final. ff. de oper. libert.* dicens filium exhaeredatum iustè, & rationabiliter, etiam priuari emphyteusi pro filiis concessa: ex ea ratione, quòd ius patronatus ad filios transmittitur, vt filios, quamuis haeredes non sint: quod ostenditur *in l. si operarum 29. ff. de oper. libert.* ibi: *filio autem, & si hares non existat*: attamen exhaeredatio filium excludit à iure patronatus, prout *in l. si patronus 12. ff. de bon. liber. & d. l. si operarum*, ibi: *Nisi exheredatus sit.* Qua ratione ductus idem vult Batt. de emphyteusi concessa pro filiis, vt illam nequeat filius exhaeredatus obtinere. Idem tradit Angel. *in l. si tibi, §. si pactus, num.2. ff. de pactis.* Confert priuari filium à patre iustè exhaeredatum feudo, etiam si ex pacto, & domini prouidentia existat; vt colligitur apertè *ex cap.1. §. pradictis modis, in tit. qua fuit prima causa*, sequitur Afflict. *in cap.1. ante num.127. de successione feudi*, & Iul. Clar. *lib.4. verbo, feudum, quaest.74.* Facit quod tradit Costa *in lib. de success. Regni, pag.154.* exemplo habentis vnicum tantum filium, quem poterat nominare ad emphyteusim, & eo relicto, quòd fuerit ingratus, nominauit

nominauit nepotem; quia filium tanquam ingratum exhæredauit: Habetur namque exhæredatus filius propter ingratitudinem pro mortuo: *l. 1. §. si pater, ff. de coniung. cum emancip. liber. eius.*

Nihilominus prior sententia, quæ tradit non esse priuandum filium exhæredatum maioratu, est tenenda: argumento emphyteusis pro filiis concessæ, quam exhæredatus filius non perdit; quia nihil commune habet emphyteusis cum hæreditate: ideò hanc partem sequitur Valascus *de iure emphyt. quæst. 45. col. 2. ad finem*, post Costam *tract. de success. Regni, pag.* 160. Nec obstat argumentum Bart. de iure patronatus liberti ad emphyteusim: Quia non est firmum argumentum de iure patronatus ad emphyteusim; Nam pater potest prælegare vni ex filiis ius patronatus, vt habetur *in titul. ff. de assignat. libert.* maximè *in l. assignare* 7. cuius contrarium dicitur in emphyteusi concessa pro filiis, quam, secundùm veriorem, pater non potest prælegare vni ex filiis: Soc. iun. *lib. 1. cons. 73. num.* 4. Couarr. *lib. 2. resolut. c.* 18.

Contra verò dicendum videtur de emphyteusi hæreditaria, quam filius exhæredatus non consequitur: in quo euentu Bart. sententia defendi potest: ad quam Alex. *cons.* 128. *num.* 8. *lib.* 1. eam restringit, quia præiudicat exhæredatio: vt tradit Valasc. *de iure emphyt. quæst. 45. col. 2. in fine*, & Costa *suprà, pag. 155. vers. & licet ratio:* quia hæreditaria emphyteusis non potest obtineri, nisi ab eo qui sit hæres, Valasc. *suprà, quæst.* 44.

5. Quæritur quintò, an sint incapaces succedendi in Maiorato initiati Ordinibus sacris, Religiosi, aut exempti à iurisdictione Regia? Dico primò Clericos in Sacris non esse incapaces successionis, posséque succedere in quocunque Maioratu, etiam in illo, qui habuerit dignitatem & iurisdictionem annexam: ita Abbas *in cap. inter dilectos, de fide instrument. num. 2. & 5.* Felinus *ibidem, num.* 3. Debent tamen, qui sunt in Sacris administrare temporalem iurisdictionem per Ministros ad id idoneos, quando eam per se ipsos exercere non decens fuerit. Porro si in constitutione Maioratus apposita esset clausula, quæ Clericos in Sacris excluderet; In hoc euentu Clerici in eo non succederent: secùs si talis clausula non apponatur. Sunt enim Clerici capaces successionis in maioratum, vbicunque per testatores, seu conditores non excluduntur: ita Gomes. *in d. l. 40. Tauri, num.* 66. Molin. *lib. 1. de primog. cap. 13. num. 97. fol.* 113. & alter Molin. *de Iustitia & iure, disput. 623. num.* 6. Matien. *in l. 1. titul. 7. lib. 5. recopil. gloss. 1. num. 19. fol. 165. col.* 3. Lauden. *in tractat. de primog. quæst.* 30. *Corrad. in templo iudicum, lib. 1. c. 2. num.* 21. Tiraquell. *in tract. de primogeniis, quæst. 44. num. 6. pag.* 22.

Quinimò non valet consuetudo, quòd Clerici non succedant in Maioratu: vt author est Paul. de Castro *in cons.* 164. incipit, *In præsenti casu, lib. 2. n.* 7. quem refert Ioann. Gratian. Falcon. *regula 155. n.* 13. Iuuat text. *in Authent. de sanctiss. Episc. §. sed & hoc præsenti*, ibi: *Monasterium ingrediantur, vel Clerici fiant. tit. 6. collat.* 9. Atque ita Clericus durante vita admittitur ad Maioratum, exercétque omnia iura familiæ actiua & passiua; provt resoluit Dec. *cons.* 114. Paris. *cons.* 100. & Ioann. de Amicis *cons.* 14. Deinde adeò hoc est verum, vt si nepotes vocentur ad fideicommissum, Clerici, & Sacerdotes comprehendantur: Decius *cons. 299. num.* 9. quem refert Card. Mantica *de coniecturis vltim. volunt. lib. 8. titul. 8. num. 25. pag.* 336.

Quarè Clericos posse succedere in primogeniis vult etiam Ioann. Le Cirier *in tract. de primog. lib. 1. quæst. 24. fol.* 36. Iam verò si conditor Maioratus fuerit Clericus, non est dubium voluisse Clericos admitti ad Maioratum propter similitudinem qualitatis secundùm *consilium* Anchar. 339. *Pro maiori, num.* 12.

Quoad Religiones dicendum est, Religiosos professos in Religione succedendi incapaci bonorum etiam in communi, excludi à Maioratus successione, quia pro mortuis reputantur: & ideò sequenti vocato datur locus: secus, quando Religiosi sunt professi in Monasterio capaci saltem in communi; tunc enim Monasterium succedit: quamuis dignitas, seu iurisdictio annexa sit Maioratui. Ratio, quia Religiosus post professionem retinet ius prioritatis in gradu: item omnia iura agnitionis; nec perdit iura sanguinis, & societatis; & mediantibus personis Religiosorum, successionem Monasterium capere potest. 6.

Opposita tamen sententia, vt dictum est magis placet, dum asserit non posse Religiosos succedere in Maioratibus habentibus dignitatem, vel iurisdictionem annexam; & ex consequenti nec Monasterium, illis mediantibus: vt latè pro vtraque parte Molin. *de primog. lib. 1. cap. 13. num. 71. cum seqq. vsque ad n.* 94. vbi *num.* 95. tradit Religiosos succedere in Maioratu, cui dignitas, seu iurisdictio annexa non est: & *num. seqq.* vbi inclinat in partem negantem, non posse scilicet Monasteria succedere in Maioratu dignitatem, seu iurisdictionem habente. Sequitur noster Molin. *eodem tit. disput. 623. num.* 4. concludens non succedere Monasterium, neque quoad commoditatem; sed deuolui continuò post professionem emissam ad illos, ad quos iure sanguinis mortuo Religioso Maioratus erat transiturus: per Gloss. 1. *in cap. scripsit nobis, 27. quæst.* 1. & Gregor. Lopez *l. 2. tit. 15. partita 2. verbo, fiendo hombre pera ello.*

Ex dictis manifestè constat Religiosos ante professionem solemnem factam, & ante vota Coadiutorum in nostra Societate emissa, capaces esse cuiuscunque Maioratus: P. Molin. *de Iustitia, disput. 139. & 140.*

Quoad Commendatarios vxorem ducentes, dicendum est esse capaces quorumcumque Maioratuum, etiamsi clausulam habeant Religiosos excludentem, quamuis professionem faciant, eáque non obstante ex antiqua Hispaniæ consuetudine ipsi sunt domini bonorum, quæ acquirunt; cùm non censeantur integrè, & perfectè Religiosi: idem Molin. *disput.* 141. & de Maioratu, *disp. 623. num.* 5. 7.

Posse tamen instituere Maioratum Commendatarios Hispaniæ, qui non sunt ordinis Diui Ioannis, tradit Molin. *disput. 604. num.* 6. quia possunt testari etiam de redditibus suarum Commendarum. 8.

Quæritur sextò vtrùm fœminæ succedant in Maioratu? Respondetur, si Princeps concedat facultatem faciendi Maioratum in vnum filium ex filiis masculis, & ille cui data fuit facultas, fecit illum in filium masculum, & non disposuit, quòd fœmina non succederet; si postea accidat, quòd talis filius masculus non habeat filium, sed vnicam tantùm filiam, succedere illam in Maioratu: ita Greg. Lopez *in l. 3. tit. 13. partita 6. in gloss. in verbo, Mugeres, fol. 88. col. 1. vers. sed pone:* Iuuat Decius *cons.* 599. & alij quibus accedit Pelaez *de Maioratu, part. 2. quæst. 6. ex num.* 326. Item si fœmina instituat Maioratum non videtur fœminam sibi similem à Maioratu remouere: provt vult Peralta *in l. cum pater, §. à filia, num 64. pag. 335. ff. de legat. 1. & in l. si quis in principio testamenti, num. 169. pag. 470. ff. de legat.* 3. vbi postquam posuit suam sententiam in quæst. *vtrùm qualitas masculinitatis videatur repetita*, concludit si fœmina Maioratum instituit, esse præsumptionem seu coniecturam quòd noluerit repetere qualitatem masculinitatis: fauet Gamma *decis.* 2. & tradit Pelaez *de Maioratu, p. 1. quæst. 51. n. 195. & num.* 196. 9.

Sed

Sed quid si fœmina instituat Maioratum, & in scriptura expressè dicat, vt ad successionem illius non admittantur, nisi descendentes per lineam masculinam? Nihilominus admitti potest fœmina propter qualitatem personæ disponentis; quia mulier est. Ratio, quoniam fœmina raro attendit familiæ, & agnationis conseruationem, & non minus diligit fœminam quàm masculum: Peralta *in l. cum pater, §. a filia, num 63. pag. 335 ff de legat. 2.* quæ sententia quamuis singularis, non tamen vera videtur: ideò censetur contra voluntatem testatoris, à qua non est recedendum propter qualitatem personæ disponentis: *l. in conditionibus primum locum, ff. de condit. & demonstr.* neque à significatione verborum est deuiandum; nisi quando apparuerit de manifesta disponentis voluntate: *l. non aliter, ff. de legat. 3.* atque ita in Maioratuum successione ante omnia debet attendi voluntas disponentis, quæ pro lege habetur: ideò seruanda est. *Authent. de nuptiis, §. disponat.* Et voluntas distinguit, & format omnes actos hominum: *l. non omnis, ff. si certum petatur, l. 2. ff de iudiciis,* Tiraq. *in l. si vnquam, in verbo, libertis, n. 42.* Vnde non solùm voluntas expressa, sed etiam tacita, & quæ per coniecturas colligitur, seruari debet: *l. licet Imperator, post principium,* vbi Bart. & alij *ff. de legat. 1. l. cum proponebatur, in fine, ff. de legat. 2.* Card. Mant. *in tract. de coniectur. mente defuncti, lib. 7. tit. 12. num. 7. pag. 295.* Menoch. *cons. 56. n. 50.* & alij, quos referens sequitur Pelaez *2. p de Maioratu, in principio, ex n. 9. vsque ad 22.*

11. Quæritur septimò an fœminæ sint capaces Maioratus, quando ille fuit institutus ab aliqua fœmina cum iurisdictione aliqua? Dicendum est, fœminas capaces esse iurisdictionis in consequentiam alicuius dignitatis, Maioratus, vel successionis, cui iurisdictio fuerit annexa: ita Abbas *in c. dilecti, num. 4 de arbitris,* Abbas *ibi, n. 3. ad finem,* Guillelm. *in c. Raynuntius, verbo, duas habens filias, n. 67. & n. 119.* Gomes. *in l. 79. Tauri, n. vltimo,* Molin. *de primog lib. 1. c. 13. n. 14. & 15.* Azeuedo *l. 7. n. 20. tit. 9. lib. 3. recopil.*

Directè tamen fœminæ, & per se, vt Iudices, exercere nequeunt munus iudicandi: *l. cum prætor, §. moribus, ff. de iudiciis,* si ad mores ciuiles respiciamus; *l. 2. §. & ideo, ff. de regul. iuris,* Cabed. Lusitan. *decis. 27. num. 2. part. 1.* & Vant. *de nullitate, tit. ex defectu iurisdictionis de legat. num. 71.*

Cæterùm vbi fœminæ succedunt in Regno, & in feudis, possunt exercere iurisdictionem, causas expedire, & iudicare: Angel. *in l. cum prætor, ff. de iudiciis, & in l eam quam, C. de fideicommissis,* vbi vult hoc non esse alienum a Regina, seu Comitissa: additque se vidisse Ioannam Reginam Neapolis in solio Regio sedentem, & capitalem sententiam ferentem: refertque Beller. *disquisit. cleric. p. 1. tit de disciplina cler. §. 8. a. 16.* Quòd multo fortius fœmina potest exercere in consequentiam alicuius dignitatis, seu Maioratus habentis annexam iurisdictionem.

12. Quæritur octauò, an fœminæ excludantur à primogenitura quando successores nomen & arma deferre tenentur? In quo euentu cùm fœminæ nequeant portare arma parentum, præsumptio est manifesta fœminas exclusisse: per *l. ius familiarium, C de religiosis, & sumptib. funer.* Menoch. *in cons. 220. n. 53.* dicens si quis instituat hæredes cognatos cum onera portandi nomen, & arma, voluisse eum inducere perpetuum fideicommissum inter cognatos illos, quamuis non sint de eius familia, & cognatione: ex quo quamuis imponatur onus portandi arma, videntur fœminas excludere à tali delatione armorum, & ab insigniis, quæ iure sanguinis eisdem competere videntur, veluti Maiorum imagines, de quibus loquitur *l. quæ tutores, C. de administratione tutorum.*

Nihilominus hæc resolutio non est omninò indubia apud Hispanos inter quos fœminæ portant arma parentum, & antecessorum; quod inuiolabiliter est seruandum: *l minimè. ff. de legibus,* & testatores se accommodant cum ea: *l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.* atque ita non videntur fœminas excludere à delatione Armorum, & ab insigniis portandis. Quinimò etiam in Gallia fœminæ Arma parentum deferunt; vt vult Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubrica 7. fol. 260. num. 54.* vbi addit, quòd consuetudo in delatione Armorum est attendenda. Conferunt tradita à Burgo de Paz *in proœmio legum Tauri, num. 111.* dicente conditores Maioratuum non ex illo, quod in scripturis ordinent, quòd Maioratus faciunt vt conseruetur familia, & memoria, fœminas voluisse excludere, nisi aliter exclusio appareat: & ita fuisse decisum per Iudices sapientissimos. Quod enim cautela non mediocri, sed magna, accipiendum est, tam ex verbis Maioratus, quàm ex dispositione iuris; cùm verum sit, quòd istæ præfationes inducunt causam finalem: *l. vltima, ff. de hæred. instit. l. cum hi, in principio,* & *ibi* Bartol. *ff. de transactionibus,* Tiraquell. *in tract. Cessante causa, limitatione 1. num. 64. fol. 115.* vbi vult ex præfationibus mentem defuncti colligi; Menoch. *cons. 160. num. 31.* Molin. *lib. 1. de primog. cap. 5. num. 2. fol. 30.* Nam res dura videtur excludi fœminas à successione Maioratus, nisi vbi fuerit exclusio expressa, cùm talis exclusio sit priuatio, quæ non debet præsumi, nisi in casibus à iure expressis: *cap. vltimo de iure patronatus,* Aymon. *in tractat. de antiq. tempore, part. 3. num. 86.* Cephal. *cons. 616. num. 66. lib. 5.* vbi tradit non induci exclusionem fœminarum nisi in casibus expressis in specie: est enim exclusio fœminæ à successione, pœna quædam, quæ non debet infligi per coniecturas: Paris. *cons. 89. num. 38. lib. 2.*

Quæritur nonò, an fœminæ proximiores exclu- 13.
dant masculos remotiores? Responsio sit excludere, vbicumque fœminæ non excluduntur à successione: ita Couarr. *lib. 3. variarum, cap. 5. num. 5. vers. Rursus.* ex ratione, quæ deducitur ex *l. 2. tit. 15. partita 2. & ex l. 40. Tauri,* dicentibus deficiente masculo in eodem gradu, fœminam præferendam masculo remotiori, non solùm in successione Regni, vbi gubernatio, & administratio exactissima exigitur; sed etiam in successione cuiuscunque Maioratus, tam facti per dispositionem testamentariam, quàm per viam contractus. Sed de hoc *dissput. 20. §. quinto, resolutione 40.*

Confirmatur, quia de iure proximiores consanguinei remotioribus præferuntur in successione, siue sint masculi, siue fœminæ: *l. 2. § hæreditas, ff. de suis & legitimis hæredibus, Authent. de hæred. ab intestat. veniens. §. si verò neque fratres. §. si plures, Instit. de legit. agn. success. l. 3. titul. 13. partita 6.* ibi: *Quier sean varones, quier sean mugeres:* Couarr. *in epitome, de successione ab intestat. num. 10.* vbi discutit vsque ad gradum quem ista successio progreditur. Cùm ergo de iure proximiores remotioribus in successionibus præponantur, si contingat masculum esse in eodem gradu, excluditur fœmina, non autem quando est in remotiori: Anchar. *cons. 339.* ibi *remotiorem;* nisi apertè ostendatur fundatorem Maioratus voluisse agnationem conseruare: nam tunc masculus remotior excludit fœminam proximiorem: vt volunt Ananias *cons. 4.* Regulariter tamen fœmina proximior excludit masculum remotiorem, sed in eodem gradu masculus præfertur fœminæ, etiamsi fœmina sit natu maior.

Nec mihi satisfacit Gamma *decis. 51.* videlicet istam regulam non procedere, quando Maioratus est institutus à fœmina, per Anchar. *cons. 239.* Nam

conclusio

concluſio procedit, etiam ſi teſtator dicat, quòd in Maioratus ſucceſſione maiores ætate minoribus præcedaot: quia illud verbum, *Maiores*, habet locum, quando maior ætate eſt maſculus: quòd ſi fœmina ſit, eſto ſit maior ætate, non eſt maſculo anteponenda: vt vult Alexand. *conſ.* 39. *num.* 3. *lib.* 1.

---

§. IV.

In quibus conueniant, & differant fideicommiſſum, & Maioratus.

EPITOME.

1 *Fideicommiſſum eſt donatio verbis precariis, ſeu inflexis, non autem ciuilibus relicta à defuncto.*

2 *Fideicommiſſum, & ſubſtantiam & nomen habet à fide hæredum, quibus committitur.*

3 *Verbis etiam directis fit.*

4 *Fideicommiſſa & primogenia apud Hiſpanos ex maxima conuenientia eodem nomine nuncupantur.*

5 *Succedere omnes in Maioratu nequeunt, quamuis exiſtant in eodem gradu: in fideicommiſſo omnes ſuccedunt.*

6 & 7 *Fideicommiſſa, & Maioratus in quibus differant, oſtenditur.*

8 *Succeſſor in Maioratu impropriè, & latè dicitur fideicommiſſarius.*

9 *Primus ſucceſſor vniuerſalis Maioratus ſuccedit directo modo, cæteri poſtea ſuccedunt obliquo.*

10 *Inſtitutio eſt duplex directa, & obliqua, & qualis ſit vtraque?*

11 *Maioratu inſtituto nullo dato cohærede vniuerſali, primus ſucceſſor directòne, an obliquo modo ſuccedat?*

12 *Maioratus, & fideicommiſſum in hoc conueniunt, quòd in vtroque conſideratur proximitas gradus reſpectu vltimi poſſeſſoris, non autem primi inſtitutoris.*

13 *Quamuis alij repugnent.*

14 *Maioratus, & fideicommiſſum conueniunt etiam in eo, quòd eorum bona nequeant alienari, niſi in certis caſibus; & quomodo hoc intelligatur oſtenditur: & num.* 15. 16 *&* 17.

1. IN quo coonenіant Maioratus, & fideicommiſſum partim ex definitione, partim ex ſubſtaotia, & oatura vtriuſque coniici poteſt. De Maioratu dictum eſt *ſuprà*, quid ſit, §. 1. *ex num.* 1. *cum ſequent.* fidei autem commiſſum, ſic poteſt definiri, vt ſit donatio quædam verbis precariis, ſeu inflexis, non ciuilibus à defuncto relicta: vt colligitur ex *toto titulo, de fideicommiſſ.* & maximè *ex § vltimo, Inſtitut. de ſingul. reb.*
2. *per fideicommiſſ. relict.* Nam fideicommiſſa, non ſolùm ſubſtantiam, ſed etiam nomen obtinueruot à fide hæredum, vt Iuſtinianus vult *in §. vltimo, in principio, Inſtit. de fideicommiſſ hæred.* Card. Mantica *de coniectu-*
3. *cturis vltimar. volunt. lib.* 7. *tit.* 2. *num.* 1. verbis etiam directis fideicommiſſum relinquitur.

Tanta ergo apud omnes Hiſpanos Iuriſconſul-
4. tos eſt conuenientia inter Maioratum, & fideicommiſſum, vt putent Hiſpanorum Maiotatus nihil aliud eſſe, quàm fideicommiſſa relicta perpetuò familiæ, in quibus ex familia proximus quiſque poſſit ſuccedere, ac præferri cæteris, ex prærogatiua gradus, & ex voluntate inſtituentis; ea tamen declaratione, quòd in Maiotatu nequeant omnes ſuccedere, quamuis exiſtant in eodem gradu ſimul: ſecùs in
5. fideicommiſſo familiæ perpetuò relicto: nam in eo omnes ſuccedunt; vt habetur *in l. cum ita legatur, §. in fideicommiſſo, ff de legat.* 2. ibi: *Et qui ex his proximo gradu procreati ſunt.* Quod etiam confirmatur per *l. peto, §. fratre, ff. de legat.* 1. per hæc verba: *Omnes fideicommiſſum petent, qui in familia fuerint.* Molin. *de Iuſtitia, de primog. diſput.* 577. *ex num.* 3. vbi tamen concludit Primogenia quamuis appellentur ab Hiſpanis fideicommiſſa non eſſe ſimpliciter ita dicenda: Ratio eſt, quòd in primogeniis apud Hiſpanos vnus tantùm, vt dictum eſt, ſuccedat in primogenio toto, quod indiuiſum debet conſeruari, cui ſuccedit maior natu proximior in gradu maſculus; Couarr. *in practicis, quæſt. cap.* 38. *à num.* 1. *& num.* 4. §. *primum*, Valaſc. Luſitan. *conſultatione* 82. *num.* 9. & eſt commuois.

Differunt etiam quòd fideicommiſſum relinquitur in teſtamenro, aut in vltima voluntate, uon au- 6.
tem io contractu: Maiotatus autem tam ex contractu, quàm ex teſtamento poſſuut inſtitui: *l. cum quis decedens, §. pater, ff. de legat.* 3. Alexand. *in l. qui Romæ, § cohæredes, ff. de verborum obligat. num.* 4. Pariſ. *conſ.* 100. *num.* 22. *lib.* 4. Decius *conſ.* 488. *num.* 19. At verò quando Maiotatus ſequitur naturam teſtamenti poteſt inſtitui in eo fideicommiſſum, ſicuti in donatione cauſa mortis poteſt fideicommitti, eò quia habeat effectum vltimæ voluntatis; etiam ſi quoad ordinationem aſſimiletur contractui: *l. vt hæredibus, & ibi* Bartol. *ff. de legat.* 2. Molin. *lib.* 1. *de primog. cap* 11. *ex num.* 4. *cum ſequent. & num.* 17. & alter Molin. *de Iuſtitia, diſp.* 182. *& de primog. diſp.* 577. *num.* 5. *verſ. ſecundo differunt.*

Item non eſt negandum conuenire fideicommiſſa cum maiotatibus, quatenus, qui bona fideicommiſſo ſubiecta alteri relinquunt, poſſunt eidem iniungere vincula, grauamina, ouera, & conditiones, prout voluerint; modò grauamen, ſeu onus non ſuperet commodum: vt habetur *in l. ab eo, Cod. de fideicommiſſis:* ſic etiam hæc omnia videlicet conditiones, grauamina, & onera conditor Maioratus poſſit apponere ſucceſſoribus, nec non in eo adiungere, vt in fideicommiſſo ſuccedant cum facultate diſponendi à lege conceſſa; prout requiritur quòd fiat in Maiotatu, in quo ſimilia ouera apponuntur: Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 8. *verſ. eorum autem.*

Inſuper differunt, quoniam fideicommiſſarius ab 7.
hærede grauato debet obtinere fideicommiſſum, nec priùs in illum dominium fideicommiſſum transfertur, neque ad fideicommiſſarium actiones, tam actiuæ, quàm paſſiuæ pertinent, quàm per hæredem grauatum ſequatur traditio: ita Molin. *de Iuſtitia, tract.* 2. *diſput.* 186 *per totam, ex §. eo ipſo, quo hæres grauatus, & de primog. diſp.* 577. *num.* 5. *verſ. tertio differunt,* vbi oſtendit validitatem fideicommiſſi de iure communi ex eo pendere, quòd hæres grauatus hæreditatem adeat, neque decedat priuſquàm teſtator. Hæc autem non procedunt in primogeniuta, ſiue inſtituatur in contracto irreuocabili, ſiue reuocabili; inter viuos, aut per vltimam voluntatem: quia ſemper vocatus ad primogenituram dicitur illam accipere immediatè à conditore ipſo, & non ab vltimo poſſeſſore. Nam eo ipſo, quòd vltimus poſſeſſor moritur, & alius ſuccedit, in ſucceſſorem transferuntur dominium, & actiones omnes in ipſum ſine aliqua ceſſione, ſeu traditione, aut apprehenſione. Imo in Caſtella ſine aliqua apprehenſione etiam poſſeſſio tranſit in nouum ſucceſſorem; vt apparet *in l.* 8 *tit.* 7. *lib.* 5. *noua recopil* Molin. *de primog d. lib.* 1. *cap.* 1. *ex num* 14. & alter Molin. *d. diſput.* 577. *verſ.* 3. *differunt ad finem*, ſubdens Maioratum, quamuis inſtituatur in vltima voluntate, non propterea eſſe fideicommiſſum relictum familiæ; ſed ab eo ortum duxiſſe, & ideò cum eo habere affinitatem.

8. Dicitur tamen successor Maioratus, improprio & largo modo, fideicommissarius: Molin. *de primog. lib.1.cap.14. num.12.* proprio autem modo, primus successor Maioratus vniuersalis iure directo succedit, quando scilicet Maioratus instituitur ex vniuersa hæreditate, tunc enim sine dubio, iure directo succedit, & iure proprio poterit huiusmodi primogenituræ adire successionem, & possessionem capere bonorum, absque ministerio alterius, cùm sit verus hæres, & in ipsum omnes actiones actiuæ, & passiuæ transeant, & personam defuncti referat in omnibus, succedatque in vniuersum ius defuncti: *l. hereditas,* vbi Scribentes, *ff. de regul. iuris.* Quod procedit de
9. primo successore vniuersali: in cæteris autem successoribus non directo modo, sed obliquo datur successio, sicut per fideicommissum, in quo hæres institutus, restituerèque grauatus, iure directo succedit: reliqui autem quibus hæreditas est restituenda, non directo, sed iure obliquo veniunt: *l.ex facto, in principio, ff.ad Trebell.* Scribentes *in l.centurio,* & *in l.verbis ciuilibus, ff.de vulgari.* Hoc autem procedit in Maioratu instituto in vltima voluntate: secùs de Maioratu condito in contractu, cum ex dispositione contrahentis nemo possit fieri hæres directos: *l.hæreditas, Cod. de pact. conuent. l. final. Cod.de pact.* nam actus contrahendi realiter, & effectualiter, differt ab actu testandi: *l. verba, gesserunt, ff. de verborum obligat.*

10. Ex dictis sequitur duplicem esse institutionem; directam scilicet, & obliquam: directa institutio est illa, per quam hæreditas de iure ciuili adiri potest, aut bonorum possessio peti de iure prætorio ipso iure, & sine alterius ministerio; quales sunt institutiones conceptæ per huiusmodi verba: *Instituo, Hæres esto, Dominus esto, Assigno, Adiudico,* & similia, quæ non egent ministerio alterius; vt ex traditis à Bald. *in l.final. Cod. de sacros. Eccles. num.12. & 13.* & Bartol. *ibidem, num.15.* & Scribentes *in cap.si pater, de testamentis, lib.6.* Obliqua autem successio est illa, quæ eget facto vel ministerio alterius: Bald. *in d.l.final. num. 14.* prout est successio illa, quæ concipitur per verbum, *Reddatur, Detur, Restituatur,* & similia, quæ externi facto alterius.

11. Porrò quando Maioratus constituitur ex quota bonorum, vel ex re certa particulari; tunc primus successor Maioratus hæres in testamento instituitur nullo dato vniuersali cohærede, in quo euentu velùti hæres io ea iure directo succedet. Quòd si fuit datus alius vniuersalis cohæres, tunc hæres in re certa iure obliquo tanquam fideicommissarius, aut legatarius succedet, non tanquam hæres: *l.quoties, §.si duo, ff. de heredibus instituendis.*

12. Conueniunt præterea Maioratus, & fideicommissum, quatenus in successione Maioratus proximitas gradus respectu vltimi possessoris consideratur: quod etiam in quibuscunque aliis fideicommissis familiæ, vel agnationi relictis habet locum: ita Socin. *in l.si cognatis, num. 40. ff. de rebus dubiis,* & Marian. Socinus *cons. 126. lib. 1.* Peregrinus *de fideicommissis, artic. 20. sub num. 2. vers. contrarium,* Valasc. *de iure emphyt. quæst. 50. num. 34.* Iul. Clar. *§. testamentum, quæst. 76. num. 14.* Guttier. *practic. lib. 3. quæst. 66. in antiqu. a num. 7.* Cald. Pereir. *de nominat. emphyt. quæst.24. num.90.* Molin. *de Iustitia, tom.1. tractat. 2. disput. 628. col.2. in medio,* Gamma *decis.7. num.1. & decis.106. num.13.* Flores ad Gammam, *d. decis.7. vers. quintus casus,* & alij apud Castil *controuers. iuris, lib.3. cap.15. num 51. & cap.19. à num.139.* Etiam si contrarium, videlicet, quòd proximitas gradus non sit attendenda respectu vltimi possessoris, sed consideranda respectu testatoris, aut conditoris Maioratus, seu fideicommissi, velint Cardin. Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib.8. titul.12. à num.1.* Couarr. *practic. cap. 38. sub num.2. vers. si sane,* & Menoch. *cons. 124. num. 1. & seqq.* quibus accedit Ceuall. *commun. contra commun. q.398. à num.1.* quos minus benè loqui puto. 13.

Conueniunt item bona Maioratus, & fideicommissi, in eo, quòd vtraque possunt alienari ex causa dotis, & donationis propter nuptias dandæ, vel restituendæ filiis, & descendentibus institutoris, bonis liberis deficientibus; prout habetur *in l. mulier, §. cum proponeretur, ff. ad Trebell.* textus *in Authent. res, quæ, C. communia de legatis,* & in corpore vnde sumitur. 14.

Regulare enim hoc intelligitur pro solutione debitorum, quæ à primo Institutore fuerunt contracta, bona Maioratus, bonis liberis non extantibus, alienari posse; ita Molin. *de primogen. lib.1. cap. 10. num. 1.* vbi de successore in Maioratu: & *num. 2. cum sequentibus,* vbi de bonis fideicommisso subiectis: & *vtrobique* concludit bona alienari posse ex causa necessaria; esto sint prohibita alienari. Idem repetit *lib. 4. cap.6. ex num.1. cum sequentibus, & ex num.17.* subdens, quæ in fideicommissis statuta sunt, ea omnia in Maioratibus Hispanorum habere locum: atque ita non solùm causa dotis, seu donationis propter nuptias, sed etiam in alimentis præstandis possessori Maioratus, ac eius filiis, seu in illo ab hostibus redimendo, & in dote pro filia moniali assignanda, & in cæteris casibus, ad quos *d. Authent. res quæ,* extenditur, procedere ipsa; nisi contrarium dispósuerit institutor Maioratus, seu fideicommissi: prout resoluunt Rodericus Xuarez *in l. quoniam in prioribus, 2. limit. ad l. Regiam, num. 11.* Gomez. *in l. 40. Tauri, num. 86.* Couarr. *lib.3. resolut. cap.6. num.10.* Quare omnia, quæ Scribentes accommodant bonis fideicommissi, eadem bonis Maioratuum Hispanorum, possunt applicari: idem Couarr. *lib. 2. variarum, cap. 16. num. 9.* & Padilla *in d. Authent. res quæ, num. 53.* Expressa autem prohibitione posita, nullo modo alienari posse huiusmodi bona sine Regia facultate, quando primogenium de illius licentia fuit conditum, alias non; vt vult Couarr. *d. lib. 3. cap.6. num.10. col. penult. & vltima.* 15.

Gregorius tamen Lopez *in l.6. titul 11. partita 6. in glossa, verbo, Que la no podiesse vender,* opinatur non posse *d. Authent. res quæ,* adaptari ad primogenia Hispanica: quod Couarr. *d. lib.3. variarum resolut. cap. 6. num. 10.* dixit subdubius ob eam rationem; quòd in Hispanorum primogeniis soleat apponi clausula, Ne bona eorundem Maioratuum alienentur, etiam ex causa dotis; quamuis in aliquibus non apponatur, semper tamen apposita subintelligenda est ex Maioratuum consuetudine, & natura: propter quam rationem subdit in Hispania fuisse inductum, vt nec ex causa dotis bona primogeniorum possint alienari.

Hæc autem ratio non viget: quare dicendum est, quando dotes, seu alimenta tempore mortis conditor Maioratus soluere tenebatur, & deficientibus bonis liberis, & fructibos ex bonis Maioratus non sufficientibus, tunc bona Maioratui subiecta posse alienari: quia sunt debita obligata ipsis bonis, quæ tenebatur soluere ipse institutor; & ideo ex ipsis bonis sunt deducenda; & ad eius hæredes hoc debitum transit: vt ostendit Molina *lib. 2. de primog.cap.15.num.42.* 16.

Porro quando institutor Maioratus tempore mortis non erat obligatus soluere huiusmodi dotes, seu alimenta, dicendum videtur *dictam Authent. res quæ,* non posse adaptari ad Hispania primogenia: nam illa loquitur de fideicommissis tantùm, in quibus 17.

non

non vtilitas publica, ſed priuata ſolùm teperitor, & ob id concedit, vt bona fideicommiſſis ſubiecta ex cauſa dotis, ſeu donationis propter nuptias alienentur; ne commodum priuatum, publico, quod teperitur in dote, ſeu doatione propter nuptias, præponatur: idem Molin. *lib.1. de primog.cap.18.num.1. & lib.4.cap.6. num.21.*

§. V.

De multiplici primogeniorum inſtitutione, déque eorum varietate.

EPITOME.

1 *Primogenia Hiſpanica differunt à primogeniis legis naturæ, & legis ſcriptæ, & quarundam aliarum nationum. Quædam ſunt familiaria, quædam hæreditaria. ibid.*

2 *Inſtitutio Maioratus habet affinitatem cum contractu oneroſo, & cum donatione ſub modo, & aliquando cum vltima voluntate. Multis tamen modis primogenia inſtituuntur, num. eodem.*

3 *Maioratus aliquando fiunt ex bonis patrimonialibus.*

4 *Maioratus fiunt interdum irreuocabiliter, & aliquando reuocabiliter.*

5 *Et quomodo differant inter ſe, & infrà, num.17.*

6 *Maioratus an poſſint inſtitui ab habente filios, quibus debetur legitima.*

7 *Maioratus inſtituti de bonis patrimonialibus an ſint legales, & quomodò poſſint eſſe legales.*

8 *Maioratus inſtitutus authoritate propria, & authoritate Principis quomodò differant.*

9 *Maioratum, qui inſtituit de Principis facultate, an teneatur, declarare quot filios habeat?*

10 *Princeps an poſſit confirmare Maioratum ex eo nullum, quòd de Regis facultate non fuerit factus poſt mortem inſtitutoris?*

11 *Facultas inſtituendi Maioratum data à Principe, an expiret morte concedentis?*

12 *Primogenia an ſit meliùs inſtituere ſine facultate Principis, vel cum ea?*

13 *Primogenia an in foro conſcientiæ poſſint inſtitui ex authoritate tantùm legis?*

24 *Inſtitutiones Maioratuum ſint-ne fauorabiles, an odioſæ?*

15 *Maioratus an poſſit inſtitui in ſcriptura priuata ſine alia ſolemnitate?*

16 *Primogenia an poſſint inſtitui, filiis legitimis non extantibus, in perſona filij naturalis, aut ſpurij?*

17 *Maioratus quando poſſit reuocari à conſtituente, præſertim quando fuit conſtitutus ex donatione Regia, aut licentia.*

18 *Maioratus ex quibus bonis non poſſit inſtitui, quando bona ſunt extra Regnum.*

19 *Quas conditiones debeat habere Maioratus, vt poſſit licitè, & iuſtè inſtitui.*

1. EX dictis *ſuprà*, §.3. *num.3.* couſtat Primogenitutam eſſe fundatam io iute diuino, naturali, & æquitate, ſicut voluerunt multi apud Tiraquellum *de iure primig. quaſt.4. num.13.* & Molinam Theologum *eodem tract. diſput.577. num.2.* vbi probat primogenia Hiſpaniæ longè abeſſe à primogeniis legis naturæ, ſcriptæ, & quarundam aliarum Nationum; nec non alier Molina *eodem tract. lib.1. c.2. ex num.2. ad num.7.* vbi *num.9. cum ſeqq.* obſeruat Hiſpaniarum Regnum veriſſimum Maioratum eſſe, atque in eius ſucceſſione verum ordinem Maioratus retineri, ac conſeruari: vt oſtenditur ex *l.2. titul.15. part.2.*

Nec obſtat *in prædicta, l. partitarum*, de ſolo Regno Caſtellæ, quoad ſucceſſionem fieri mentionem: Nam de omnibus aliis Hiſpaniarum Regnis, ſiue Prouinciis eidem adnexis idem ſentiendum eſt, quod de Regno Caſtellæ fuit deciſum à tempore Regis Pelagij. Nam ante illum vſque ad ioforrunatum Rodericom, electione, non autem ſucceſſione Regnum deferebatur; vt habetur *in quarto Concilio Toletano, Canone vltimo, verſ. Nullus apud nos: & in quinto Concilio, can. 3.* idem reperitur. Quare cùm Regnum Caſtellæ ſit caput omnium Hiſpanorum Maioratuum, ſequitur cæteros Maioratus Hiſpaniæ ſecundùm Regni ſucceſſiooem eſſe regulandos: vt notat Sigiſmundus Neapolitanus *in conſ. feudalibus, conſ.1. num. 56.* Ex eo maximè fundamento, quòd à capite membra non expedit deuiare: *c. cum non liceat, de præſcript.* Menoch. *conſ.148. num.12.* Semper enim membra myſtica debent diligere caput, & ab eo oon diſcedere: Rebuffus *in praxi beneficiali, tit. de conſtitut. in gloſſ. capitis, pag.522.*

Primogeniorum quædam ſunt familiaria, quædam autem hæreditaria dicuntur in Hiſpania. Familiaria ſunt in quibus ſolo iure ſanguinis ſuccedirur: in hæreditariis aotem iure hæreditario tantùm eſt ſucceſſio. Dicitur aotem iure hæreditario deferri, quod non niſi hæredi, iuréque hæreditario competit. Familiaria aotem ſuot, in qoibus iore ſanguinis defertur ſucceſſio, & in quibos, qui hæres non eſt, vel etiam, qui hæres eſt, ex ſola agnatione, ſeu cognatione, vel ſpeciali vocatione ſuccedere poteſt, non autem iure hæreditario: Bartol. *in l. vt iuriſiurandi, §. ſi liberi, num.4. ff. de oper. libert.* Bald. *in cap.1. de eo qui ſibi, & hæredibus ſuis, num.6. & 7. in vſibus feudorum*, Alexand. *conſ. 44. num. 1. lib.1. & conſ.26. lib.5. num.4.* Pinel. *de bonis maternis, part. 3. num. 99. verſ. quod autem, à fortiori*, vbi de Hiſpanorum Maioratibus: Gregorius Lopez *in l.4. titul. 15. partita 2. gloſſ. 1. col. 1. & in l. 2. titul. 15. part. 2. in gloſſ. ſi no el hijo maior. col.5.* Peralta *in l.3. §. qui fideicommiſſam, ff. de hæredibus inſtituendis.*

Nihilominus Maioratus reſpectu primi conditoris iure hæreditario defertur: reſpectu autem vltimi poſſeſſoris iure ſanguiois ſuccedit, cùm nihil ab vltimo poſſeſſore accipiat, ſed à primo inſtitutore: Auctor *in conſuetut. Pariſ. tit.1. §. 8. gloſſ. 3. num.14.* argumento feudorum, quorum quædam familiaria, quædam vero hæreditaria dicuntur. Hæreditaria tamen primigenia in primo ſucceſſore hanc nominationem relinquent: deinceps verò oon hæreditaria, ſed familiaria cenſenda ſunt. Idcircò quamuis filius vltimi poſſeſſoris Maioratus, ſeu agnatus proximior valeat repudiare eiuſdem hæreditatem, & acquirere Maioratum: cùm illum iure ſanguinis, oon iure hæreditario dicatur conſequi: primo tamen Maioratus ſucceſſori, qui illum ab inſtitotore eiuſdem capit, non autem ab vlteriore poſſeſſore obtinet, nec nooiure hæreditario ſuccedit, non erit integrum repudiare hæreditatem primi conditoris, & Maioratum ipſom acquirere. Nam ſi hoc eſſet illi integrum, diceretur etiam non iure hæreditario ſuccedere, ſed iure ſanguinis.

Quæri poteſt cui diſpoſitioni primogenia Hiſpanorum aſſimilari poſſint cùm inſtituuotur, quando nequeant primogeniis aliarum Nationum adaptari? 2.
Reſolutio ſit, ſi primogenium inſtitutum ſit per contractum, habere in effectu affinitatem cum donatione ſub modo, ſeu ſub conditione, & grauamine facta à cooditore, omnibus ab ipſo vocatis ad id primogenium: Molin. Theologus *de Iuſtitia, tract.2. diſput.265.* in qua de iure Caſtellæ *l.7. titul. 4. partita 5.* transfertur dominium ipſo iure ſine alia traditione in vocatum poſt vltimom poſſeſſorem,

vbi primùm accedit tempus præfixum à primo donatore, vt fiat restitutio. Quinimò per *l.45.Tauri*, possessio etiam ciuilis,& naturalis eo ipso transmittitur in nouum successorem absque alia apprehensione.

Quamuis tamen donatio dicatur respectu eorum, qui vocantur ad Maioratum, dici etiam potest hæc donatio habere affinitatem cum contractu oneroso respectu alterius,cum quo celebratur,videlicet si institutor apponat onus contrahendi matrimonium cum aliquo primo ad primogenium vocato. Si autem in vltima voluntate Maioratus fiat, erit quædam hæredis institutio, & in effectu legatum, vel prælegatum factum primo successori,ancovt eo defuncto bona legata, seu relicta succesuribus illius primogeniti ex familia testatoris venientibus ordine successiuo perpetuò deuoluantur: Molin.*de primog. lib.1.c.1.n.16.*& alter Molin.*eodem tract disp.577.n.7.*

Multis item modis institui possunt apud Hispanos & Lusitanos primigenia; omissis primigeniis Galliæ, Italiæ,& aliarum Prouinciarum, de quibus aliqua scribit Pelaez *de primog in principio prima partis, ex num.45. vsque ad num* 50. & Molin. *de primog. lib. 2. cap. 2 num. 2.* Primo ergo modo, Hispanica primogenia ortum habent à lege: secundo, ab homine instituuntur: tertio denique, a consuetudine, seu præscriptione promanant. Vnde primogenia, quæ ex lege veteri primogentris Hebræorum veniebant,& quæcunque alia.quæ illis primogenitis aliarum Prouinciarum per dispositionem suarum legum tantùm competunt,legalia dici possunt,cùm fiant ex dispositione legum; atque ita Regnum Hispaniæ meritissimo dici potest Primogenium legale, cum illius successio ex dispositione legum Hispaniæ ortum habeat,authore Molin. *d.l.1.c.1.*vbi *ex num.11.* plenè ostenditur: & consequenter eodem modo castra, seu oppida data à Principe sub titulo Comitatus, Ducatus, & Marchionatus,quæ iure Maioratus possidentur, instar Regni dicenda sunt Primogenia legalia: sicut ipsum Regnum verus est Maioratus: idcircò cùm huiusmodi Dignitates ex generali consuetudine,more Primogenitorum deferantur ad successores,& consuetudo vim habeat legis,*l.de quibus*, cum similibus, *ff.de legibus*, dicendæ sunt Maioratus legales;sicut Regnum dicitur:vt membra capiti conueniant: consentit alter Mulin.*eodem tit.disput.576. ex num.1. & num.7. cum seqq.*

Excipiuntur tamen Primogenia, quæ secundùm leges fori,& Tauri,aut ex Regia facultate instituuntur: non enim sunt legalia, vere ac propriè; sicut nec Maioratus,qui à testante,vel contrahente fiunt, cum nec lex propria sit voluntas testantis, nec contrahentis dispositio,siquidem lex bonum commune, non autem priuatum respicit: vt habetur *in l. iura non in singulas, ff. de legibus.*

Primogenia ab homine instituta plerumque ea sunt, quæ ab ipsa primæua, & originali institutione fiunt ab hominibus, qui Maioratus instituunt ex bonis,& in bonis,quæ titulo Maioratus relinquunt, in quibus vocant successores in infinitum, vel pro tempore eisdem placito: Pelaez *de Maiorat.4.part. quæst.1.n.96. & num.128.* vbi *num.129.* addit primogenituras Galliæ,deferri per leges,& consuetudines Galliæ: at verò primogenia Hispaniarum deferri per constitutiones priuatorum hominum facientium Maioratus: Molin. *d.disp.576. num.13. & disput.580. num.6.* Vnde plerumque Maioratus Hispaniarum, exceptis supradictis, non sunt legales, cæterarum autem Nationum, vt plurimùm tales sunt: vt constar ex dictis à Pelaez *vtrobique, vbi proximè, à num 96. vsque ad num.129.* idem Molin. *disput.580. num.1.*

Cæterùm Maioratus in nostra Lusitania legi mentali, qui sunt subiecti, meritò legales dici possunt; maximè quando bona Coronæ Regni, ex quibus constituuntur, ab initio non fuerunt concessa subdita vinculo Maioratus: nam tunc ab ipsa lege mentali habent, tum quòd Maioratus sint, tum etiam quòd eam peculiarem rationem, & formam habeant: In quo multùm differunt à ratione cæterorum Maioratuum eiusdem Regni Lusitani,aliorúmque Maioratuum, qui non à lege,sed à priuatis hominibus, pro suo arbitrio instituuntur: idcircò non dicendi sunt legales.

Quæri tamen potest,an in foro conscientiæ etiam possint institui Maioratus de bonis patrimonialibus? Pars negans ex eo videtur vera, quia violatur æquitas inter filios instituentis contra naturalem rationem, & æqualitatem inter filios seruandam, relinquendo vni filiorum omnia pene bona primogenij vinculo adstricta, & reliquis interdum portionem exiguam. Item quia filiæ omninò excluduntur interdum, etiam si ætate grandiores sint, quàm filij masculi, & sine dote relinquuntur competente; & inuitæ, seu inuoluntariæ coguntur Religiosam vitam profiteri. 3.

Pars tamen affirmans,posse scilicet licitè institui huiusmodi primogenia,placet Ant.Gomesio *in l.40. Tauri, num.56.* vbi probat ex authoritate, & facultate legis communis, & vniuersalis consuetudinis inductæ ob publicum bonum, & ob memoriam constituentis conseruandam, nec non propter Reipublicæ vtilitatem, vt ostenditur *ex l.12. tit.1.partita 2.* Insuper, quia ius positiuum à Rege, vel Principe non habente Superiorem conditum ex causa iusta obligat in foro conscientiæ, D.Thom. *in 1.2. quæst.96. art.4. & 6.* Sotus 4 *de Iustitia,quæst.5.art.1. & 2.* Couarr. *in 4. Decret.part.2.c.8.§.6.num.5. vers. quarto deducitur*, Gregor. Lopez *l.32.tit.9. partita 6. verbo, no valdra*, Mulio. Theologus *de primog. disput.578.vers.contraria tamen sententia*,& alter Molina *lib.2.de primog.c.1.n.3.*Idem sentit Gloss.final.& vnica *in c. qua in Ecclesiarum, de constitutionibus*, Felin. *in c.1. de constit. col.13. num.44.* Paul. *in c.in omni negotio 1.col. de testibus*, vbi omnes tradunt posse fieri Maioratum de huiusmodi bonis cum bona conscientia, & sine peccato.

Hoc tamen intelligendum est, quando Maioratus fit in filio digno, & beoemerito. Quare,si ex sola affectione eligatur à parentibus filius minùs dignus, omisso filio benè morato; non est dubium peccare parentes,præsertim quando Maioratus consistit in iurisdictione,& gubernatione,quia tunc debet eligi ab instituente filius, qui cæteris præferatur: ita Pelacius Rubeus *in sua repetitione, fol. 99. §.26.*

Præterea Maioratus alij sunt reuocabiles, alij irreuocabiles: reuocabilis,est quædam vltima voluntas anomala, atque innominata, & ideò Maioratus reuocabilis, quamuis ex contractu instituatur, semper assimilatur naturæ vltimæ voluntatis, quatenus morte confirmatur, atque reuocabilis perpetuò fit; veluti donationes, quæ vsque ad mortem possunt reuocari, morte confirmantur, & sequuntur vim vltimæ voluntatis. Quocirca Hispanorum Maioratus reuocabiles ex contractu instituti, quoad ordinationem assimilantur contractui, quoad effectus autem imitantur vltimæ voluntatis naturam: atque ita institui in contractu reuocabiliter, nec sapiunt naturam contractus, nec vltimæ voluntates censentur, nec legata, sed tertiam speciem præ se ferunt: esto vim legati, ac fideicommissi, ac vltimæ voluntatis repræsentent: prout ex traditis à Palatio Rubeo deducitur *in repetitione rubrica* 4.

rubrica de donationib. inter vir. & vxor. §. 69. *num.* 1. & probatur *ex l. post legatum*, § *final. vers. qui mortis causa*, iuncta Gloss. *verbo, legatario*, *ff. de his quibus vt indignis.*

Porrò Maioratus irreuocabilis in contractu præsertim institutus, in omnibus sequitur naturam contractus, nec habet aliquid vltimæ voluntatis: apparet ergo esse irreuocabilem, si ea lege in contractu fit, vt existat irreuocabilis, aut talia censeatur ex traditione, aut ex clausula Constituti, siue ex pacto de non reuocando, siue ex aliis clausulis significantibus idem: tunc enim Maioratus censebitur contractus inter viuos irreuocabiliter celebratus: argumento *l. vbi ita donatur, ff. de donation. causa mortis*, Bartol. *in l. cum precario, ff. de precario*, Couarr. 2. *part. rubrica, de testamentis*, *num.* 11.

Insuper potest fieri Maioratus irreuocabilis, si filius, vel alter in quem instituatur melioratio, acceptet; nam regulariter in qualiber donatione, necessaria est acceptatio donatarij; & ante illam donatio est reuocabilis, & non sortita est effectum: Gamma Lusit. *decis.* 258. vbi additio Menæ refert Gomesium, & Couarruuiam: probatur *in l.* 67. *tit.* 18. *partita* 3. *verbo, recibiente por si*: sequitur Valasc. *cons.* 55. *num.* 2. Tiraquell. *de legibus connubial. gloss.* 5. *num.* 14. Non enim præsumitur acceptatio in donatione, nisi appareat: Menoch. *de præsumpt. lib* 6. *præsumpt.* 14. Quare donatarius debet probare scientiam, & traditionem per nuntium, vel epistolam factam.

Hæc autem resolutio apud Hispanos procedit per *l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Ordin.* vbi dicitur, quòd in contractibus non requiritur stipulatio: nam ex hac lege tollitur vis acceptationis, quæ ex parte donatarij requiritur, ad hoc vt donatio reuocari nequeat: Gregor. Lopez *in l.* 4. *tit.* 4. *partita* 5. *in gloss. no lo pueda fazer.* Quod in praxi est receptum, quicquid videatur contradicere Couarr. *lib.* 1. *resolut. c.* 14. *num.* 2. *in fine*: sed resolutio Gregorij Lopez verior videtur: atque ita esse necessariam acceptationem tenet Molin. *lib.* 4. *de primog. c.* 2. *num.* 58. Gutier. *lib.* 3. *practic. q.* 96. *pag.* 709.

Ex quo sequitur ante acceptationem filij, integrum esse patri reuocare Maioratum: vt etiam ait Gloss. *in l. illud, C. de sacros. Eccles.* vbi tenet in donatione facta in causam piam, necessariam esse acceptationem: prout etiam docent Faber *in* §. 1. *num.* 5. *Instit. de obligat.* Iason *in l.* 1. *num.* 5. *C. de pactis*, & est communis secundùm Decium *in cons.* 391. & notat Tiraquell. *in tract. de pia causa, priuilegio* 115. Barbosa Lusit. *in l.* 1. *ff. soluto matrim. part.* 3. *num.* 18. *pag.* 576. ex quibus idem Tiraq. *in tract. de primog. quæst.* 28. *n.* 3. scribit, quando secundogenitus non acceptauerit primogenituram factam per primogenitum, posse primogenitum reuocare renuntiationem re integra, quia nullum ius quæsitum fuit ante acceptationem: Paul. de Castro *cons.* 195. *lib.* 2. Guido Papæ. *cons.* 12. *num.* 7. verius tamen est donationem factam Ecclesiæ etiam ante acceptationem esse irreuocabilem, secundùm communem: sequitur Ioseph. Ludouicus *decis.* 59. *n.* 18. Barbosa *vbi suprà.*

Cæterùm si pater instituat Maioratum in filium, & constituat se possidere nomine eiusdem filij res Maioratus, non acceptante filio, potest pater reuocare licitè, non obstante clausula Constituti, quæ operatur perinde acsi vera sit traditio facta: Quia hoc procedit, vbi filius melioratus acceptauit meliorationem: Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 64. Valasc. *consult.* 55. *n.* 5. vbi vult requiri ratificationem clausulæ Constituti appositæ in contractu donationis in absentia factæ.

5. Ambigi tamen potest an iuramento interueniente in Maioratu necessaria sit acceptatio meliorati, vt Maioratus sit irreuocabilis? Respondetur iuramentum operari idem, quod præsentia, & acceptatio Tabellionis operatur; ita Carol. Ruyn. *in cons.* 144. *num.* 8. & *in cons* 209. *num.* 10. *lib.* 1. Matienzo *in l.* 7. *gloss.* 2. *n.* 21 *tit.* 10. *lib.* 5. Roland. *cons.* 119. *n.* 33. *lib.* 1. Ripa *responso* 11. *n.* 3. Caccialupus *in tract. de pactis, quæst* 11. Contrarium tamen volunt Alciat. *in c. cùm contingat, n.* 336. *de iureiur.* Burg. de Paz *cons.* 14. *n.* 21. *per regul. l. certum*, §. *si quis absente*, *ff. de confess.*

Dicendum tamen est in donatione non esse necessariam acceptationem, vbi in ea interuenit iuramentum: quia in isto casu promissio censetur facta Deo. Oppositum sentit Ioann. Guttier. *in c. quamuis pactum, de pactis, in* 6. *in principio, in noua editione, n.* 54. *pag.* 345. Nihilominus quando iuramentum simpliciter fuit interpositum, eo non obstante, Maioratus est reuocabilis, quia iuramentum contractui simpliciter additum, non mutat naturam contractus, sed illam sequitur in omnibus: *l. sed & si possessori*, § *item si iurauero*, vbi Iason *n.* 9. *ff. de iureiur. l. final. C. de non numer. pecun.* text. *in c. quemadmodum, de iureiur.* cum omnibus conditionibus, & limitationibus prouenientibus ex natura contractus: Bald. *in cap. quæ in Ecclesiarum, de constitutionibus, n.* 55. Decius *in l. non omnis, num.* 11. *ff. si cert. pet.* & *in cons.* 345. *num.* 5. post Oldrad. *cons.* 95. *col. final.* & *cons.* 251. *col.* 1. Molin. *lib.* 4. *de primog. cap.* 2. *num.* 66. quia iuramentum non mutat naturam contractus; ideò vltra iuramentum requiritur acceptatio, & ante eam reuocari potest.

Idem dicendum est, si iuramentum pacto de ratum habendo, seu non contraueniendo apponatur: adhuc enim Maioratus reuocari potest; quia pactum illud sine iuramento non inducit actum irreuocabilem: & ideò iuramentum accipitur considerata natura contractus, & ex propria natura Maioratus potest reuocari: Bald. *in l. cum quis, ff. de condict. ob causam*, ex eo, quòd sicut qui donat post mortem suam, & promittit non contrauenire, adhuc potest pœnitere, ex eo quòd ista promissio adaptari debet ad naturam contractus, & non dicitur contrauenire vtendo natura contractus, *l. quæro*, §. *inter locatorem*, *ff. locati*: sequitur Alex. *in l qua dote, n.* 11. *ff. soluto matrimonio*, & Benedict. *in c. Raynutius, verbo, testamentum* 4. *n.* 27. sic etiam in nostro casu, qui promisit non contrauenire dispositioni reuocabili etiam cum iuramento, potest nihilominus promissionem reuocare.

Cæterùm multo melius Ant. Gabriel ex aliorum sententia, quos refert *lib.* 2. *commun. opin. tit. de iureiur. concl.* 10. *n.* 11. refert iuramentum adiectum pacto de non contraueniendo, facere donationem causa mortis irreuocabilem, quasi sit donatio inter viuos, vt amplius reuocari nequeat: ita Paul. de Castro *in cons.* 61 *in principio, vol.* 2. qui loquitur in donatione iurata: & ita Aretinus *in cons.* 74. *col.* 5. *vers. secunda ratio.* Socin. *cons.* 53. *col.* 5. *vers. & prædicta sola: iuncto vers. & hoc maxime*: *lib.* 1. Iuuat pactum de litigando coram vno Iudice, quod ante litem contestatam reuocari potest, propter iuramentum fieri irreuocabile, Angel. *l. si conuenerit, ff de iurisd omn iud. vers. similiter si pactio*, Paul. de Castro *ibi, circa principium, vers. & interdum, & in fine, vers. ad illud autem*: & Felin. *in c.* 1. *col* 4. *vers. tertio fallit, de indic.* & *in c. ad nostram, col. penult. vers.* 3. *pro ista parte, de iureiur.* Decius *in l si quis in conscribendo, col.* 4. *vers. sed responderi potest, C. de pactis*, & alij apud Gabrielem *d. lib.* 2. *conclus.* 9. *num.* 11. & 15.

Iam verò quando simul cum iuramento fuit appositum pactum de non reuocando, sine dubio Maioratus efficitur irreuocabilis, cum hoc ex hoc solo pactu absque iuramento fiat. Supradicta tamen sunt intelligenda de iure communi, non autem attenta lege Regia prohibente apponi iuramentum contractibus alioquin validis, vt prohibet Lex Lusit. *lib.* 4.

tit.7. *in principio*, & apud Hispanos *l.11. tit.1. lib.4. noua recopil.* de quarum legum intellectu agunt Couarr. *in c. quamuis pactum, p.1. §.3. n.8.* Gomes. *tom.1. variarum, c.14.n.22.* Peres. *l.6.tit.1.lib.3. ordinamentil, pag.475.* & alij ex nostris PP. Molin. *de Iustitia, disput. 271. vers. addidimus*, Azor. *Instit. moral. part.2. lib.10. cap.7. col.1080.* & Suar. *de Religione, tom.2. tract.5. lib.1.c.38. num.15.* Qui omnes loquuntur de promissorio iuramento prohibito appoui, ne ratione illius secularis iurisdictio pertrtheirur.

Ex dictis sequitur apud Hispanos Maioratus ex sua natura esse reuocabiles, posseque instituentem ad libitum mutare, prout voluerit, siue instituat de facnltate Regis, siue absque illa, siue in contractu, siue in vltima voluntate, prout habetur *in l.17. Tauri*, per hæc verba, quæ Latinè sic habent: *Cum pater, aut mater melioraverit quemquam ex filiis, aut descendentibus legitimis ex tertio suorum bonorum per testamentum, aut aliam vltimam voluntatem, aut per quempiam contractum alium inter viuos, siue sit filius, siue non sit in potestate patris, qui einsmodi augmentum fecerit, vsque ad horam mortis suæ, possit illud eum libuerit reuocare, nisi prædicte augmente facte per contractum inter viuos, possessionem rei, aut rerum in prædicto tertio contentarum aucto tradiderit, aut eius potestatem habenti, aut ei coram Tabellione scripturam eius rei tradiderit: aut einsmodi contractus factus fuerit ob causam onerosam cum alio tertio, exempli causa, vt ratione matrimony, aut ob rem similem. Nam in einsmodi casibus præcipimus, vt prædictum augmentum ex tertio non possit reuocari, nisi is, qui contractum fecit, in eodem sibi reseruauerit facultatem eum reuocandi, aut propter aliam causam ex iis, propter quas etiam perfectæ donationes, & iure factæ iuxta leges nostrorum Regnorum reuocari possunt.* Ita ibi: quæ lex hodie est *4.tit.7.lib.5 in noua legum Regiarum collectione*, vbi Maioratus etiam in contractu instituti naturam vltimæ voluntatis induunt: de quibus Molin. *de primog. lib.1.c.12. per totum.* Quod etiam patet ex *l.44. Tauri*, secundùm quam integrum est instituenti posse reuocare primogenia ad libitum, ibi: *Puedalo reuocar à su voluntad*, primogenia scilicet instituta siue in vltima voluntate, siue in contractu; quamuis ea, quæ in contracta instituuntur multùm distent ab illis, quæ in testamento fiunt: Nam, quæ in testamento efficiuntur nullo modo possunt fieri irreuocabilitet, *l. cum duobus, §. idem respondit, ff pro socio.* Dec. *consf.293. n.1.* & patet ex *l.35. tit.1. partita 6.* ibi: *porende ningun home no puede facer testamente tan firme, que lo no pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera.*

Hoc autem procedit, ita vt testamentum nequeat fieri irreuocabile ex iuramento facto de non reuocando, prout tenet Bart. *in l si quis, in principio, n.14. ff. de legat.3.* Iason *in l. si conuenerit, n.5. ff de iurisdict. omn. iudicum*, Iul. Clar. *lib.3. receptar. §. testamentum, quæst.94.* vbi ait esse communem, sequitur Couarr. *in rubrica, de testamentis, part.2. num.15.* Quinimo neque ex Principis facultate fieri potest, quod testamentum fiat irreuocabile, cum testandi libertas ex iure gentium descendat, ideò à Principe facultas testandi tolli non potest, nisi ex delicto, & ex alia causa iustissima: Padilla *in l. clari, C. de fideicommiss.* & Bald. *in c.1. num.13. de confirm. vtil. vel inutil.*

Sequitur item vltra prædicta, ad faciendum Maioratum irreuocabilem, sufficere traditionem realem rerum ab institutore factam, & ex traditione ficta per Constitutum; nam vera possessio ciuilis, atque etiam naturalis, quamuis modus acquirendi sit fictus, ex Constituto acquiritur: Tiraquell. ita *de iure constit. ampliatione 1. num.1. 2.part.* nec non ex eodem Constituto non solùm possessio, sed dominium tam vtile, quam directum obtinetur: Tiraq. *supra, ampliatione 8. de iure constit. num.1. cum seqq. 2. part.*

Similiter primogenium fit irreuocabile per reseruationem vsusfructus, cum ex illa possessio transferatur: *l. quisquis, C. de donationibus.* Eundem effectum sortitur traditio scripturæ, vt habetur *in lege 17. & 44. Tauri*, in qua dicitur ad inducendam primogenij irreuocabilitatem, sufficere traditionem instrumenti ipsius primogenij, vel meliorationis: non autem requiri instrumenta, ac titulos earum rerum, quæ in Maioratu, vel melioratione continentur: esto traditio titulorum, & instrumentorum rerum requirantur ad possessionis translationem, prout tradit Tellius Fernand. *in prædicta lege 17. Tauri, num.65.*

Sed dubitari solet quando primogenia fiunt ab habente filios legitimos, quæ requirantur, vt fiant licitè, & validè? Dico primò non posse fieri Maioratum, ex legitima ascendentium, aut descendentium sine licentia Regia, seu illorum consensu. Nam pater non potest eligere filium, quem voluerit, & nominare in Maioratu, & alios sua legitima priuare, nisi accedat authoritas Regis, aut consensus filiorum, quia legitima, quæ succedit loco alimentorum inducta est de iure naturali, vt *in l. scripto, ff. vnde liberi, & in l. cum ratio. ff. de bonis damnatorum, & in Authent. de hæred. & fal. §. primum itaque, collat. 1. & in Authent. nouissima, C. de inoffic. testam. & in l. nec filium, C. de patria potestate.* Et quamuis quota, & quantitas non sit inuenta, nec inducta de iure naturali, sed de iure positiuo; potest tamen Princeps taxare, augere, & minuere legitimam; nec non in concessione Maioratus illam restringere, & modificare, vt loco legitimæ cæteris filiis præstentur alimenta necessaria, atque ita non tollit Princeps, nec immutat ius naturale, sed reducitur ad illud præcisè, quod est debitum naturæ, hoc est ad alimenta necessaria: ita Cyn. *in l. sancimus, col.2. C. de nuptiis*, Bart. *in l. Titio centum, §. Titio genero, col. pen. num.6. ff. de conditionibus, & demonstr.* Bald. *in l. cum lege, C. de Episcopis, & Clericis, col.1. n.3.* Alber. *in l. quoniam in prioribus, col. pen. C. de inoffic. testam.* Abb. Anchar. & communiter Scribentes *in c. licet, de voto.* Quare non est dubium hoc modo fieri posse Maioratum. Quod quando conceditur simpliciter patri, vt de omnibus bonis possit Maioratum instituere, semper subintelligitur, modò cæteris filiis alimenta relinquantur competentia, etiam si in concessione id non fuerit expressum: Ioan. Andr. *col.2.* Abb. *n.10.* & cæteri Scribentes *in c. licet, de voto &* Abb. *consf.12. n.5. lib.1.* Tiraquell. plura referens pro hac sententia *de primog. quæst.4. num.33.*

6\. Quinimò Princeps nequit eiusmodi facultatem instituendi Maioratum concedere nisi relictis cæteris filiis, alimentis necessariis, alinquin non erit facultas licita, nec iustè concessa; sicut non erit data licentia ad primogenium ex omnibus bonis instituendum ea lege, vt nulla obligatio maneat parenti præstandi alimenta cæteris filiis; eò quia quamuis de iure ciuili positiuo legitima possit minui, non tamen tolli potest in totum per legem, vel statutum, esto minui possit, vt bene etiam Roder. Suar. *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. limitat. 2. n.1.* Menoch. *consf.210. n.109. & n.112. & sequent.* vbi *n.114.* tradit quomodò intelligatur legitimam posse diminui pro constitutione primogenituræ; vbi carpit Roderic. Suar. dicentem posse Principem suo rescripto facere facultatem patri constituendi primogenituram minuendo legitimam aliorum filiorum: quod non credit esse verum. Sed fallitur, vt patet ex dictis, eo quòd quota legitimæ cùm sit de iure ciuili minui potest à Principe, quamuis omninò tolli non possit in totum, nec per legem, neque per consuetudinem: ex quo fit vt facultas oblata ad instituendum Maioratum ex tota aliorum filiorum legitima nullis relictis reliquis filiis alimentis necessariis, nullo modo

modo possit sustineri : Molin. Theologus *de primog. disput.578. num.5. vers. tertia conclusio*, vbi concludit maioratum institutum ab habente descendentes, quibus legitima portio in bonis ipsius debetur, sustineri, siue concedatur à Principe facultas instituendi illud de omnibus suis bonis, relicta cæteris liberis alimonia competente, siue concedatur facultas maioratum faciendi de omnibus bonis non exprimendo, vt reliquis relinquatur alimonia sufficiens: semper tamen relinquenda sunt alimenta competentia, quin & fœminis attenta qualitate competens dos est relinquenda, vt possint nubere; alioquin inualida est in vtroque foro institutio maioratus: idem Molin. *num. eodem*, post alterum Molinam, *& seqq. lib.2. de primog. cap.1. ex num.2. & seqq.* eò quia Princeps concedens facultatem, vt instituatur maioratus, semper intelligit rescriptum, relictis filiis competentibus alimentis: tunc enim facultates instituendi iustissimæ sunt, quamuis in illis nulla alia causa, quàm ipsa maioratus institutio reperiatur; quia in instituendis maioratibus causa publica iustificat institutiones: Gregor. Lopes *in l.32. tit.9. partita 6. in glossa magna, col.1. de his*, Pelaez 2. *p.q.4. illat.8. num.285.*

7. Controuerti potest an primogenia ex bonis patrimonialibus instituta possint dici legalia, & quomodò possint ita appellari? Resolutio sit, primogenia instituta de bonis patrimonialibus, simpliciter non esse legalia, quamuis legibus permittentibus creentur: nihilominus in Castellæ Regno si fiant ex Tertio ab habente descendentes, quoad id Tertium ex præscripto legis debent descendentes vocari priùs, & illis non extantibus, ascendentes; iisque deficientibus, collaterales: Molin. Theologus *de maioratibus, disp.576. num.13.* atque ita quatenus participant de primogenitis legalibus, legalia possunt vocari: sed legalia non sunt simpliciter, cùm creentur ex priuatorum institutione. Idem Molin. *disp.580. n.6. ad finem.*

8. Sequitur dicendum de primogeniis creatis authoritate propria, & authoritate Principis, quomodo differant? In primis primogenium siue Principis facultate institutum, verus est maioratus, sicuti est, quod instituitur ex authoritate Principis. Differunt tamen, quia apud Lusitanos primogenia de bonis patrimonialibus ex Regia facultate instituta non confiscantur etiam propter crimen læsæ maiestatis; secùs si sint instituta de bonis Coronæ Regiæ: Molin. Theolog. *de primog. disp.582. à num.4.* Quinimo alter Molin. *de primog. lib.2. cap.2. à num.10.* ambigit vtrùm melius sit instituere maioratum cum facultate Principis; aut absque illa; concluditque vtiliorem esse institutionem primigeniorum, quæ fit sine facultate Principis, eò quia præcipitur in Regio rescripto, vt bona maioratuum nequeant fisco adiici, nisi ob crimen hæresis, læsæ Maiestatis, & contra naturam. Ex quo fit bona vinculata ex facultate Regia ob hæc crimina fisco esse subiecta. Contra verò bona sine facultate Regia primogenio subiecta, alienarique prohibita, etiam propter hæc tria crimina non incidunt in confiscationem: idem Molin. *lib.4. cap.11. num.31. & seqq.*

Nihilominus vsusfructus bonorum maioratus transeunt ad fiscum durante vita possessoris, qui deliquit: *l. Statius Florus, §. Cornelio felici, ff. de iure fisci*, vbi Scribentes communiter; quamuis in re maioratui subiecta sine expressa prohibitione, hoc concedant Doctores, alienandi scilicet similia bona: tamen accedente prohibitione expressa alienandi, communi omnium suffragio receptum est, nec ipsum vsumfructum viuente possessore in fiscum transire: vt colligitur ex Bart. adduci solito *in l. Imperator, n.1. ff. de fideicommiss. libertat.* sequitur Alex. latissimè *in consil.23. ex num.3. lib.1.* & in specie Segura *in l. cohæredi §. cum filia, ff. de vulgari, col.89. & 90.* Ripa *in l. filiumfamilias, §. Diui, ff. de legat.1. n.47.*

Hoc etiam fallit in commoditate rerum maioratus: nam hæc non obstante expressa prohibitione venit ad fiscum viuente possessore, neque institutor maioratus potest disponere, vt commoditas rerum maioratus non transferatur ad fiscum durante vita possessoris, cùm id solo fauore possessoris introductum sit, neque ex illo vllum præiudicium maioratui creetur, neque ex commoditate in fiscum translata alienatio inducitur. Cùm ergo prohibitio alienandi facta fuerit ob fauorem possessoris possunt bona illius ex delicto confiscati; secùs si prohibitio alienandi facta fuit fauori aliorum: tunc confiscari nequeunt ea bona: Segura *in d. l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulgar. num.73.* Bald. *in l. legatarius, ff. de excusation. tutor.* Decius *cons.442. num.26.* Couar. *in regula, possessor, p.3. §.1. num.6.* & alij apud Molin. *de primog. lib.4. cap.11. num.5.*

Ad hæc quæri potest an conditor maioratus possit prohibere, ne commoditates veniant ad fiscum durante vita possessoris, sed post delictum possit transferri maioratum in sequentem successorem? Responsio est affirmatiua, si dixisset, non posse confiscari commoditates etiam viuente possessore, sed delicto patrato statim bona in sequentem successorem transitura: in eo casu bona maioratus ab ipso criminoso auferuntur, & transeunt in successorem non delinquentem: Ant. Gomes. *in l.40. Tauri, n.91. vers. quod tamen:* textus *in l.3. ff. de interdict. & relegat.* vbi dicitur, delinquentem per delictum, per quod bona veniunt confiscanda, perdere bona propria tantùm, non verò illa, quæ habuit à maioribus suis.

Nec est contemnenda difficultas de impetrante à Principe facultatem constituendi maioratum, an teneatur in supplicatione exprimere quot filios habeat? Conclusio affirmatiua ex eo videtur vera, argumento impetrantis à Principe legitimationem filij illegitimi, & is habeat filios legitimos & naturales, tenetur declarare Principi quot filios legitimos & naturales habeat, vt notat Præpositus *in cap. per venerabilem, § quod autem, col.15. vers. aduerte nunc ad solennitatem, Qui filij sint legitimi*, sequitur Curtius senior *cons.19. vers. capio tertium, & cons.55. col.9. l. nec ei, ff. vltimo, ff. de adoptionibus*, vbi Iurisconsultus ait in cognitione causæ, quæ adoptioni præmittitur, agendum esse de filiorum numero adoptantis. 9.

Contraria tamen sententia, quæ negat, est verior; ex eo quòd Princeps soleat concedere facilè facultates constituendi maioratum in honorem nominis, & familiæ sub hac forma: vt reliquis filiis à primogenio exclusis congrua alimenta exhibeantur: quo fit, vt de numero filiorum non curetur. Nec obstat quod ex Curtio traditum est, legitimationem filij illegitimi esse inualidam, nisi fiat mentio in petitione filiorum legitimorum & naturalium, quos pater habeat; quod etiam dixit Couar. *in epitome de matrimonio, 2. part. cap.8. §.9. num.7.* quia Curtio, & & Præposito exceptis, paucissimi sunt, qui dicant esse exprimendum numerum filiorum. Sed ponamus; quòd sit vera illorum opinio, addi potest esse intelligendam, quando legitimatio fit ad obtinenda iura omnia filij legitimi, & naturalis, & vt simul legitimatus succedat cum legitimis & naturalibus patri. Nam in hoc casu detrahitur, & minuitur legitima portio ex ea legitimatione liberorum legitimorum & naturalium, & maior illis contingit læsio, vbi maior est eorùm numerus. Quare ratio petit hoc esse Principi declarandum. Longè aliter in casu nostro; in quo Princeps faciliùs concedit primoge-

nium creari ex bonis patrimonialibus, quæ alioquin in plures diuisa partes ob maiorem filiorum numerum faciliùs dissipabuntur ad extraneósque alienatione rerum deuenient: Molin. Theolog. *de primog. disp.*.....

10. Quæri item potest de institutione maioratus, quando est nullus, ex eo quòd de Regia facultate non fuit institutus, an in aliquo euentu possit Princeps confirmare hanc institutionem? Responsio est negatiua, nisi id omnino bonum commune exigeret, & compensatione facta iliis, quibus institutio præiudicium afferret, aut nisi illis omnibus liberè consentientibus, quamuis institutor postularet à Principe, vt eo defuncto confirmaret illam institutionem: Molin. Theolog. *de iustitia, disp.* 174. *& de primogeniis, disp.* 598. & alter Molin. *eodem tract. lib.* 2. *cap.* 7. *ex num* 14.

Si verò maioratus inualidè instituatur absque Regia facultate, & institutor mandet, vt petatur confirmatio illius, & post mandatum incidat in furorem re adhuc integra, & ex vi illius mandati durante amentia impetretur confirmatio, nullam vim habebit confirmatio, eò quia expirauit mandatum per furorem, seu amentiam, nisi post amentiam aliunde petatur, & obtineatur ante mortem conditoris: tunc enim confirmatio valebit: idem Molin. *disp.* 598. *fol.* 148. post Gregor. Lopes *l.* 42. *tit.* 9. *partita* 6. *verbo, ne valdra col.* 12. *vers. item nota*: ex ea ratione, quia mandatum expirat morte, aut amentia mandantis re integra, vt habetur *in l. si quis alicui, ff. de acquirenda hæreditate*, idem Molin. *disp.* 552. *ad finem.*

Si tamen pater maioratum in filium instituat, qui ex aliqua incapacitate, seu ex aliqua causa iusta sustineri nequeat, non resurget, nec ratificabitur, nisi de nouo consensus patris accedat, etiam si causa cesset, quæ à principio valorem actus impediuit: eò quòd actus, cùm à principio non subsistebat, ex superuenienti habilitate confirmari nullatenus potest: *l. si filius, ff. de testamentis, & l. quæ ab initio, ff. de regul. iuris*, textus *in l. omnia, ff. eodem.* Nec satis est, quòd causa incapacitatis, & inhabilitatis extinguatur, nisi confirmatio de nouo superueniat, Bart. *in l. per fundum, ff. de seruit. rustic. prædiorum*, Romanus *cons.* 509. *dubio* 5. dicens solam cessationem incapacitatis non inducere reualiditatem actus, sed exigi ad reualidandum actum, nouam reconualescentiam, & nouum consensum. Iuuant tradita per Felin. *in cap. cum dilectus, de accusat.* Chassane. *in consuetudines Burgundiæ, rubrica* 9. §. 5. *fol.* 333. *col.* 1. *num.* 9. *vers. imo facit.* Confert Bald. *in l. si vxore, col.* 2. *C. de condit. insertis*, per regulam, quòd habilitas, seu capacitas consideratur tempore actus celebrati; vt deducitur *ex cap. eo tempore*, vbi Scribentes, *de rescriptis.*

Fauet regula generalis, quòd qualitas debeat adesse tempore dispositionis, *l.* 4. *ff. de auro & argento legato*, sequitur Ripa *in l. ex facto, num.* 29. cum aliis *ff. de vulgar. & in rubrica C. de secundis nuptiis, n.* 12.

Hinc fit, si pater, & mater instituant primogenium in filium, & contingat tempore facti primogenij patrem esse incapacem ad instituendum illud, & Princeps non dispenset tempore concessæ facultatis, dicendum est primogenium ex parte vxoris, quæ capax est, esse validum; ex parte autem mariti, minimè: nam dispensatio non potest obtineri sine speciali mandato: *cap. innotuit*, vbi Abbas *notabili penultimo, de electione*, ita Pelaez *de maioratu p.* 1. *q.* 2. *num.* 141. *& q.* 9.

11. Hic adde facultatem concessam à Principe ad instituendum primogenium, non expirare mortuo illo, quamuis primogenium nondum esset institutum; dummodò literæ ea de re essent iam confectæ, & subscriptæ à Principe. Ratio, quia regulariter priuilegium Principis, gratia, vel concessio est perpetua, quamuis moriatur re integra priusquam mandetur executioni: textus *in cap. si super gratia, de officio delegati, lib.* 6. & communiter Scribentes, & *ibi Gloss. lib.* 6. text. *in c. si gratiose, de rescriptis, eodem lib.* Confirmatur *ex l.* 43. *Tauri*, quæ est hodie *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 5. *nouæ collectionis*, incipit: *Las licencias &c.* & latinè sic habet: *Licentia instituendorum maioratuum à Nobis* (inquit Rex) *hactenus concessæ, aut concedendæ in posterum, aut à Regibus post Nos venturis, non expirent per concessoris mortem, etiam si ij, qui acceperunt, non fuerint vsi viuente Rege, qui eas concessit.* Hæc *ibi*: & notat Gomes. *in eadem lege.* Molin. Theolog. *d. disp.* 599. Pelaez *de maioratu* 1. *p. q.* 17. *num.* 3. vbi ait licentiam datam ad maioratus institutionem morte concedentis non expirare: *&* 4. *p. q.* 10. *num.* 64. vbi vult ex Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 52. licentiam concessam per verbum, *fiat*, sufficere nullo modo ad faciendum maioratum, sed insuper requiri, quòd ante institutionem ipsa facultas sit perfecta cum omnibus solennitatibus, & expedita. Nam per literarum expeditionem perficitur gratia, quæ antea dicebatur imperfecta, & informis; atque ita semper gratia concessa habet tacitam conditionem, *si literæ expediantur*, & ante expeditionem literarum nihil est in illis perfectum: Felin. *in rubrica, de constitutionibus, num* 6. *& in c. veniens, n.* 3. *de accusat.*

Attamen quamuis gratia dicatur informis ante literarum expeditionem, eo ipso quòd conceditur per verbum, *fiat*, est perfecta, nec expeditio literarum necessaria est, quoad essentiam in foro conscientiæ; sed tantùm quoad probationem in foro externo: vt optimè notat Socin. *cons.* 41. *num.* 3. *&* 4. *lib.* 3. Ant. Gabriel. *tit. de probationibus, conclus.* 1. *n.* 2. *pag.* 191. & Gambar. *in tract. de officio delegati, lib.* 6. *num.* 639. *pag.* 199. & alij apud Molin. *d. disp.* 599. *n.* 1. vbi de hac re satis.

Quando autem gratia est concessa, quamuis sit ad aliquid iuxta illam faciendum, in hoc euentu finitur morte concedentis, licèt nullus ea gratia sit vsus, nec literæ essent expeditæ, & successor debet literas ea de re conficere. Eodem modo expirat gratia, quæ conceditur per ministros dependenter à Principis subscriptione, si literæ non expediantur ante mortem Principis; quia gratia non dicitur perfecta, nec perfectè concessa, à cuius ministris pro munere ipsis concesso fuit indulta.

Ex dictis oritur dubiolum, an sit melius institui 12.
maioratum cum facultate Regia, aut sine illa? Et quamuis ex supradictis facilè solui possit *supra num.* 8. dicendum est vtilius videri possidenti maioratum fuisse institutum potiùs ex legibus Regiis; quàm ex Regia facultate; & ex consequenti non ex Regia facultate, sed ex legibus Regiis censeri institutum: iuuat vtilius esse primogenium ex iure communi, non autem ex facultate Regia fuisse institutum: tum etiam quoniam facultas Regia est quid facti, & facta non præsumuntur, nisi probentur: *l. in bello, § facta*, cum similibus, *ff. de captiu.* Item quando actus fieri potest ab initio cum consensu alterius, & sine illo, in dubio præsumitur factus sine consensu illius: Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 19. quod etiam probari potest ex *l. quanquam C. de testamento militis*, vbi dicitur, quòd quando actus fieri potest ex iure communi, atque ex iure speciali, in dubio ex iure communi, non autem ex speciali factus videri: Alex. *cons.* 55. *n.* 6. *lib.* 5. Iason *in l. Centurio, n.* 11. *ff. de vulgar.* nisi maioratus nequeat valere sine Regia facultate in quo euentu ex Regia facultate censebitur institutus, si simpliciter instituatur: Molin. *supra, lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 69.

Controuerti

13. Controuerti item poteſt, an In foro conſcientiæ poſſit institui primogenium ex authoritate tantùm legis? Omiſſis authoribus negantibus huiuſmodi primogenia non poſſe iuſtè institui, prout voluerunt Cinus *in l. reſcripta, q.3. C. de precibus Imper. offerend. & in l. Barbarius, col.1. ff. de offic. prætor.* Lucas de Penna *in l. quicunque, col.2. C. de Princip. agen in reb. lib.12.* & Simancas, qui plures alios primogeniorum defectus memorat *cap.9. num.126. de cathol. institut.* dicendum eſt in foro conſcientiæ valida eſſe primogenia omnia, in quibus filij, & alij deſcendentes ſua legitima non priuantur, nec primogenitis grauamina ratione ſuæ legitimæ adiiciuntur; & ex conſequenti primogenia instituta à parentibus de quinta bonorum ſuorum portione creata in vtroque foro iuſtiſſima eſſe non eſt dubium, cùm quinta bonorum portio non includatur in legitima filiorum. Idem dicendum eſt ſi primogenia ex Tertio bonorum erigantur, aut ſimul de Tertio, & Quinto bonorum, ſeruato ordine appoſito *in l.27. Tauri,* quæ hodie eſt *l.11. tit.6. lib.5. in noua legum Regni Caſtellæ collectione,* vbi reſpectu extraneorum tertia bonorum pars eſt legitima; non autem reſpectu filiorum: vt Scribentes *in eadem lege* 27.

Cùm ergo leges Regiæ facultatem faciant primogenij instituendi parentibus, ex Tertio, & Quinto bonorum relicta legitima parte cæteris filiis, qui earum authoritate vſus creauerit primogenium, validum erit in vtroque foro: Gloſſ. *in cap. quæ in Eccleſiarum, de conſtit.* D. Thom. 1. 2. *q.96. art.4. & 6.* & eſt communis. Quod extenditur potiori fundamento ad primogenia instituta ab illis, qui nec deſcendentes, nec aſcendentes habent; nec non ad illud primogenium, quod ex tertia bonorum parte, ab eo, qui aſcendentes, non autem deſcendentes legitimos habet, fuerit creatum; vt ſustineatur cum grauamine, quòd perpetuo maneat in familia.

Hanc autem ſententiam poſſe ſcilicet ſalua conſcientia, & ſine peccato fieri eiuſmodi primogenia, tradit Couar. 2. *p. cap.8. §.6. num.5. in 4. & lib.3. reſolutionum, cap.5. num* 6. Tiraquel. *de primog. cap.4. num.13.* Molin *eodem tit. lib.1. c.18. num.1. cum ſeqq.* & Pelaez *de maioratu 1. part. q.15 & de inte q.6. art.2.* & fulcitur etiam ex illo *Geneſeos cap.48.* vbi Iacob filium ſuum Ioſeph meliorauit, per hæc verba ibi: *Do tibi partem vnam extra fratres tuos, quam tuli de manu Amorrhæi in gladio, & arcu meo.*

Accedit ratio ob quam leges permittunt fieri primogenia, & Reges in hoc veniunt fundari in bono publico, & in fauore Reipublicæ, vt ipſa viris Nobilibus, & militibus opulenta augeatur: *l. ſuper ſtatu, C. de quæſt. l.1. §. ſed & ſi ſeruus 13. de ventre inſpiciende,* ibi: *Publicè intereſt, vt ordinum dignitas, familiarúmque ſalua ſit:* & conſeruetur agnatio, & familia, & nomen teſtatoris, & anteceſſorum memoria recolatur, & deſcendentes maiorum factis prouocati, & paria, & maiora aggrediantur: argumento: *l. more maiorum ff. de iuriſdictione omnium Iudicum.* Cum ergo ob bonum publicum hoc, & vtilitatem ſit introductum, quamuis incommoda particularia per accidens oriantur, vtilitas publica eſt attendenda; & omittendum, quod præter ſpem euenire ſolet: *cap. dilecta, & cap. Ioannes. de homicidio,* ſequitur Couar. *in Clementina 1. de homicid. 2. p. §.1. num.4.* & alij, quos refert & ſequitur Spino *in ſuo ſpeculo, gloſſ. 19. de maioratu,* vbi pro vtraque parte hanc difficultatem diſcutit, *à principio* negatiuam oſtendit vſque *ad num. 14.* & affirmatiuam quam ſequimur *à num. 15. vſue ad num. 24.*

14. Sequitur deinceps quæſtio, an Institutiones maioratuum ſint odioſæ, an fauorabiles? Eſſe odioſas ex eo deduci poteſt, quòd primogenia instituta recedũt à iure communi, & diſpoſitio à iure communi exorbitans strictè interpretanda eſt, vt ex pluribus probat Tirſq. *de retract. in præfatione, n.62.* Aymon. *conſ.159. n.8.* Franc. Piſcina *in q. de fœminarum excluſione, n 4.* ſequitur Pelaez *de maioratu 1. p. q.3. n.82.* vbi decidit facultatem datam ad instituendum primogenium ſiue extraneo, ſiue parentibus, eſſe odioſam, quia inducit inæqualitatem inter filios, & conſanguineos: conſonat Menoch. *in conſ.158. n.11. tom 2.* vbi ſcribit constitutionem primogenituræ eſſe quid exorbitans à lege communi, vt reſpondit Corneus *in conſ. 199. col.14. lib.1.* imò eſſe quid odioſum carens ratione, Bald. *in l. omnes populi, num.20. verſ. tertio quæro, ff. de iuſtitia & iure.*

Eſſe autem huiuſmodi institutiones fauorabiles oſtenditur, ex eo quòd ſint introductæ propter bonum publicum principaliter, quamuis per accidens præiudicent cæteris filiis, legitimas illorum minuentes: *l. qui exceptionem, in principio, num.1.* Bald. 1. *notabili, ff. de condict. indebiti* item quia diſpoſitio, quæ fauorem principaliter conducit, cenſetur fauorabilis, quamuis incidenter in alterius odium torqueatur, vt notat Tiraquell. *de retract. lignag. §. 30. gloſſ. 1 num.5.* ſed mens, & intentio instituentium, eſt conſeruare agnationem, quamuis incidenter conuertatur in odium fœminarum: idcircò non odioſæ, ſed fauorabiles cenſendæ ſunt, ſi ex eis reliqui filij alimentis iure naturæ debitis non defraudentur: Tiraquell. *de primog. q.4. num.32.* & Couar. *lib.3. reſolut. cap.5 num.5.*

Vtraque opinio eſt probabilis. Nihilominus non eſt negandum primogenia Hiſpaniæ continere aliqua, quæ ſunt inſeparabilia, & alia quæ ſunt ſeparabilia: in his ergo, quæ ſunt inſeparabilia cenſenda eſſe fauorabilia: in his autem, quæ ſeparabilia fuerint, ſi agatur de familiæ augmento honore, & conſeruatione; quoad hoc primogenia hæc cenſebuntur fauorabilia: ſi verò agatur de cæterorum filiorum nocumento illato eiſdem ob legitimas diminutas, quoad hoc iudicabuntur odioſa.

Similiter ſi ſermo ſit de institutione maioratuum, qui ex Tertio, & ex Quinto bonorum instituuntur ab eo, qui liberos habet, vel etiam ex vniuerſo patrimonio à non habente aſcendentes, nec deſcendentes, fiunt; in vtroque euentu huiuſmodi institutiones fauorabiles erunt ob fauorem publicum Reipublicæ abſque præiudicio aliquo. Iam verò in primogeniis ex quibus reſpectu legitimarum filiis præiudicatur, quia non integra legitima illis ſuppeditatur, eſto alimenta neceſſaria non deſint (quicquid aliqui dicant eſſe fauorabilia) magis placet eſſe odioſa, quoad eam portionem, etiam ſi dici poſſint fauorabilia, quatenus ſunt instituta ritè, ac rectè, & præcedente Regia facultate; quia fauor in hoc non cernitur erga filios, ſed præiudicium. Quod adeò verum eſt, vt nequeant parentes legitimæ filiorum onus etiam pium imponere, niſi præhabita filiorum acceptatione, iuxta regulam textus *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam.* Molin *de primog. lib.2. cap.1 in fine,* & alter Molin. *diſp.216 num 9. col.2.* & alij, quos referens ſequitur Aug. Barb. *in cap. licet, de voto, num.6. & 7.* igitur diſpoſitio in qua minuitur legitima filiorum, aut grauatur, non poteſt eſſe fauorabilis reſpectu illorum.

Supereſt an maioratus poſſit institui in ſcriptura 15.
priuata ſine alia ſolennitate? Reſpondetur affirmatiuè, ſi ſcriptura fiat apud Luſitanos à viro Nobili, etiam propria manu ſubſcripta: ita Ordinatio Luſitana *lib.3. tit.59. §.15.* & *ibi* Barb. *in remiſſionibus ad ordinationem Regiam:* requiritur namque, quòd ſimul ſcriptura ſit manu eorum Nobilium facta, & per eos ſubſcripta, nec etiam ſufficit eſſe ſubſcripta tantùm,

rùm, quando vtrumque requiritur copulatiuè: sed ex hac Ordinatione *d. §. 15.* non colligitur posse fieri maioratum in Apocha seu scriptura priuata, quæ alio nomine dicitur *idiographa* Græcè. Nihilominus non est negandum indistinctè scripturam priuatam hominis in dignitate constituti habere vim scripturæ publicæ; vt constat ex *d. lib. 3. tit. 59. §. 15.* adeo quòd executionem paratam habeat: quapropter cùm huiusmodi priuata scriptura à publico instrumento non differat, illique in omnibus quoad fidem comparetur, non est dubium institutionem maioratus fieri posse per Apocham Nobilium personarum, & illi plenam fidem habendam; siquidem plenam fidem facit, dummodò constet scripturam per huiusmodi personas fuisse factas, & subscriptas, vt deducitur ex traditis *in l. filium qui meus erit, ff. de legat. 1. l. nuper, eodem tit. & vtrobique* Bart. & Scribentes, idem Bart. *in l. interstipulantem, §. sacram, ff. de verb. oblig. n. 5.* & Corneus *cons. 153. n. 2.*

Illud etiam scire expedit, institutionem maioratus etiam celebrari posse in Apocha priuata, à viro etiam non nobili, trium testium præsentia, & subscriptione munita; quamuis postea instituat alium diuersum in publico instrumento, priuata illa scriptura, ac nominatio examinatis testibus præfertur, & præualebit: per textum *in l. scripturas, C. qui potior. in pign. habeant.* cuius sunt hæc verba. ibi: *Nisi fortè probata, atque integra opinionis trium, vel amplius virorum subscriptiones, eisdem Idiochiris contineantur: tunc enim quasi publicè confecta accipiuntur.* sequitur Couat. *in pract. quæst. cap. 22. per totum*, Tiraquell. *de retract. ex conuent. § 1. gloss. 7. n. 43.* & obseruat *l. Castella 31. tit. 7 partita 5.* vbi Gregor. iuxta decisionem quam sequitur Aymon. *de antiquitate temporis, 1. p. à n. 33. sub §. quæritur etiam:* Lex Lusitana etiam potest intelligi, vt non obstante publica scriptura continente alterius institutionem, possit aliam scripturam fortiorem producere aduersarius in priuata scriptura trium testium præsentia, & subscriptione roborata, quæ publici instrumenti authoritatem adæquet, & eneruet, quia quasi publicè confecta censetur, vt *in d. l. scripturas*, docuit Imperator.

Attamen quicquid sit de iure communi, de iure tamen Lusitano hoc non potest admitti: cùm lex Regia *lib. 3. tit. 59. §. 5.* aliter disponat non posse admitti scilicet scripturam priuatam, esto plurium testium fide, & subscriptione sit roborata, quando ad probandum id, de quo agitur, exigitur instrumentalis scriptura, iuxta dispositionem Ordinationis Regiæ. Sunt tamen, qui putent legem nostram posse restringi, quando institutio maioratus verbalis facta sit in fauorem filij ipsius: tunc enim siue prior sit, siue posterior, semper præualebit, quamuis alia instrumentalis producatur; ex virtute id ostenditur ordinationis *d. lib. 3. tit. 59. §. e esta nossa lei*, de quo valde dubito, nisi quando institutio maioratus instrumentalis facta fuerit reuocabilis, & secunda institutio facta coram testibus celebrata, fuerit irreuocabilis: ex traditis per Cald. Pereir. *de potestate eligendi, c. 7. ex num. 18. & n. 31.*

In Regno tamen Castellæ, quamuis Institutio primogenij fieri soleat in scriptis, vt volunt Aut. Gomes. *l. 41. Tauri, num. 2.* & Molin. *lib. 2. de primog. cap. 8. num. 1.* Nihilominus non requiritur scriptura pro essentia, & forma, & solennitate actus, sed tantùm ad faciliorem probationem: textus *in l. in exercendis, C. de fide instrumentorum*, textus *in l. 1. C. eodem tit.* textus *in cap. 11. & per totum extra, eodem tit.* Dixi ad faciliorem, & meliorem probationem: quia scriptura ad probationem necessaria non est omninò, cùm probari possit institutio per quemuis alium legitimum modum, quo probatur vltima voluntas, si ea institutio facta sit in vltima voluntate, vel per alium, quo probantur similes aliæ dispositiones inter viuos: secùs in Lusitania vbi probatio dispositionum regulariter non admittitur, nisi per scripturam publicam, aut per confessionem partis contrariæ, iuxta *lib. 3. Ordinationum, tit. 45.* Molin. *tom. 2. de iustitia, disp. 260. vers. obseruandum, ad finem, & disp. 600. de maioratu*, vbi concludit, quando requiritur in eo Regno scriptura publica, tunc non admitti probationem per testes.

Porro ex Molin. *de primog. lib. 2. cap. 8. num. 10.* primogenium, per scripturam priuatam institutoris potest institui dummodo sit manu subscripta, & testibus comprobata sufficientibus, & multo fortius institutio sustinebitur, si fuerit recognita, ab ipso institutore, qui fateatur institutionem à se fuisse factam: nam eo ipso, quòd scriptura priuata fuerit recognita à scribente, vel subscribente, habet executionem paratam: Cald. Pereir. *de emptione, cap. 6 num. 16.* ex ordinatione Regia *tit. 25. §. 9.* idem colligitur *ex l. 41. Tauri*, ibi: *si endo tales las dichas scripturas, que hegan fe*, quare si institutio maioratus comprobari potest per solos testes, multò maiorem fidem faciet in iudicio accedente scriptura priuata sufficientibus testibus munita, aut ab instituente recognita, vt colligitur *ex l. contractus, C. de fide instrumentorum.*

Quinimo valebit institutio facta in Apocha, quamuis non subscribatur à conditore maioratus, etiamsi non apponantur in ea, solita apponi, videlicet dies, mensis, & annus, in quo fuit facta; dummodò instituror in alia scriptura publica, & authentica meminerit huius institutionis maioratus, & formæ in ea Apocha præscriptæ, & ad illam se remittat, modò constet illam esse Apocham cuius meminit scriptura authentica: Molin. Theolog. *d. disp. 600. num. 4. & 5.*

Ex dictis infertur non requiri in constitutione maioratus scripturam pro forma, & solemnitate, quia siue illa potest institui maioratus. Item quia gratia, priuilegium, vel licentia Regis non requirit scripturam pro forma, & substantia illius, sed vt facilius probetur: ideò si concedens moriatur non finitur gratia, vel priuilegium, antequam scriptura fiat, modò per testes, vel alio modo probari possit, & debet denominari ab illo prædecessore, & non à successore: Bald. *in l. humanum, C. de legibus, col. final.* Felin. *in rubrica, de constitutionibus, col. 5. num. 5.* Quòd si aliquis actus inseratur in scriptura, siue requiratur pro forma illa, siue non; si contingat non inueniri, aut amitti, per testes bene potest probari tenor illius: text. *in cap. sicut, de re iudicata.* iuuat text. *in cap. cum olim, de priuilegiis*, vbi est casus expressus Bart. *in l. 1. ff. si certum petatur, col. 5. num. 26. & ibi* Scribentes. Molin. Theolog. *de maioratu, disp. 600. ex num. 1.* vbi *num. 2.* tradit institutionem maioratus, quando fit ex Regia facultate, requiri, vt fiat in instrumento publico ipsa licentia, & vt à Principe subscribatur. Vide Molin. *ibi, per totum*, & alterum Molin. *lib. 2. cap. 8. num. 7.* vbi decidit gratiam Principis probari per scripturam, non autem per testes.

Venit etiam in dubium, an primogenia deficientibus filiis legitimis possint institui in persona filiorum spuriorum? Responsio est negatiua, quamuis habeat facultatem pater, vt constituat maioratum in quacunque persona, quam voluerit: quia intelligitur dummodò sit persona, quam lex odio non habeat: *l. Lucius Titius 2. §. Titius, ff. de legat. 2.* iuuat *l. si quando, C. de inoffic. testam.* Menoch. *de adipiscenda possess. remedio 4. n. 538.* Tiraq. *de nobilitate, cap. 37. n. 152. pag. 560.* Molin. *lib. 2 c. 11. n. 16. & n. 40.* 16.

Si tamen filius fuerit naturalis, hoc est conceptus

ex

ex parentibus inter quos possit celebrari matrimonium: potest institui maioratus ex omnibus bonis sine Regia etiam facultate, filiis legitimis non extantibus. Quod si instituens maioratum habeat patrem legitimum, non propterea aufertur facultas instituendi, ac proinde excluso patre potest maioratum efficere in filio naturali. Nec obstat *Authen. licet, C. de naturalibus liberis*, dicens filium naturalem habentem patrem legitimum, non posse totam substantiam filio naturali relinquere: quia *dicta Authen. licet*, corrigitur per *l. 10. Tauri*, in qua sancitum est, quòd substitutiones, quas pater iniungere potest filio meliorato in Tertio, debet primò facere in gratiam filiorum, & descendentium legitimorum: & filiis legitimis non extantibus, potest in filios il legitimos: & illis deficientibus, in gratiam legitimorum ascendentium. Similiter pater in hoc euentu potest, filiis propriis non extantibus ipsos, alios filios naturales vocare, esto primogenium instituens habeat parentes legitimos: eò quia potest adhærere ordini præfixo in *l. 27. Tauri*, & vti ea licentia, quæ ibi conceditur. Molin. *lib. 1. c. 4. n. 49.*

17 Sed quid si quis instituat maioratum, & postea pœniteat, poteritne ab instituente reuocari? Respondetur maioratum de licentia Regis institutum, in qua continneatur, quod semel institutus nequeat reuocari, quamuis fuerit erectus per vltimam voluntatem, deinceps reuocari non posse; Ratio, quoniam licentia conditioni illi, seu modo fuit obligata, dummodò in contractu, & non in vltima voluntate sit creatus: Molin. *de primog. lib. 4. cap. 2. num. 5.* sed alter Molin. contrarium arbitratur *disp. 583. de maioratu*, secundùm ea, quæ tradidit *disp. 151.* Quamobrem si ex licentia Regia maioratus creetur in vltima voluntate, sine dubio reuocabilis reddetur; quinimò institutio maioratus facta per Principis facultatem omninò irreuocabilis, poterit tamen reuocari, si dicatur in prouisione Regia, quòd post factam institutionem, liberè possit reuocari ab ipso instituente: nam Hispanorum primogenia ex natura sua sunt reuocabilia: text. *in l. 44. Taurina*, quæ hodie est *l. 4. tit. 7. lib. 5. noua recopil.* atque ita siue institutio fiat in contractu, siue non, naturam vltimæ voluntatis assequuntur: Molin. *lib. 1. de primog. cap. 12. per totum*, præsertim *à num. 8.*

18. An verò maioratus possit institui ex bonis extra Regnum existentibus, contentio est? Negantes tamen soluitur quæstio, nisi intercedat Regia facultas: Pelaez *de maioratu p. 1. q. 58. ex num. 1.* quia leges, sicut non ligant extraneos à iurisdictione, sic etiam omnes bona sita extra iurisdictionem; etenim bona ipsa sunt affecta iurisdictioni, & loco vbi sunt, & legibus, vbi adsunt.

19. Conditiones denique appositæ, & apponendæ non debent esse impossibiles in constitutione maioratus: si enim apponantur, non sunt adimplendæ. *l. obtinuit, ff. de conditionibus & demonstrationibus, l. 1.* cum similibus, *ff. de condit. instit.* Sub conditionibus impossibilibus continentur quatuor differentiæ. Quædam sunt impossibiles natura; vt si dicatur, *instituo te, si cœlum digito tangas.* Quædam sunt impossibiles de iure; quales sunt conditiones turpes, seu contra ius; seu contra bonos mores. Quædam sunt impossibiles de facto; veluti si quis instituatur hæres, si montem artificialem anteum Titio dederit. Quædam sunt impossibiles ratione perplexitatis; de quibus omnibus fit mentio *in § si impossibilis. Instit. de inutil. stipulat. & in l. conditiones quæ contra bonos mores, ff. de condit. instit.*

Nihilominus quando conditiones impossibiles modo supradicto, siue de iure, siue natura, siue de facto, siue ratione perplexitatis, apponuntur in contractibus, vitiant contractum ipsum, seu stipulationem: text. *in l. non solum, ff. de obligat. & action. l. impossibilis, ff. de verborum obligat.* Contra verò si apponantur in vltima voluntate, reiiciuntur; idem in legato, seu fideicommisso: & fauore vltimæ voluntatis relicta manent pura, quando conditiones sunt impossibiles à natura, seu de iure: *l. obtinuit, ff. de condit. & demonst. l. 3. tit. 4. partita 6.* Quando autem conditiones sunt impossibiles de facto, seu ratione perplexitatis, vitiant institutiones, legatum seu fideicommissum: Bart. & communiter Scribentes *in l. 1. ff. de condit. instit.* sequitur *l. 4. & 5. tit. 4. partita 6.* quicquid contradicat Emanuel à Costa in selectis conditionibus *lib. 1. p. 8. num. 9.* dicens conditionem de facto impossibilem non vitiare institutionem, sed esse ab ipsa reiiciendam.

Quare si in vltima voluntate maioratus instituantur sub conditionibus à iure impossibilibus, seu à natura appositis, ab illis sunt reiiciendæ: si autem fiant appositis conditionibus impossibilibus de facto, seu ratione perplexitatis, institutio ipsa vitiabitur, nec sustinebitur, vt de facto sustinetur, quando conditio est impossibilis à iure, seu à natura; quia tunc reiiciuntur hæ conditiones, & maioratus sustinetur.

Cæterum si maioratus instituatur in contractu, distinctione vtendum est hoc modo: quando contractus fuerit irreuocabilis maioratus, ex conditionibus istis impossibilibus appositis indistinctè vitiabitur. Quòd si fuerit reuocabilis, idem, quod in vltima voluntate, in eo maioratu seruandum erit; quia in eo euentu naturam vltimæ voluntatis sequitur, etiamsi, quoad ordinationem, contractus ex adiectis conditionibus, quæ à iure, aut natura sunt impossibiles, non vitietur, sed præfatæ conditiones vt ab vltima voluntate reiiciuntur: *l. quæ sub conditione, in principio, vers. & in mortis, ff. de condit. instit.* Sed hæc resolutio suam patitur difficultatem, eo quia, si maioratus fuerit institutus sub conditione impossibili apposita ipsi principali institutioni, quæ propriè conditio sit, atque eius suspendat perfectionem, standum est distinctioni, qua vsi sumus distinguendo vltimam voluntatem à contractu.

Ex dictis infertur hæc resolutio. Conditiones iustæ, & honestæ, quæcunque illæ sint, à successoribus maioratus sunt implendæ, & non adimpleiones priuandi sunt successione, siue in contractibus, siue in vltimis voluntatibus apponantur: *l. Mænius, & l. qui heredi, & per totum tit. ff. de condit. & demonst.* impossibiles autem turpes, & inhonestæ appositæ in maioratibus, nullo modo adimpleri debent: item impossibiles de facto vitiant institutiones, legata, seu fideicommissa: impossibiles à natura, seu de iure reiiciuntur ab institutione, legato, seu fideicommisso, remanente pura dispositione: similiter impossibiles de iure, seu de facto, aut de natura in contractibus adiectæ contractum vitiant: idem de conditionibus impossibilibus positis in contractu irreuocabili, dispositionem scilicet vitiant. In primogeniis institutis in testamento, seu in contractu reuocabili conditiones impossibiles à natura, vel de iure adiectæ reiiciuntur: quæ omnia modo supra dicto sunt intelligenda

DISPVT.

DISPVTATIO XIX.

De legibus, & conditionibus, quæ solent apponi in creatione Primigeniorum.

§. I.

Vtrùm leges appositæ in Maioratibus, seu conditiones sint modi, an verò conditiones puræ?

E P I T O M E.

1 *Leges, seu conditiones, quæ regulariter maioratui instituto adijciuntur, non inducunt conditionem, sed habent vim modi.*

2 *Conditio, & modus quomodò differant, & quibus dictionibus cognoscantur?*

3 *Leges, seu conditiones in maioratu appositæ in vim modi, licèt non seruentur, non resoluunt institutionem.*

4 *Dictio* Dummodo, *facit conditionem, apposita actui imperfecto: secus si apponatur actui perfecto.*

5 *Conditor maioratus, licèt in constituendo vtatur nomine conditionis, potius ad modum, non autem ad conditionem referri debet.*

6 *Instituens Primogenium omnes conditiones, & clausulas videtur apponere, quæ competunt ex legibus, & ex consuetudine bonis vinculatis.*

7 *Conditio, vt ducatur vxor ex tali familia, an sit seruanda.*

8 *Pœna sponsalibus posita exigi nequit, interesse in damno emergenti consistens potest exigi.*

9 *Pœna metu, nemo obligari potest ad contrahendum matrimonium*

10 *Pœna est valida posita inter alios à contrahentibus consistens in lucro non comparando.*

11 *Conditio valet, vt hæres ducat vxorem de familia ipsius hæredis.*

12 *Testator grauans filium contrahere cum persona certa, an debeat parere in secundis nuptijs.*

13 *Successor grauatus contrahere cum certa, contrauenient an incidat in pœnam non positam.*

14 *Grauatus deferre nomen, & arma, non deferens ad quid teneatur?*

15 *Grauatus contrahere, si primò nolit, & postea velit, quid amittit?*

16 *Conditio ducendi vxorem nobilem; quam nobilitatem intelligit?*

DVBITATIONES sequentes per conclusio-
1. nes expediri oportet. Dubitatio ergo prima sit, an leges, seu conditiones primigeniorum sint verè conditiones, aut modi? Conclusio sit: leges, seu conditiones, quæ maioratui instituto apponuntur, non faciunt institutionem conditionalem, sed inducunt modum duntaxat: quod intelligitur de ipsa maioratus institutione simpliciter, & absoluè sumpta. Probatur, quia conditio secundùm se suspendit effectum dispositionis in tempus ipsius conditionis impletæ: secùs dicendum de modo, is namque non suspendit effectum, neque impedit; sed obligat post
2. dispositionem perfectam ad in futurum illud implendum, quod in vim modi præcipitur.

Vnde modus est veluti lex quædam, seu grauamen dispositioni in futurum appositum, minimè eam suspendens; ex quo apparet discrimen inter modum, & conditionem presè sumptam; vt notat Gloss. & Scribentes communiter *in cap. verum, de conditionibus appositis*. Licèt enim vtrumque sit in futurum; conditio tamen suspendit dispositionem, & ideò non habet vim, quovsque impleatur conditio: modus autem dispositionem non suspendit, habet enim vim antequam impleatur modus: Molin. *de iustitia tract. 2. disp. 108. in principio pag. 1270.* vbi quibus verbis modus adhibeatur ostendit per particulam *Vt*, & alias æquiualentes.

Conditio autem presè sumpta explicatur per particulam, *Si*, quæ non habet vim, neque oritur obligatio, nisi dependenter à conditione, aut euentu incerto futuro. Et sic definitur conditio, vt sit dispositionis, idest actus, quo quis promittendo, contrahendo, & instituendo disponit, suspensio, ex incerto futuro euentu apposito: Siluester *verbo, Conditio, in principio*, & Sotus *in 4. distinctione 29. q. 2. art. 1.* quos referens sequitur Molin. *supra disp. 206. in principio*.

Dubitatio secunda, an Leges, seu conditiones, quæ
positæ in maioratu non inducunt conditionem, sed 3.
modum tantùm, faciant resoluere institutionē; si non seruentur? Conclusio sit non resolui institutionem; successores tamen teneri leges, seu conditiones implere; & ad id obligari: Ratio, quia institutio non est conditionalis, sed modalis: ideò obligat ad implendum modum; in dubio namque præsumitur præceptum instituentis maioratum adiectum per viam modi, non autem per viam conditionis: Bart. *in l. cum mota, C. de transactionibus*, Alex *cons. 10. n. 4. lib. 1.* vt ea multis probat Molin. *de primog. lib. 2. c. 15. n. 28.* vbi dictio, *dummodo*, ait non facere actum conditionalem, sed obligare per viam modi; & ideò modum esse adimplendum per viam compulsionis; non autem sicut conditio, quæ per modum exclusionis impletur.

Nec obstat multorum authoritas dicentium, 4.
quòd dictio, *dummodo*, faciat conditionem: Quia hoc procedit, quando dictio, *dummodo*, apponitur actui imperfecto: tunc inducit conditionem: secùs quando adiicitur actui iam perfecto: tunc importat modum: Tiraquell. *de vtroque retractu, §. 8. gloss.* S. Franchis *in c. non potest. § illud. de præbendis, lib. 6.* Carolus Ruyn. *cons. 43. lib. 2.* quos referens sequitur Molin *supra cap. 15. num. 28.*

Sed quid, si fundator maioratus in eo instituendo 5.
vtatur verbo conditionis? Conclusio sit, ea omnia potiùs ad modum, quàm ad conditionem referenda esse, cùm omnia in futurum non autem ante maioratus perfectionem conferātur. Si tamen in ipsa maioratus fundatione adiiciantur aliqua, quæ ad conditiones proprias magis accedant, quàm ad modum; nimirùm si testator instituat maioratum sub certa conditione existente, & non aliter, aut assignet aliqua bona sub aliqua conditione, nec aliter, nec alio modo ea bona supponat: tunc aliter dicendum est: eò quia hæc requiruntur ad perfectionem, siue ad essentiam ipsius actus, & actum ipsum verè suspendit, cùm sint propriæ conditiones.

Dubitatio tertia, quas conditiones instituens 6.
maioratum videatur apponere, & quas clausulas? Conclusio sit, institutor videtur apponere omnes conditiones, seu clausulas, quæ ex legibus, constitutionibus, & ea consuetudine competunt bonis maioratus. Vnde, quia bona maioratus de se, ac de sua natura nequeunt alienari, siue instituatur in vltima voluntate, siue in contractu, si in aliquo maioratu prohibitio alienandi desit, habetur pro expressa, cùm sit clausula, & conditio vsitatissima, & de natura

tura bonorum maioratus : *l. quod si nolit, §. qui assidua, ff. de adilitio edicto, l. circa, l. excepto, C. locati, l. vltima C. de fideiussoribus*. Pelaez *de maioratu* 1. *part. quæst.* 48. *num* 17. *& quæst.* 61. Cald. Pereir *de renouatione, quæst.* 18. *num.* 37. Ant. Gabriel *lib.* 6. *communium opinionum tit. de consuetudine, conclus.* 1 *num.* 1 *cum sequent.* & ideò conditiones, seu clausulæ, quæ sunt de natura actus, censentur appositæ, quamuis non exprimantur ; vt per Decium *in l. vt liberis, num.* 18. *C. de collat.* Simon de Prætis *lib.* 2. *de interpretat. vltimar. voluntat interpretat. prima, dubitatione* 1. *solutione* 10. *num.* 67. Iuuat, quòd contractus præsumatur fieri secundùm illius naturam, & legem : Menoch *de præsumpt. lib.* 3. *præsumptione* 38 *num* 1. Accedit, sententiam, quæ est stricti iuris, interpretandam esse secundùm naturam actus, super quo interponitur: Gloss. *in l. & puto, ff. familiæ erciscundæ*, & tradit Parlador *lib.* 2. *rerum quotid. c. final. p.* 4. §. 1. *n.* 8. & Aymon. *in cons.* 131. *n.* 7.

7. Dubitatio quarta, an conditiones appositæ in maioratu, vt successor ducat vxorem ex tali familia, vel contrahat cum persona certa matrimonium, aliàs nequeat succedere, sustineantur? Conclusio sit esse seruandas. Sed videtur obstare *cap. Gemma*, 28. *de sponsalibus*, vbi dicitur, stipulationem pœnalem contractui sponsalium apponi non posse, & appositam esse irritam; & violantem non teneri in vtroque foro soluere; vt docent Couar *de sponsalibus p.* 2. *c.* 3. §. 7. *num.* 5. Sanches *de matrim lib.* 1. *disp.* 30. *num.* 2. Gutier. *eodem tit. cap.* 17. & Bonacina *eodem tract. q.* 1. *punct. vltimo*. Quinimo est peccatum saltem veniale adiicere in sponsalibus huiusmodi pœnas: Sanches *d. q.* 30. *num.* 2. post Caietan. *in Summa, verbo, sponsalia*; quia continet culpam non mortalem, ergo venialem: idem Sanches *disp.* 32. *num.* 21. *vers. secunda conclusio*, cùm sit talis promissio interdicta fauore publico, nec confirmari iuramento, quia est contra bonos mores naturales.

8. Quinimò, quamuis pœna in sponsalibus adiecta exigi non possit, quia minuit libertatem in contrahentibus; potest tamen exigi interesse consistens in damno emergenti : P. Rebellus *de obligat. iust. p.* 2 *lib.* 4. *q.* 7. *n.* 5. & Gutier. *d. cap.* 17. *n.* 14. Bonacina *d. punct. vlt.*

Cùm ergo hæc promissio, siue adiectio pœnæ in sponsalibus sit irrita in vtroque foro, & non debeat solui, quamuis adiciatur a parentibus, vel consanguineis, vt volunt Iason *in l.* 1. *num* 9. *ff. de in ius vocand.* Azeued. *l.* 2. *num.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *noua recopil.* Sanchez *disp.* 30. *supra num.* 3. *& lib.* 4. *disp* 4. *num.* 8. ob eandem rationem, dicendum est non sustineri conditiones supra positas contrahendi matrimonium cum persona talis familiæ, vel cum persona certa; aliàs primogenij successione priuetur.

9. Nihilominus certi iuris est, metu pœnæ neminem posse obligari ad matrimonium contrahendum, *l. Titia, ff solut. matr.* tamen spe lucri, & præmij optimè posse inuitari ad matrimonium, *l. Titio, centum, §. Titio centum*, 1. *ff. de conditionibus & demonstr.* Atque ita conditiones, aut modi appositi in institutione maioratus ipsum maioratum non resoluunt; sed successores ad earum implementum sont cogendi : eò namque, quia natura conditionis illa est, vt ea deficiente, actus resoluatur, modus autem actum non resoluit, sed obligat ad implendum ipsum modum: ideò leges, seu conditiones adiectæ in maioratu simpliciter sumpto, modum duntaxat, non autem conditionem importaot, vt dictum est · Sanches *de matrim lib.* 1. *disputat* 33. *num* 8. post alios, *& lib.* 5. *disp.* 19 *n* 2. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 13. *ex num.* 1. *vsque ad* 4.

10. Ex dictis sequitur hæc conclusio: Valida est pœna posita inter alios à contrahentibus, consistens in lucro non comparando, videlicet, si aliquid relinquatur Bertæ ea lege vt Seio nubat, ideò si Seio noluerit nubere, non consequetur lucrum relictum; quoniam hæc non est vera pœna, sed potius est inuitatio ad matrimonium ineundum spe comparandi lucrum : ita deciditur *in l. Titio, §.* 1. *ff. de condit. & demonst.* Abbas *in d c. Gemma, n.* 9. *de sponsalibus*, Card. Mant. *de coniecturis vltimarum voluntatum, lib.* 11. *tit.* 18. *num* 1. valet enim conditio adiecta Bertæ, vt sub pœna amittendi hæreditatem nubat Seio, *ex l. cum ita legatum sit, vers. si Titio nupserit, ff de condit. & demonst. l.* 4. ibi, *pero si el testador, tit.* 9. *partita* 6. Couar. *in* 4. *decret.* 1. *p. cap.* 3. §. 3. *n.* 7. *&* 8. P. Molin. *tom.* 1. *de iustitia, disp.* 207. *pag.* 1265.

Similiter sustinetur conditio, vt Titius hæres, 11.
vel legatarius ducat aliquam vxorem de familia ipsius hæredis in gradu permisso à iure canonico : ita Pelaez *de maioratu* 1 *p. q.* 51. *num* 1. Cardin. Mant. *supra lib* 11. *tit* 18. *num* 6. vel etiam quamuis sit consanguinea, in gradu prohibito, si potest dispensatio obtineri : licet enim existimet Molin. *d cap.* 13. *num.* 12. *&* 13. *lib.* 2. talem conditionem debere reiici tanquam impossibilem, & ea reiecta valere legatum ; tamen valere conditionem docet A Costa *lib.* 1. *selectarum, cap.* 8 *num.* 14. nam esto, videatur difficilis dispensatio, sæpe tamen solet dispensari : atque ita non est conditio impossibilis, sed difficilis : quinimò subdit A Costa valere conditionem, vt contrahat cum consobrino, si Papa dispensauerit, mulier succedens in maioratu; quoniam licèt dispensatio sit difficillima, hoc non ad impossibilitatem, sed ad difficultatem refertur.

Legatarius autem, seu maioratus successor, grauatus contrahere cum consanguinea dispensante Pontifice, curabit dispensationem consequi: quia illi incumbit conditionem implere, si vult legatum, vel maioratum: ita Pelaez *de maioratu*, 1 *p q.* 50. *n.* 3. *& p.* 4. *q.* 40. *n.* 20. Sanches *lib.* 5 *de matrim. disp.* 5. *n.* 20. *&* 21.

Dubitatio quinta, vtrùm testator grauans filium 12.
cum persona certæ familiæ matrimonium cõtrahere, intelligatur teneri obseruare grauamen in secundis nuptiis, sub pœna amittendi meliorationem? Peralta *in l. vnum ex familia, § sed & si fundum, n.* 31. *pag.* 601. *ff. de legat.* 2. tradit filiam à patre melioratam in Tertio, & Quinto, cum grauamine nubendi cum persona certæ familiæ, & cognominis, esse obligatam ad hoc obseruandum sub pœna perdendi meliorationem, non solùm in primis nuptiis, sed etiam in secundis, si contingat secundò nubere. Quinimò Iason *in l. Titia, n.* 15. *ff. de verborum obligat.* quem allegat Neuizanus *in Sylua nuptiali, lib.* 2. *de qualitate coniugum pag.* 198. *n.* 119. Pelaez 1. *p de maioratu q.* 50. *n.* 13. *&* 14. vbi *n.* 15. addit, si relinquatur vxori legatum, si vidualem vitam egerit ; amittere illud si secondò nubat. Sanches *lib.* 1. *de matr. disp.* 34. *n.* 29. *Authen de nuptiis, §. quæ vero, collat* 4.

Dubitatio sexta, vtrùm fundator maioratus possit 13.
grauare successorem, vt contrahat cum certo genere fœminarum, nulla adiecta pœna, & successor contrauenienss excusetur a pœna, quæ non fuit expressa? Conclusio est in pœnam incidisse contraueniendo, & non seruando grauamen. Contrarium tamen videtur dicendum, eò quia pœna, & priuatio non habet locum, nisi exprimatur, & apponatur: *l. at si quis, §. Diuus ff de relig & sumpt funerum.*

Iuuat conclusionem sententia Peregrini *in tract. de* 14.
fideicommiss art. 11. *n.* 133. *fol.* 103. ex Gratio *cons.* 6. *n* 75. *lib.* 1. dicentis non adimplentem grauamen nomen, & arma deferendi, esse obligatum ad restitutionem rei cum fructibus; nec non subdit, quòd vbicumque filij instituuntur hæredes cum onere assumendi

nomen, & insignia deferendi; nisi id exequantur vt testator iusserit, substitutos esse admittendos: & tales filios non censeri positos in dispositione absolutè, sed sub conditione vult Paris. *in cons. 19. n. 96. lib. 2.* quem refert Menoch. *cons. 95. num. 89. lib. 1.* Nec mirum, quia fundator, seu testator potest in pœnam hæredem priuare, & bona alij adiudicare, si eius voluntas non adimpleatur: *l. vxorem, §. heres. ff. de legat. 3. l. paterfamilias, ff. de hered. instit.* sequitur Decius *in cons. 273. n. 2. vers. sed tamen,* validam esse conditionem accipiendi cognomen testatoris, & esse admittendum ad hæreditatem vocatum in defectum illius, qui conditionem non adimpleuit: sunt enim conditiones eiusmodi honestæ, & ideò ad vnguem obseruandæ: vt tradit Boër. *decis. 146. num. 6.* Cephal. *cons. 196. n. 10. cum seqq. lib. 2.*

15. Dubitatio septima, verùm si grauatus contrahere cum aliqua, primò nolit, deinde autem resipiscens velit, amiserit maioratum? Conclusio sit: si grauans conditione priuat grauatum ipso iure, vbi primùm requisitus fuerit, si noluerit acceptare conditionem, esto, postea pœnitentia ductus annuat, priuari iure suo, alteri iure iam quæsito: ita Gloss. *in cap. nosti, verbo, reuocare, de electione.* Peralta *l. 3. n. 1. ff. de legat. 2.* Tiraq. *in l. Boues, §. hoc sermone, limit. 23. n. 5. ff. de verbor. significat.* Quod intellige, nisi grauatus sit minor: tunc enim bene potest vti beneficio restitutionis aduersus conditionem non impletam, Pelaez *de maioratu, 1. p. q. 50. num. 14.* præsertim, quando grauamen habet naturam modi, & non conditionis, erit etiam audiendus, si velit conditioni parere. Si tamen grauans non priuet ipso iure grauatum, & omnia sint integra, poterit, qui primò renuit, postea annuere, cùm nulli ius sit acquisitum: ita Pelaez *d. q. 50. ex n. 13.* quem sequitur Sanches *lib. 1. de sponsalibus, disp. 33. ex num. 15.*

16. Dubitatio octaua, vtrùm quando instituens primogenium adiicit institutis, vt ducant vxores nobiles, intelligat nobiles ex vtroque parente? Responsio sit, Nobilem dici in primis, qui ex vtroque parente nobilis est, *ex l. 3. tit. 21. partita 2.* Imò vocatur Illustris, ab vtroque parente nobilis, vt habetur *in cap. venerabilis 37. de prabendis,* & *ibi* August. Barbos. *num. 6.* post Rebuff *in tract. nomin q. 12. n. 5. cum seqq.* Quare si conditor maioratus præcipiat, quòd filius contrahat matrimonium cum muliere *Fidalga*, aut filiabus, vel successoribus, caueat quòd nubant cum viris *Fidalgos*, seu *hyos dalgo*, satisfit mandato, si filius nubat cum fœmina *Fidalga*: eodem modo, si filia nubat cum homine *hyo dalgo*. Contra verò si conditor primogenij caueat in maioratu, quòd nubant cum Nobilibus, nam satisfit conditioni positæ à conditore, contrahendo cum fœmina, quæ solùm est *hya dalgo*, nec fœmina nubendo cum illo, qui solùm est *fidalgo* nam ad hoc, vt aliquis sit *fidalgus*, satis est quòd ex parte patris hanc habeat qualitatem. Ad hoc autem, vt censeatur nobilis requiritur, quòd ex parte Patris, & ex parte matris talis sit, hoc est nobilis: atque ita id explicat *d. l. 3. tit. 21. partita 2.* Consonat Baldus *in l. vltima C. de seruis fugitiuis*, dicens simpliciter non dici quem nobilem respectu matris, sed bene secundùm quid.

Hæc tamen resolutio intelligitur considerata consuetudine regionis, in qua homines communiter vocantur Nobiles, etsi non sint Illustres: tunc enim si institutor caueat, quòd filius, vel nepos contrahat cum fœmina *fidalga*, censetur satisfactum si contrahat cum filia *dalgo*, quamuis non sit nobilis, cùm re ipsa censeatur nobilis secundum cuiusque loci consuetudinem: Tiraq. *in tract. de nobilitate, cap. 10. n. 9. pag. 91.*

Non incidet ex hoc in pœnam amittendi primogenium, qui contraxerit cum fœmina, seu cum viro nobili ex Principis priuilegio; ex traditis per Gregor. Lopes *in d. l. 3. tit. 21. partita 2. in verbo, con villana*, vbi ait: Si quis disponat quòd succedens in primogenio non contrahat matrimonium cum plebeia, sed cum generosa; satisfecisse voluntati testatoris contrahendo cum fœmina facta nobili ex Principis priuilegio; ex regula: Paria sunt alicui qualitatem per naturam inesse, ac inesse per priuilegium: sequitur Baldus *in l. si filius, ff. si certum petatur,* Tiraquell. *in tract. de primog. quæst. 34. num. 42.* Garcias *in tract. de nobilitate, gloss. 1. §. 1. n. 42.* Item, quia paria sunt, quòd quis de iure communi, vel speciali priuilegio admittatur, *ex l. liberos, C. de collationibus.*

EPITOME.

17 *Grauatus non contrahere cum descendentibus ex Iudais, vel Mauris, an teneatur parere voluntati testatoris?*
Et quid de Ecclesia Toletana? ibid.

18 *Vtrùm excusetur à grauamine non inuestigans qualitatem personæ. & an teneatur cauere non solum in primis, sed etiam in secundis nuptiis.*

19 *Conditio posita in maioratu, ne ducatur vxor, nisi arbitrio, consensu, aut consilio alicuius, an valeat.*

20 *Fundator maioratus an possit statuere, ne in bonis maioratus fiat executio.*

21 *Executio an possit fieri in bonis maioratus durante vita, & possessione debitoris.*

22 *Vtrùm grauatus non contrahere matrimonium cum aliqua, incurrat pœnam contrahendo de præsenti, etiam ante consummationem?*

23 *Vtrùm grauatus contrahere cum aliqua teneatur contrahere in gradu prohibito?*

24 *Grauatus post mortem restituere, non potest antè cogi, & condemnatus propter crimen, restituere non tenetur ante latam sententiam, nec post illam: tenetur tamen pati, vt bonis priuetur.*

25 *Grauatus contrahere cum aliquo ex familia, non potest extra, nisi priùs probet non extare aliquem de familia.*

26 *Fundator maioratus grauans successorem ad ponendum aliquam rem in maioratu, & successores acceptando; an bona adiecta censeantur vinculata?*

27 *Conditio apposita in maioratu de consensu mariti, & vxoris adiecta, vt vnus sine altero reuocare nequeat, an sustineatur?*

28 *Conditio assumendi nomen, & arma, an sit de se licita, & an possit remitti a Principe.*

29 *Conditiones, quas conditor adiecit in aliqua clausula maioratus, an censeantur repetita in aliis clausulis?*

30 *Conditor maioratus an possit adijcere conditiones, ne Princeps possit eas mutare.*

31 *Conditiones, quæ non a facto suo, sed à Principe dependent, an sint validæ: & adiecta in testamento, an in codicillis repetita videantur?*

32 *Successor in maioratu non potest imponere nouam obligationem, nec seruitutem in maioratu, etiamsi contra illum ingratitudo committatur.*

Dubitatio nona, an institutor primogenij possit grauare successores, ne ducant vxores ex descendentibus a Iudæis, vel à Sarracenis? Conclusio est affirmatiua. Ratio, quia leges, & conditiones, quas quis ponit in re sua, sunt seruandæ: *l. in traditionibus, ff. de pactis, l. legem C. eodem,* Pelaez *de maioratu in 2. p. q. 2. n. 1. cum seqq.* sunt enim adimplendæ voluntates defunctorum, nec debent frustrari, si nihil [illegible] continent 17.

contineant : prout vult text. *in Authen. de nuptiis, §. quæ verò, collat.* 4. Iuuant tradita per Emanuel a Costa *in l. cum tale, §. si arbitratu, limit.* 5. *num.* 1. *fol.* 71. *ff. de condit. & demonst.* Sanch. *lib.* 1. *de spons. disputat.* 34. *num.* 40.

Item, quia mens institutoris prohibentia contrahere cum gente infecta, est conseruare puritatem sui sanguinis sine macula, & propriam nobilitatem: Bald *in l. ne filium, vers. istud vltimum, C de secundis nuptiis.* Socin. iunior *in cons.* 39. *n.* 42. post Alexand. *in cons.* 2. *n.* 4. *vers.* 11. *probatur, lib.* 1.

Hinc fit, vt valeant statuta Ecclesiarum aliquarum, quibus excluduntur à præbendis, & dignitatibus, homines maculati sanguinis: nec non Collegiorum constitutiones non admittentes ad collegiaturas, nisi viros ortos ex sanguine immaculato. Interest enim Reipublicæ cognoscere nationes, ne familiæ honestæ confundantur commixtione, & suppositione gentis infectæ : *l.* 1. *§. penult. ff. de ventr. inspici.* Benedict. *in cap. Raynuntius, in principio, num.* 57. *fol.* 9. *de testamentis*, vbi addit infectos, & maculosos sanguine turbulentos esse, & sub specie claræ prosapiæ plures decipere intercedente matrimonio, taliter, vt Respublica vltra damnum filiorum, confusionem generationum patiatur: vt habetur *in l.* 3. *tit.* 5. *partita* 2. *& l.* 3. *tit.* 21. *eadem part. & l. vltima, tit.* 14. *partita* 4. ibi: *ca no seria guisada coza, que la sangre delos nobles fuesse embargada, ni ayuntada à tan viles mugeres.*

18. Quare non excusabitur à grauamine imposito, neque à pœna, qui non inuestigauerit diligenter qualitatem personæ, cum qua contrahere prohibetur : vt patet ex regula text. *in l. qui cum alio, ff. de regul. iuris*, Bald. & Salicet. post Cinum *in l. qui contra, C. de incest. nupt.* Valet namque conditio ne matrimonium contrahatur cum ignobili, aut cum descendente à Iudæis, vel Sarracenis; quia liberum erit, & integrum cum aliis contrahere: ita Sanch. in nostro casu, *vbi proximè, num.* 40. post plures, quos *ibi* referens sequitur. Quinimò grauatus non contrahere cum descendentibus ex sanguine maculoso, non solùm in primis nuptiis, sed etiam in reliquis tenetur grauamen obseruare : vt probat Alciat. *in l. boues, §. hoc sermone, ff. de verborum significatione*, Couar. *lib.* 1. *resolut. cap.* 13. *num.* 7. vbi subdit non solùm filios illius, qui contrauenit; esse inhabiles ad primogenium; sed multo magis parentem illum, qui contraxit contra voluntatem instituentis, quia fortior est prohibitio in causa, quàm in causato, vt probatur per regulam *authen. multomagis, C. de sacros. Eccles.* Sanches *supra, num.* 41. *&* 42. dicens contra facientem amisisse legatum, seu maioratum; quia ea conditio negatiua includit omnes nuptias, cum sit perpetua, quamuis matrimonium non fuerit consummatum, coniuge obeunte, vel religionem profitente.

Dubitatio decima, vtrùm quando successor in maioratu contraxit matrimonium contra voluntatem, & ordinem instituentis, amiserit primogenium, si matrimonium fuit irritum? Conclusio sit; pars affirmans videtur vera, eò quia contrahere contra voluntatem testatoris secundùm se malum est, sicut factum contra legem, & habetur pro non facto, quoad commodum facientis; secùs, quoad damnum: ita Bart. *in l. non dubium, num.* 10. *C. de legibus*, sequitur Paul. *ibi, num.* 9. Iason *num. item* 9. Flaminius *de resignatione, lib.* 7. *q.* 1. *n.* 23. Cùm ergo matrimonium fuerit nullum, censendum est fuisse validum, vt contrahentes damnum subeant, & vt pœnis subiiciantur : item quoniam, quamuis matrimonium initum cum consanguinea sit irritum iure, contrahentes non excusantur ab excommunicatione *Clementinæ primæ, de consanguinitate*, sicut beneficiarius in sacris, esto nulliter contrahat matrimonium, priuatur ipso iure beneficio: vt docet Couar. 4. *decret.* 2. *p. cap.* 6. *§.* 3. *num.* 4. vbi idem tenet, si beneficiarius in minoribus inualidè contraxit. Ergo similiter in nostro casu. Conferunt tradita per Molin *lib.* 2. *de primog cap.* 16. *num.* 18. *&* 19.

Pars negans est verior: nullam scilicet incurrere pœnam successorem, & ex consequenti, non amittere maioratum, si matrimonium illud cum descendente à Iudæis esset irritum. Probatur *ex l.* 1. *in fine, C. de sepulchro violato*, vbi notarius confecto instrumento falso, inualido, non punitur pœna ordinaria; sed extraordinaria : item, quod nullum est, nullum producit effectum : *l.* 4. *§. condemnatum, ff. de sententia & re iudicata*, & paria sunt non esse, & esse nullum: *l. duo sunt Titij, ff. de testament. tutel.* Accedit, verba cum effectu esse intelligenda: *c. relatum, de clericis non residentibus*: nec non actus nomine, commoniter venit actus qui est validus: Tiraq. *de retractu lignag. §.* 1. *gloss.* 2. *n.* 5. ideò cùm tale matrimonium, vt supponimus sit nullum, censebitur ac si non esset.

Ad argumenta pro parte contraria dicendum est, contractum factum contra legem esse nullum, quoad commodum contrahentium; validum autem, quoad eorum incommodum: *l. peto, §. fratre. ff. de legat.* 2. *l. pater, §. fili, & sequent. ff. de legat.* 3 Bart. *in l. non dubium, col.* 3. *vers. oppon. quod secundum, C. de legibus*: Ideò punitur faciens tale actum, *c. si religiosus, in principio, de electione in* 6. Est enim rationi, & æquitati consentaneum, vt damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi imputetur, iuxta communem regulam & vt alteri non præiudicet, cùm per alterum non debeat iniqua inferri alteri conditio : *l. non debet. ff. de regul iuris* : & ita non mirum, si actus valeat in odium frangentis legem, ne ex delicto suo commodum reportet : Sanches *lib.* 3. *de matrim disp.* 2. *n.* 8. *vers. ad* 3. Flaminius *de resignat. lib.* 7. *q.* 1. *ex n.* 23.

Ad excommunicationem *Clementinæ*, dicendum, illam punire solum factum, & animum contrahentium, cùm alias esset frustratoria: quoniam matrimonium inter consanguineos non potest sustineri: atque ita non est mirum, quòd contrahentes puniantur excõmunicatione. Accedit Sanch. dicẽs, per clandestinum matrimonium, omissis denuntiationibus, incurri pœnas, & esse validum, quoad pœnas incurrendas, prout ipse tradit *d lib.* 3. *disp.* 1. *n.* 7. *& disp.* 2. *n.* 8. *ad finem*; vbi reddit rationem ob quam beneficiarius per contractum matrimonium incurrat pœnam amissionis beneficij, quia scilicet visus est relinquere beneficium assumpto statu incompatibili beneficio: atque ita hæc pœna videtur procedere ex præsumpta contrahentis voluntate, cùm Ecclesia detestetur similia matrimonia.

Dubitatio vndecima, an conditio nubendi arbitratu, consilio, seu consensu alicuius sit valida? Conclusio sit non posse conditores maioratuum præcipere, vt successores nequeant contrahere matrimonium, nisi de arbitrio, aut de voluntate suorum parentum. Ratio, quia hæc conditio libertati matrimonij aduersatur: Peralta *in l.* 1. *n* 32 *ff de legat.* 2. Card. Mantica multis relatis *de coniect. vlt. volunt. lib.* 11. *tit.* 18. *n.* 8. Molin. *de primog. lib.* 2. *c.* 13. *n.* 35. *vers. in* 1. *casu*, vbi id probat per text. *in l. cum tale, §. si arbitratu, ff. de condit. & demonst. & in l. turpia ff. de legat.* 1. sequitur alter Molina *eodem tit. disp.* 614. *num.* 4. Pelaez *eodem tract.* 1. *part disp.* 50. *ex num.* 62. *cum sequentibus*; quibus accedit Sanches *de matrim. lib.* 1. *disp.* 34. *n.* x. *& n.* 19 *cum seqq.* vbi concludit conditionem nubendi arbitratu alicuius esse reiiciendam. 19.

Conditio autẽ ducendi vxorem cum consilio talis personæ non reiicitur, quia iussus aliquid facere cum

consilio alicuius, non tenetur sequi consilium: satis est enim consilium petere, & aliquantulo tempore expectare debet, quamuis illud sequi non adstringatur, vt bene Gloss. *in cap. cum consuetudinis, verbo, consensu, de consuetudine*, & ibi Hostiensis *super illo verbo*, & probat *ex cap. cum in veteri, de electione*. Nisi in casibus, in quibus tenetur petere, & sequi consilium: in quo euentu conditio est reiicienda, cùm impediat libertatem matrimonij: ita Molin. *lib. 2. de primog. cap. 13. num. 38.* vbi de casibus, in quibus & petere & sequi quis tenetur consilium: Sanchez *supra disp. 34. num. 25. & 26.* vbi addit, si is, cuius consilium exigitur, non sit præsens, sed absens, & periculum sit in mora, posse matrimonium fieri sine consilio personæ nominatæ, vt colligitur ex Gloss. *Clement. 1. de foro competenti, verbo, diœcesanis*, Bart. *in l. si plures, ff. de exercit.* Pelaez *de maioratu, 1. part. quæst. 50. num. 6. ad finem.* Dicitur autem non posse peti consilium, quando is à quo peti debet, longè abest: ita Abbas *d. Clement. 1. de foro competenti, num. 17.*

Secùs quando est conditio requirendi consensum: tunc enim reiicitur tanquam contraria matrimonij libertati; Sanches *supra num. 51.* post Rebuffum *in praxi beneficiali, tit. de forma vicariatus, n. 95.* sicut & conditio contrahendi arbitratu alicuius, vt dictum est, nisi sit imposita viduæ: tunc enim valet conditio imposita viduæ, vt non nubat, nisi arbitratu alicuius: Matienso *lib. 5. recopil. tit. 1. l. 3. gloss. 2. num. 17.* Gratianus *regula 83. num. 14.* Quod si ille iustè arbitrium suum dixerit, fœmina tenetur arbitrium illius sequi; illo tamen nolente arbitrari, fœmina ad legatum admittetur, cùm per eam non steterit: ita A Costa *in l. cum tale, §. si arbitratu, ampliatione vltima,*
20. *num. 6. ff de condit. & demonstr.*

Dubitatio duodecima, vtrùm instituens maioratum possit statuere, ne in bonis maioratus possit fieri executio? Conclusio sit affirmatiua: cùm talis prohibitio sustineatur: per text. *in Authen. de nuptiis, §. disponat, l. testandi, C. de testamentis*: nam instituentis voluntas pro lege habetur, & voluntas distinguit, & format omnes actus hominum: *l. non omnis, ff. si certum petatur*, Tiraquell. *in l. si vnquam, in verbo, libertis, num. 42. C. de reuocand. donat.* Alex. *cons. 52. Circa hanc dubitationem, lib. 4. num. 1.* Semper enim præsumitur pro validitate actus: *l. quoties, ff. de rebus dubiis.* Idcirco voluntas instituentis est seruanda; quamuis actus reddatur inutilis: *l. verbis ciuilibus, ff. de vulgar.* ibi: *Ne fiat contra testatoris voluntatem*: vbi Paul. de Castro: confirmat Peralta *in l. Maenius, num. 2. ff. de legat. 2.*

Quapropter ante omnia considerandus est tenor scripturæ, quæ derogat omni iuri, & omnij naturæ etiam feudali: quod notat *cap. 1. de duobus fratribus*, quem text. ad scripturas maioratuum, & ad facultates concessas ad instituendas maiorias valde obseruat Peralta *in l. 3. §. qui fideicommissum, num. 133. pag. 247. ff. de hered. instituend.* Molin. *lib. 1. de primog. cap. 2. num. 27.* sunt enim paria vocari primogenitum à lege municipali, vel ex tenore scripturæ: atque ita omne id potest instituens in suo maioratu, quod sibi expressè non est prohibitum, per regulam, *l. nec non, §. sed quod ei, ff. ex quibus causis maior.* Quinimò in vltimis voluntatibus est pro ratione voluntas: Corne. *in l. 2. num. 1. vers. nec obstant, C. de conditionibus insertis.* Vnde non solùm voluntas expressa conditoris, sed etiam tacita est exequenda: *l. licet Imperator, post principium*, vbi Bart. & alij, *ff. de legat. 1.* Menoch. *cons. 56. num. 50. & de præsumptionibus lib. 1. præsumptione 37. num. 13.*

His positis dicendum est, in bonis fideicommissi, & primogenij, posse fieri, vbicunque successor fuerit hæres, executionem; etiam post vitam debitoris præsertim quando successor in maioratu, qui est hæres prædecessoris, fuerit hæres sine beneficio inuentarij: ita Carol. Ruyn. *cons. 176. num. 18. lib. 1.* Alexand. *in cons. 19. num. 1. cum seqq. lib. 5.* Posse item testatorem prohibere alienationem pro vita possessoris in præiudicium creditorum tradit Carol. Ruyn. *in l. filius familias §. Diui, ff. de legat. 1. num. 51. pag. 507.* vbi hanc quæstionem discutit.

Eodem modo posse fieri executionem in fructibus maioratus propter debita à possessore contracta vult Ioan. Lop. *in rubrica, de donatione inter vir. & vxor. §. 62. num. 18. pag. 192.* Imò posse fieri executionem in bonis feudalibus resoluit Andre. Gail. *obseruationum lib. 1. obseruatione 117. num. 2.* quod intelligit in defectum aliorum bonorum, sicque fuisse conclusum, vt victor in possessionem bonorum feudalium in defectum aliorum mitteretur, & fructus, atque redditus ex iis percipere posset: per text. *in l. commodis, ff. de re iudicata*, Gloss. *ibidem, in verbo, interdixi*, text. *in l. stipendia, C. de executione rei iudicatæ*, Bart. Alex. & alij *in l. si finita, §. siue vectigalibus, ff. de damn. infect.* Quæ quidem executio tandiu habet effectum, quandiu durat ius vasalli: nam nihil iuris, quoad feudum competit creditori. Vnde defuncto vasallo debitore, quamuis ex redditibus perceptis non facta sit creditori plena satisfactio, feudum tamen ad dominum, seu agnatos, considerata sui natura, redit: illis namque nocere non potuit vasallus debitor. Soluto enim iure datoris, soluitur quoque ius accipientis: text. *in l. lex vectigali fundo, ff. de pignor. & hypoth.* text. *in cap. nuper, de donat. inter vir. & vxor.*

His tamen obstat, non posse scilicet fieri supradictam executionem in fructibus feudi hæreditarij contra hæredem condemnati, quando feudum non est legitimè obligatum; esto sit hæreditarium: quia non venit in generali obligatione bonorum: vt *in cap. generali, Si de feudo fuerit controuersia inter domin. & agnat.* Quin potiùs, esto feudum specialiter fuisset obligatum, deficiente Regio consensu in obligatione, obligatio est nulla ipso iure: vt habetur *in l. imperialem, in principio, de prohibita feudi alienatione per Feder.* Cùm ergo feudum non sit seruatis seruandis obligatum, consequenter nec fructus prouenientes ex feudo sunt obligati: nam fructus sunt pars fundi; vt *in l. fructus, ff. de rei vendic.* vnde prohibita executione in feudo seu in fundo tanquam principali, prohibetur etiam executio in fructibus, vt in accessoriis: per id quod dicit Bald. *in l. & si is quem, C. de prædiis & aliis reb. minor.* vbi si non valet principale, non valet accessorium, & extincto vno principali, extinguitur accessorium: prout ait idem Bald. *in cap. 1. de vasal. decrepitæ ætatis.* Quare sicut fructus feudi tanquam accessorij ad feudum nequeunt obligari, quia dominus dat feudum cum ipsis fructibus: sic multo fortius neque ipsum feudum, & vice versa.

Quamuis enim id videatur procedere in feudo, & in fructibus pendentibus; in fructibus tamen separatis nemo negat posse fieri executionem: quia ista sunt bona hæredis, quæ defunctus obligare potest, vt Scribentes docent *in l. assiduis, C. qui potior. in pignor. habe.* Præterea fructus ex re hæreditaria dicuntur etiam res hæreditariæ, & ideò in ipsis potest fieri executio, quæ non poterat fieri in feudo non grauato pro debito: proinde in commoditate potest fieri executio.

His adde hæc procedere in feudo hæreditario cuius bona censentur obligata: secùs de fructibus feudi, ex pacto, & prouidentia, qui nequeunt obligari, & per consequens in illis fructibus non fit executio, nisi

successor

successor sit simul hæres sine beneficio inoentarij, vt vult Andreas *in cap. 1. an agnat.* sequitur Afflict. *decis. 26. per totam.*

21. Ea dictis colligitur posse fieri executionem in bonis maioratus durante vita, & possessione debitoris: vt tradit Baëça *in tract. de inope debitor. cap. 16. num. 106. fol. 122.* per text *in l. pete, §. prædium, ff. de legat. 2.* & per Bald. *in Authen. & qui iurat. C de bonis authoritate iudicis possidend.* quos refert, & sequitor Pelaez *4. part. quæst. 26. num. 7.* De his autem, & de aliis debitis ad quæ tenetur successur in maioratu, dicetur latiùs *§. sequenti,* secundùm ius commune, & secundùm Ordinationem Lusitanam *lib. 3. Ordinationum tit. 93. & lib. 4. tit. 101.*

22. Dubitatio decimatertia, an grauatus non ducere certam fœminam in vaorem sub certa pœna, incurrat illam contrahendo de præsenti, etiam non consummato matrimonio? Conclusio est affirmatiua ex Ioan. Gutier. *in canonicis quæstion. q. 17. num. 23.* vbi tradit matrimonium esse perfectum etiam aote copulam; matrimonium namque etiam ante copulam significat coniunctionem Christi, & Ecclesiæ; atque ideo indiuiduum vinculum est. Déque eius differentia inter matrimonium ratum, & consummatum, Sanches *lib. 2. de sponsalibus, disp. 13. num. 1.* ideò grauatus non contrahere matrimonium cum aliqua persona, dicitur contra fecisse, & pœnam incurrisse, contrahendo per verba de præsenti citra copulam; ita Aretinus *cons. 67. col. 2. vers. venio ad primum,* quem refert Simon de Prætis *lib. 4. de interpretat. vltim. voluntat. dubio 1. num. 2. fol. 442.*

Valere autem huiusmodi institutiooem sub conditione nubendi, vel non nubendi certæ personæ, tradit Ioan. Minsing. *obseruat. singular. cent. 6. obseruat. 31. per totam* qui refert Decium, & alios *in tract. de fideicommissis, art. 27. num. 75.* post Felinum *in cap. in præsentia, de probationibus, num. 68.* & alios, quibus accedit Sanches *de matrimonio, lib. 1. disp. 34. num. 41.* Proinde cùm matrimonium per verba de præsenti sit verè matrimonium, noo est dubium incurrisse pœnam ante copulam. Quod adeò verum est, vt fœmina per verba de præsenti despoosata, nequeat facere contractum absque licentia mariti: vt latè probat Pelaez *de maior. 1. p. q. 39. ex n. 8. vsque ad n. 23.*

23. Dubitatio decimaquarta, Vtrùm grauata nubere vni de domo, teneatur nubere in gradu prohibito? Conclusio est negatiua: argumento habentis potestatem eligendi pauperes, qui noo potest eligere indignum: Bald. *in l. Barbarius, col. 6. ff. de officio prætoris,* Gregorius Lopes *in l. 32. tit. 9. part. 6. gloss. in verbo, no valdra.* Matienso *in l. 7. tit. 8. gloss. 5. num. 2. lib. 5. recopil.* & in specie tradit Abbas *cons. 65. num. 3. lib. 2.* & Simon de Prætis *lib. 4. de interpretat. vltimar. voluntat. dubio 1. num. 7.* quos referens sequitur in nostro casu Pelaez *de maioratu 1. part. quæst. 48. num. 112.* nam iusta causa facit, vt à mandato recedatur: quod intelligitur quando conditio peodens à voluntate Principis reputatur impossibilis: tunc enim quando Princeps non solet concedere, conditio non obligat; secùs quaodo solet: intelligitur namque præcedente pontificia dispensatione: Sanches *de matrimonio, lib. 5. disp. 5. num. 19.* quia ea conditio non reputatur impossibilis: & contrarium sentientes loquuntur, dum non exprimitur conditio, si Pontifex dispensauerit, vel si exprimatur, tale est impedimentum, in quo non solet dispensare: A Costa *lib. 1. selectarum, cap. 8. num. 14.* Molin. *de primog. cap. 13. à num. 8.* Meres *de maioratu 1. part. quæst. 50 num. 2.*

24. Dubitatio decimaquinta, vtrùm condemnatus restituere post mortem, possit compelli ante mortem? Conclusio est negatiua, per *l. vxorem, §. Seium maritum, ff. de legat. 3.* Si tamen voluerit, potest restituere: per Gloss. *in l. cum pater, §. hæreditatem, in verbo, existere. ff. de legat. 2. l. 1. §. assignare, ff. de assignandis libert.* Quinimò nec post mortem ante sententiam teoetur restituere, nec post illam fisco, præsertim si ea pœna sit priuatio omnium bonorum, vt est in Reo tam humanæ, quàm diuinæ Maiestatis læsæ, esto delictum sit notorium, adhuc enim exigitur Iudicis sententia. Nam esto crimen ita sit euidens, vt nulla tergiuersatione occultari possit, adhuc fiscus occupando bona ante sententiam declaratoriam, tenetur restituere, quia iure vsurpaodi illa caret; vt latè probat post multos Sanches *in præcepta decalogi, lib. 2. cap. 22. per totum.* Quare si rogatus in iudicio crimeo negauerit, non tenetur fisco bona restituere: Azor. *tom. 1 instit. moral. lib. 3. cap. 8. quæst. 5. & lib. 8. cap. 12. quæst. 5.* idem Saoches *vbi proximè, num. 21. & lib. 10. de matrim. disp. 8. num. 14.* Vasquez *1. 2. quæst. 96. art. 5. disp. 175. cap. 12. num. 13. & 14.* eò quia iniustè impediens tenetur tune resarcire damnum, quando peccat contra iustitiam commutatiuam, per ordinem ad illum, cui restitutio erat facienda, ipso non impediente: sed reus iniustè negans delictum, non peccat contra iustitiam commutatiuam, cùm non teneatur fateri verum propter vtilitatem illius, cui erat applicanda pœna, sed propter solam publicam iustitiam, quæ fertur ad punienda crimina.

Nihilominus Sotus *lib. 1. de iustitia, quæst. 6. art. 6. ante 5. conclusionem,* & Molin. *tom. 1. de iustitia, disputat. 95. col. penult. vers. duo sunt hoc loco,* docent delinquentes rogatos legitimè in iudicio, negantésque delictum, esto liberi euadant, teneri pœnam hanc restituere fisco, & booa illi tradere, vel alij debitam per senteotiam, etiamsi pœna non sit ipso iure imposita: Quæ sententia, quamuis sit probabilis, & secundùm Castr. *de lege pœnali, lib. 1. c. 12. §. his in praxi* admittenda tanquam certa: probabilior tameo est opinio, quam sequitur Sanchez *vtrobique, vbi proximè,* & ex consequenti non erit integrum fisco vti compeosatione bonorum, quæ lata sententia erant sibi applicanda: quia regulariter non admittitur compensatio, nisi quando debitum est luce meridiana clarius, quale non est hoc; quicquid contradicat minùs bene Molina *supra, col. penult. vers. duo sunt hoc loco,* dicens posse fiscum vti compensatione bonorum, si eidem constet reos iuridicè interrogatos, negare verum crimen: sed fallitur secundùm probabiliorem, quæ negat compensationem in hoc casu.

Dubitatio decimasexta, Vtrùm grauatus contrahere cum aliqua ex familia, possit extra ducere vxorem? Conclusio est negatiua, nisi doceat se non inuenisse fœminam de familia ad contrahendum matrimonium, illique incumbit probare: *l. in fideicommissi, §. cum Pollidius ff. de vsuris, l. ex his, C. quando dies legat. cedat.* sequitor Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 50. num. 33.* Pelaez *de maioratu part. 2. quæst. 4. illat. 8. à num. 5.* 25.

Dubitatio decimaseptima, Vtrùm quando conditor maioratus grauauit successorem; vt adiiceret aliqua bona maioratui, & successor acceptauerit, bona adiecta censeantur sicut cætera bona vinculata? Conclusio habetur *in l. 14. tit. 9. partita 6.* vbi traditur, si conditor maioratus imposuit grauamen successori, vt adiiciat in maiorato aliquam quantitatem, seu quid aliud, quod quamuis ipse successor non ponat, haberi pro apposita, ex quo maioratum acceptauit; vel saltem compelli potest ipse, aut eiusdem hæredes ad hoc faciendum: innat text. *ibi, & in l. si fuerit, § si quis, ff. de legat. 3.* 26.

Item accessorium sequitur naturam principalis,

quando adest eadem ratio, Meres *de maioratu* 1. *p. q.* 30. *num.* 21. Quod probatur, quia acceptans successionem in maioratu videtur acceptare cum grauaminibus, & conditionibus à conditore adiectis, *l. si duo, in fine, ff de acquirenda hereditate*, idem Meres 2. *p q.* 4. *illat.* 8. *num.* 65. sed bona in maioratu posita ea conditione adiiciuntur, vt sint vinculata; ergo eodem vinculo sunt adstricta, quæ postea per successorem fuerint adaucta, cùm iura adiacentia naturam rei principalis in omnibus sequuntur: *l. si quando*, cum similibus, *C. de bonis vacantibus, lib.* 10. quod non solùm procedit, quando principaliter rebus maioratus res aliqua adiungitur, & etiam quando accessoriè additur, ita vt res ipsa, ac res maioratus fiat vna, ac eadem res, vt colligitur ex traditis à Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 26. *vers. ex his etiam comprehendi poteris*, vbi concludit rem adiectam titulo maioratus, & tanquam rem maioratus successori ipsius maioratus, non autem possessori competere: ergo res adiecta per successorem decursu temporis erit perpetuo vinculo subiecta.

27. Dubitatio decimaoctaua, vtrùm conditio posita in maioratu à viro, & vxore simul instituto, quod non possit reuocari altero illorum mortuo sustineatur? Conclusio est affirmatiua; nam quamuis maioratus iste in vna scriptura institutus censeantur duo diuersi; & vterque coniux valeat suum maioratum ad libitum reuocare, vt priùs dixit Oldrad. *cons.* 174. *sub rubrica, de testamentis*. Tiraquell. *de primog. q.* 68. Couar. *in rubrica de testamentis*, 2. *p. num.* 8. tamen conditione apposita in facultate maioratus ab vxore, & viro instituti, vt vnus sine altero reuocare nequeat: vnus sine altero reuocare non potest. Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 84. *vers. sed hoc limitari solet*, vbi concludit supradicta procedere, nisi maritus solus instituat maioratum ex propriis bonis, & ex bonis vxoris per viam vltimæ voluntatis de consensu ipsius vxoris: tunc enim defuncto mariro confirmatur per obitum illius hæc vltima voluntas, quoad bona vtriusque coniugis: *l. ne fratris, C. de donat. causa mortis*, sequitur Couar. *in rubrica, de testamentis*, 2. *p. num.* 8. *ad finem*, Peralta *in l.* 3. *§. qui fideicommiss. ff. de hered. instit. num.* 57. & Roland. *cons.* 10. *num.* 41. *lib.* 3. & Pelaez 1. *p. de maioratu q.* 23. *num.* 5. *&* 9. vbi addit maioratum de communi consensu à coniugibus institutum, altero defuncto reuocari posse, possessione non tradita; secùs si maritus, & vxor inuicem promiserunt sibi, & fecerunt contractum de non reuocando maioratum: tunc enim erit irreuocabilis. Vide Pelaez *d. quæst.* 23 *num.* 19. *&* *num.* 47. *&* 51. *cum sequentibus*.

28. Dubitatio decimanona. An conditio sumendi nomen, & Arma in maioratu, de se sit licita, & an possit à Principe remitti? Dico primò talem conditionem de se esse iustam, & grauatum deferre nomen, & Arma conditoris, teneri adimplere conditionem hanc, præsumique vocatum, qui portare potest Arma, & nomen testatoris, & agnationis: vt per Anton. Thesaur. *decis. Pedemon* 148. *num.* 6. Anton. Peregrin. *in tract. de fideicommiss. art.* 15. *n.* 27. & alij, quos referens sequitur Meres *de maioratu* 2. *p. q.* 4. *illat.* 8. *ex num.* 74. idem Peregrin. *eodem tract. de fideicommissis art.* 11. *num.* 133. vbi tradit ex Grato *cons.* 6. *num.* 75. *lib.* 2. non adimplentem grauamen deferendi nomen, & Arma, condemnandum esse ad restituendum rem cum fructibus: sequitur Pelaez Meres *d. q.* 4. *illat.* 8. *num* 36. *& sequent.* vbi vult Peregrini sententiam esse admittendam in hoc casu, quamuis pœna, & priuatio non habeat locum, nisi exprimatur, & apponatur; nam testator potest hæredem priuare, & bona alij adiudicare in pœnam, si voluntatem testatoris non adimpleuerit: *l. vxorem, §. heres, ff. de legat.* 3. *l. Paterfamilias, ff. de hered. instit.* Quare cum valida sit illa conditio, quòd hæres cognomen, & Arma testatoris accipiat, admittitur ad hæreditatem vocatus in defectum illius, qui conditioni non paruit: Menoch. *cons.* 95. *n.* 89.

Dico secundò conditionem sumendi nomen, & Arma, non posse à Principe remitti: prout Anton. Thesaur. *decis. Pedemon.* 270. *n.* 6. Pelaez 2. *p. q.* 4. *illat.* 8. *n.* 159. post alios, quod intelligitur sine causa: & cum illa, non est dubium posse.

29. Dubitatio vigesima? Vtrùm conditiones positæ in aliqua clausula maioratus, censeantur in aliis repetitæ: Pars affirmatiua ex eo probatur; quia conditio in testamento apposita, in codicillis censetur repetita: *l. Caio ff. de alimentis legatis*, Cardin. Mantica *de coniectur. vlt. volunt lib.* 10. *tit.* 6. *n.* 1. & Cephalus *in cons.* 379. *n.* 38. *lib.* 3. subdens faciliùs censeri qualitatem repetitam, quàm substantiam: quinimò conditio apposita in primo legato, in subrogato repetita intelligitur: *l. cum fundus, in fine, ff. de condit. & demonst.* Card. Mantica *supra, lib.* 10. *tit.* 6. *n.* 18. *pag.* 444.

Sit ergo conclusio: Conditiones appositæ in aliqua clausula Maioratus, censentur repetitæ in aliis clausulis Maioratus: atque ita conditio nubendi mulieri adiecta in institutione, censetur repetita in prælegato: Gutier. *cons.* 18. *n.* 27. Gregor. Lopez *in l.* 2. *tit.* 15. *partita* 2. *in verbo, el mas propinquo, vers. vnde si aliquis*, per *l.* 1. *§. pro secundo, C. de caduc. tollen. l. cum fine, §. cum ab eo, ff. quando dies legat. cedat.* & notat Socin. iun. *cons.* 144. *n.* 19. *lib.* 3. Quod intelligitur, nisi clausula specificam determinationem habeat. Vnde si in principio clausula fuerit habens specificam decisionem, & postea sequatur alia clausula, quæ habeat etiam propriam & specificam determinationem, in hoc euentu clausula vltimo loco apposita non habebit affinitatem cum prima clausula, nec relationem ad illam, nec prima ad vltimam, nec vna per aliam declarabitur, aut extendetur: ita Bald. *in l.* 1. *C. de legit. hered.* text. *in cap. cum dilecti, de donat. vers. sed ad inferiorem*, vbi notatur, quòd clausula, quæ alioquin deberet ad multa referri, quando inseritur alicui capitulo, veluti accessorium illius, non debet ad alia referri: vt per Nauarrum *in cap. si quando, de rescriptis, except.* 2. *num.* 1. quem sequitur Barb. *in d. cap. cum dilecti, n.* 3. *de donat.*

Sed quid, si quis testator in aliquo testamento disponat aliquid cum certa quadam qualitate, & postea condat testamentum secundum, & rescribat dispositionem eandem, nec meminerit illius qualitatis? Respondeo potiùs reiectam, quam repetitam: prout volunt Iul. Clar. *lib. sententiar. §. testamentum*, *q.* 76. *n.* 8. Curt. iun. *in cons.* 163. *n.* 14. fauet Paul. de Cast. *in cons.* 347. incipit, *Respondendo per ordinem, n.* 1. *lib.* 2. dicens non censeri repetitam qualitatem in secundo actu, quæ fuit apposita in primo, ex internallo notabili inter vtrumque actum: Menoch. *in cons.* 317. *n.* 80. *& sequent. & in tract. de præsumptionibus, lib.* 2. *præsumpt.* 84. *num.* 15. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib.* 2. *interpret.* 4. *solut.* 2. *num.* 162.

Quando ergo in secunda dispositione nouæ qualitates adiiciuntur, non censentur antiquæ repetitæ, sed debent attendi nouæ, reiectis antiquis: *l. sub conditione*, vbi Gloss. & Imola *ff. de heredibus instituendis l. alumna, in principio, ff. de adimend. legatis*, prout volunt Alexand. *in cons.* 66. *lib.* 3. *& cons.* 158. *n.* 56. *lib.* 6. Osascus *decis. Pedemont.* 52. *n.* 3.

30. Dubitatio vigesimaprima, Vtrùm possit conditor maioratus apponere, ne Princeps suum testamentum mutet? Posse seruari hanc conditionem vt validam, ex eo probatur, ex traditis dicentium voluntatem testatoris seruandam esse pro lege; & valere omnia pacta, quæ quis apponit in traditione rei suæ:

l. in

l. in traditionibus, ff. de pactis, l. pacisci, ff. eodem: Item, quia successor in bonis Maioratus capit rem sub his, & aliis conditionibus ad vnguem seruandis post acceptationem Maioratus, *l. quoties, C. de donat. quæ sub modo*. Non posse autem valere hanc conditionem ex eo ostenditur; quia nemo potest facere, quòd leges in testamento suo locum non habeant, *l. nemo potest, ff. de legat. 1. l. testandi causa, C. de testamentis*, Simon de Prætis *lib. 4. de interpret. defunct. volunt. dubitatione 4. num. 7.* & ex consequenti supremus Princeps potest mutare ex causa supradictam conditionem, si fortè conditor Maioratus eam imposuerit; cùm supremus Princeps tam secularis, quàm Ecclesiasticus possit mutare ex causa defunctorum voluntates: Couarr. *in cap. tua nos, de testamentis, num. 7. vers. cum à solo Romano Pontifice, aut supremo Principe*, Sarmiento *selectarum, lib. 1. cap. 8. num. 13.* Molin. *tom. 1. de Iustitia, disp. 149. vers. vtrùm autem, vel executores.*

31. Dubitatio vigesimasecunda, An conditiones non dependentes à facto proprio, sed à voluntate Principis sint validæ? Dico primò, similes conditiones censeri impossibiles, dum pendent à voluntate Principis, vt *in l. apud Iulianum*, aliàs incipit, *idem Iulianus, §. final. ff. de legat. 1.* text. *in l. continuus, §. cum quis, de verborum obligationibus*: ideo conditio est impossibilis; ergo reiiciatur; ergo institutio Maioratus non valet. Quod est verum, nisi Princeps assuescat concedere facilè: quia tunc non censetur conditio impossibilis: Ant. Gomes. *in l. nona Tauri, num. 18.* Vnde si pater instituat filium spurium sub conditione, si legitimetur à Principe, poterit filius pendente dicta conditione, si legitimabitur, bona petere, & ea, vt curator administrare ex bonorum possessione secundum tabulas: per *l. si quis instituatur hæres in diem*, vbi Bald. & Angel. *ff. de hæred. instit. & l. 2. §. si sub conditione, ff. de bonor. possess. secundum tabulas*, Menoch. *cons. 105. num. 50. lib. 1.* & alij, quos referens sequitur Pelaez *de Maioratu, part. 1. quæst. 2. ex num. 2.* Quoad secundum quæsitum, de conditione adiecta in testamento, an censeatur repetita in codicillis? dictum est *suprà, num. 29.*

32. Dubitatio vigesimatertia, an successor in Maioratu possit adiicere aliquam conditionem nouam, si fortè committatur contra ipsum ingratitudo? Conclusio est negatiua, non posse scilicet innouare successorem circa conditiones adiectas per primum institutorem, nec circa grauamina, nec remittere conditiones ab eo institutas: *l. perfecta, C. de donat. quæ sub modo*, ibi: *perfecta donatio conditiones postea non capit. Quare si pater tuus donatione facta, quasdam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videatur, efficere hoc nepotibus eius fratris tui filius minimè posse non dubium est.* Quod multis rationibus confirmat Peguera *in l. feudali, fol. 85. num. 164.* Quinimò non est integrum parenti post Maioratum, vel meliorationem filio factam nouas apponere conditiones, vel primas mutare inconsulto filio, ad id consensum non præstante: quare si hoc non conceditur donanti, maiori ratione negabitur successoribus: ideò neque conditiones poterunt remittere: *l. cum qui*, aliàs incipit, *Iauolenus, ff. de annuis legatis*, per quod ius ita tenet Paul. de Castro *in cons. 259. lib. 1. num. 4. & 5.* Adde allegantem ingratitudinem teneri illam probare: *l. omnimodò, C. de inoffic. testam. & Authent. hæres*, iuncta *l. cùm apertissimè, C. de secundis nuptiis*, Mascardus *de probationibus, conclusione 847.* & alij, quos referens sequitur Pelaez *de Maioratu 2. part. quæst. 4. illat. 8. num. 229.* sequitur Spino *in suo speculo, gloss. 19. num. 30.* vbi concludit successorem non posse imponere aliquod onus, seruitium, aut obligationem; quia id competit primo institutori: vt docet Menesius *l. 3. C. de seruit. & aqua.*

§. II.

Successor in Maioratu vtrum teneatur ad debita contracta à prædecessoribus post institutionem.

EPITOME.

1 *Successor in Maioratu de iure Lusitano tenetur soluere debita institutoris, & quomodo?*
2 *Successor non tenetur soluere debita institutoris Maioratus, si ea contraxit post primogenium institutum.*
3 *Successore Maioratus erecti de bonis Coronæ, aut de bonis patrimonialibus mortuo, debita illius de iure nostro quomodò soluenda sunt.*
4 *Debita institutoris Maioratus de tota hæreditate instituti successores tenentur soluere: imò possunt ad hoc bona vinculata alienare.*
5 *Successor primus in Maioratu est hæres vniuersalis.*
6 *Successores in Maioratu ex quota bonorum facto, ad nulla debita institutoris tenentur. Idem dicendum si Maioratus fiat ex rebus certis.*
7 *Successor in Maioratu tenetur soluere debita, & implere onera à primo institutore posita regulariter, nisi obstet ius speciale alicuius Regni.*
8 *Successor in Maioratu quando tenetur soluere debita ab vltimo possessore præstita contemplatione Maioratus.*
9 *Debita contracta in vtilitatem ipsius Maioratus, quando sunt soluenda ab ipso successore, & quid de contractis debitis pro conseruatione illius.*
10 *Successor Prælati quando tenetur ad debita sui prædecessoris, & suæ Ecclesiæ?*
11 *Successor an teneatur soluere expensas factas in reficiendis ædificiis Maioratus; pro vtraque parte discutitur.*
12 *Successor non tenetur soluere expensas funeris prædecessoris, quando ipse habuit ex quibus possint solui.*
13 *Debitu contractu pro fructibus percipiendis ex Maioratu, an successores teneantur soluere, si concernant vtilitatem maiorem sequentium in eodem Maioratu.*

IN hac quæstione considerato iu Lusitano *lib. 3.* 1.
Ordinationum, tit. 93. dicendum est successorem in Maioratu teneri soluere debita contracta ab eo, qui Maioratum instituit dummodò priùs capiantur bona libera, & redditus primogenij: his autem non sufficientibus, tunc ad bona Maioratus potest accedi, & capi in causam executionis ea bona integrum erit; provt tradit Molin. *de Iustitia, tract. 2. de Maioratu, disp. 640.* vbi *num. vltimo* discutit, an apud Lusitanos detur actio contra successores in Maioratu instituto ex quota bonorum? An ex re certa? An autem solum contra hæredes institutoris?

Resolutio prima sit, successorem non teneri sol- 2.
uere debita Instituentis Maioratum, si ea contraxit post primogenium constitutum in contractu: Ita refert Phœbus *decis. 84. num. 3.* fuisse iudicatum in Senatu Supplicationis *anno Domini* 1604. Olissipone, adděque *num. 5.* non esse integrum in hoc casu Instituenti Maioratum obligare illum, hypothecare, aut vendere in præiudicium illorum qui in secundo loco sunt vocati: sequitur Barbosa *in remission. ad Ordin. Regiam, lib. 3. tit. 93.*

Resolutio secunda, si possessor Maioratus erecti 3.
de bonis Regiæ Coronæ, aut de bonis patrimonialibus, moriatur grauatus ære alieno, quod contractum sit propter seruitium, tam Regi, quàm Regno

exhibitum, aut ob alendos filios, aut ob famulorum seruitia, quibus iuxta Regni Ordinationes satisfactio debetur; aut denique, quod ex contractu matrimonij fuerit debitum; successor illius ex fructibus Maioratus debet intra quatuor primos annos reddere æstimationem duorum duntaxat annorum pro debito, quoad opus fuerit; ita vt in vno quoque anno illorum quatuor, reddat quartam partem totius summæ fructuum, quæ primis duobus annis responderit, & non amplius. Si autem summa illa fructuum primis duobus annis applicata, non fuerit sufficiens ad solutionem integram faciendam, diuisio illius summæ fieri debet inter creditores pro rata quantitatis, quæ cuique creditori debita est, & illis tantum portionibus quisque contentus esse debebit, prout habetur in Ordinatione Regia Lusitana *lib. 4. tit.* 101. incipit, *Quando falecer*. P. Rebellus *de Iustitia, tract.* 1. *part.* 2. *lib.* 7. *quæst.* 9. *sect.* 1. Molin. *de Maioratibus, disput.* 641. *num.* 8. vbi concludit, quando redditus eorum duorum annorum non sufficiant ad debita soluenda, faciendam esse diuisionem inter creditores pro rata quantitatis, quæ cuique debetur; & quod defuerit, creditores amittant.

4. Resolutio tertia, debita institutoris Maioratus instituti ex vniuersa bonorum hæreditate, quamuis institutor aliqua simul misceat legata, nedum primus successor, sed etiam sequentes, si primus non satisfecit, tenentur soluere, etiamsi opus ad hoc sit
5. alienare aliquid de bonis vinculatis. Ratio, quia successor est hæres vniuersalis huius institutoris, & illi succedit iure hæreditario: ita Molin. Theolog. *de Maioratu, disp.* 640. *num.* 1. & priùs ostendit *disp.* 617. atque ita planum est in illum transire omnes actiones institutoris defuncti tam actiuas, quæ ad defunctum competebant, quàm passiuas, quæ contra defunctum poterant moueri: & ex consequenti tenetur adimplere omnia onera defuncti, & debitis satisfacere, nec non legata omnia ex bonis defuncti: idem Molin. *tom.* 1. *de Iustitia, tractat.* 2. *disput.* 155. *vers. vt, quæ sequuntur, pag* 884. & probatur, ex Ordinatione Regia *lib.* 3. *tit.* 93. ibi: *que procedesse da pessoa do instituidor*: ex quibus verbis ostenditur secùs dicendum in debitis post Maioratum irreuocabiliter erectum, & traditum, contractis: vt docuit Molin. *disp.* 640. *num.* 5. per hæc verba ibi: Maioratus si institutus irreuocabiliter sit ex certis bonis, successores non tenentur ad debita institutoris, post eam institutionem contracta: sequitur Caldas Pereir. *quæst. forens. lib.* 1. *quæst.* 23. *n.* 65. Barbos. *in Remiss. d. tit.* 93. *in principio, num.* x.

6. Sed quid dicendum, quando Maioratus fuit erectus ex quota bonorum, aut patrimonij? Resolutio quarta sit, successores in illo ad nulla debita institutoris teneri. Nihilominus si plus in Maioratu acceperunt, quàm detracto toto ære alieno ad eam quotam spectabat, id hæredibus competere vt ex eo soluantur debita. Idem esto iudicium, si Maioratus fuit erectus ex rebus certis. Molin. *de primog. lib.* 1. *c.* 10. *num.* 8. & alter Molin. *eodem titul. disput.* 640. *num.* 4. vbi vterque addit semper actionem etiam realem competentem aduersùs bona, ex quibus Maioratus est extructus, competere ratione earum contra successores.

7. Resolutio quinta secluso speciali iure cuiuscumque Regni, successor Maioratus tenetur satisfacere debitis, & adimplere onera per primum institutorem adiecta, ex rebus, seu bonis ipsius primogenij: argumento *l. cum fidei, ff. de fideicommissariis libertatibus, & l. filius familias, §. diui, de legat.* 1. Et ratio est in promptu, quia bona prohibita alienari per testatorem, possunt alienari ob æs alienum contractum à testatore: *l. pater filium, de legat.* 3. Item, quia sicut integrum erat institutori Maioratum destruere, ita integrum erit debita contracta minuere: quod intelligitur, quando non extant bona aliqua libera, aut fructus Maioratus non suppetunt, tunc illis non suppetentibus debet successor de bonis vinculo subiectis supplere, nisi Maioratus sit etiam erectus per contractum inter viuos, sequuta traditione, ita vt factus fuerit irreuocabilis: nam etiam tunc successor non tenetur satisfacere debitis prædecessoris; etiam si instituat Maioratum secundùm dispositionem *l.* 17. *Tauri*, vbi Gomes. *num.* 3. Barbos. *in cap.* 1. *de solutionib. num* 8. tradunt.

Resolutio sexta: successor in Maioratu debet sol- 8.
uere debita ab vltimo possessore præstita contemplatione, & ad commodum ipsius Maioratus, aut pro conseruatione, vel necessitate illius: vt deducitur *ex cap.* 1. *§. si vasallus, Hic finitur Lex Corradi, l. qui exceptionem, §. si pars, de condictione indebiti*, Gomes. *l.* 40. *Tauri. num.* 7x. vbi tradit, quòd successor in Regno, vel Maioratu tenetur soluere debita prædecessoris: primò, quia succedit iure hæreditario, per text. *in c. licet, de voto, & ibi* Abbas, & communis, text. *in cap. grandi, de supplenda negligentia Prælatorum*; ex Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 10. Peralta *l.* 3. *§. qui fideicommissariam, n.* 106. *de hæredibus instituendis*, Pelaez *de Maioratu*, 4. *part. quæst.* 26. & Gaceias *de expensis, cap.* 16. *num.* 15. & alij relati à Spino *in suo speculo, gloss.* 19. *num.* 37. post Gregorium *in l.* 4. *titul.* 15. *partita* 2.

Porro hoc est intelligendum, vt suppono; quando 9.
debitum est contractum in vtilitatem ipsius Maioratus, tunc tenetur soluere successor non personaliter, ex proprio patrimonio; sed ex patrimonio, & bonis Maioratus, prout patiuntur vires eius, cùm sit versum in eius commodum; nam alioqui esset absurdum successorem per momentum succedentem, & possidentem Maioratum, teneri ad omnia debita. Quòd si debita non fuerunt conuersa in vtilitatem, non tenetur soluere: vt probatur *in cap.* 1. *extra, de solutionibus*, argumento Prælati successoris, qui tenetur ex bonis, & redditibus Ecclesiæ ad debita sui prædecessoris beneficiati, dummodo facta fuerint pro Ecclesiæ necessitate, vel vtilitate: ita Aleiat. *cons.* 14. *n.* 6. *vol.* 1. Bursat. *cons.* 226. *num.* 95. *vol.* 3. Couarr. *lib.* x. *variarum, c.* 17. *num.* 3. Menoch. *de arbitrar. casu* 432. *num.* 3x. Bellet. *disquisit. clerical. part.* 1. *tit. de Clerico debitore, §.* 3. *num.* 1. Nauarr. *de spoliis Clericorum, §.* 10. *num.* 6. Flamin. *de resignat. lib.* 1. *quæst.* 16. *ex num.* 49.

Ergo Maioratus successor tenetur soluere debita prædecessoris, quando fuerunt contracta pro necessitate, vtilitate, vel conseruatione ipsius Maioratus; secus si pro necessitate, vel vtilitate ipsius prædecessoris: Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 15. *& n.* 24. Castill. *l.* 45. *Tauri, gloss. final* Peralta *l.* 3. *§. qui fideicommissum, num.* 131. Card. Tusch. *concl.* 331. *liter. R. tom.* 7. *& concl.* 886. *liter. S.* Valasc. *de partitionibus, cap.* 19. *num.* 44. Cald. Pereir. *de potestate eligendi, c.* 16. *num.* 5. *& de emptione, cap.* 17. *num.* 40. Barbos. *in l. diuortio, §. final. num.* 114 *ff. soluto matrimonio*. P. Molin. *de Iustitia, tract.* 2. *disput.* 640. *&* 641. & P. Rebellus *de obligat. Iust. part.* x. *lib.* 7. *quæst.* 9. *sect.* 2.

Iuuat successor Prælati, qui tenetur de bonis Ec- 10.
clesiæ ad debita facta per prædecessorem pro sua sustentatione, cùm Ecclesia teneatur illum alere, & pro necessitate Ecclesiæ videtur contraxisse: Bursat. *d. cons.* 2x6. *num.* 95. Sord. *decis.* 255. *num.* 25. Ob quæ Prælati successor tenetur ad expensas litis, & impensas necessarias factas à prædecessore pro Ecclesiæ ministris, & famulis: prout vult Redoan. *de spoliis Ecclesiæ, quæst.* 10. *& de rebus Ecclesiæ non alienandis, quæst.* 5. *num.* 3 *part.* 1. vbi loquitur non solùm de debitis pro vtilitate Ecclesiæ, sed etiam pro sustenta-

tione

tione personæ, & de salario Aduocatorum: Puteus *lib.3. decis.11. & lib.5. decis.43.* vbi hoc intelligit in successore immediato à quo petuntur huiusmodi expensæ, secùs à mediato, ne detur processus in infinitum: Flores *variarum, lib.1. quæst.8. num.4.* & alij quos retuli *suprà, num 9. vers. argumento Prælati.*

11. Resolutio septima. Ex dictis videtur successor teneri soluere expensas factas in reædificanda domo Maioratus, ex qua euidens vtilitas, & permanens facta est in ipsa construenda. Contrarium tamen decidit Ant. Menesius, *in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, num.9. ff. de legat. 2.* & Peralta *in d. l. 3. §. qui fideicommissam, num.130. de hæredibus instituendis*; eò quia talis primogenitus succedit etiam in omnibus meliorationibus factis in rebus Maioratus, absque eo quòd teneatur vxori defuncti, vel hæredibus, ex hac melioratione aliquid ratione ædificij præstare, neque æstimationem sumptus in illa facti. Nun displicet prima opinio, argumento Prælati, qui tenetur soluere debita prædecessoris beneficiati facta in ipsius Ecclesiæ necessitatem, vel vtilitatem, prout diximus: sicut etiam tenetur successur siue Prælati, siue Maioratus stare locationi per suum prædecessorem factæ, quando bona locauit ad ipsiusmet Ecclesiæ, vel primogenij necessitatem, vel vtilitatem: secùs si nomine proprio redditus, vel bona suæ Ecclesiæ, vel primogenij locet: Aloys. Riccius *in collect. decis. part.4 collect 1007. & collect. 1055. in fine,* Spino *in speculo testam. gloss.19. principal. num. 41.* Guttier. *Canonic. lib 1. cap.36.* quibus adde Molin. *de Iustitia, tractat. 5. disput. 492. vers. quod denique*, Rebellus *de obligat. Iustitia, part.2. lib.14 tom.11. num.17.* Azor. *part. 3. instit. moral. lib. 8. de locato, cap. 6. quæst.7.* Cardin. Tusch. *verbo, locatio, concl, 419.* & Card. Mant. *de tacit & ambig. conuent lib.5 tit.15. num.21.* Tamen non teneri successorem est verius, ex Molin. *lib.1. cap.10. ex num.16.*

12. Resolutio octaua: successor non tenetur soluere debita prædecessoris facta in funere illius, quando scilicet vltimus possessor habet bona libera ex quibus sumptus funeris fieri possint: secùs si non habeat vltimus possessor vnde expensas funeris possit soluere: ita Afflict. *in c.1. an agnatus.* Spino *d. gloss.19. num.18. & 39.* argumento beneficiarij nihil habentis; cuius successor in beneficio tenetur ad funeris expensas, quæ tendunt ad vtilitatem, & salutem spiritualem defuncti: secùs si in bonis aliquid habeat; nam tunc eius hæres tenetur: Rebuff. *tom.1. ad leges Galliæ, de sement. prouis. pag.142. num. 57.* Stephan. Gratian. *discept forens. cap.94. num.20.* Addit Spino *d. num. 39.* si defunctus nulla bona reliquit, & reliquit aliqua debita exigua, teneri successorem soluere ad exonerandam animam defuncti, & eius conscientiam; ex traditis à Gregor. Lopez *l.4. titul.13. part.2. in gloss. verbo, sus deudas.* & in praxi obseruandum tradit Garcias *de expensis & meliorationibus, c.16. num. 37.* quod intellige ex charitate, non autem ex iustitia.

13. Quæstionis tamen est erga debita contracta pro fructibus ex Maioratu percipiendis? Resolutio nona sit: Debita contracta pro fructibus ex Maioratu percipiendis successores nihil tenentur soluere: attamen si concernant maiorem vtilitatem in eodem Maioratu sequentium, vnusquique potest cogi ad contribuendum pro rata suæ vtilitatis: Molin. *de Iustitia, disput. 441. num. 5.*

Nihilominus si possessor Maioratus moueat litem, quæ spectet ad perpetuam, seu permanentem Maioratus vtilitatem, & in ea magnam consumat quantitatem, poterit illam repetere mero iure, etiamsi fructus Maioratus per totum tempus, quo durauit lis, sufficiant pro his litium expensis: ita Garcias *de expensis, cap.16 num. 36.* In quo vltimo discordat Barbos. *1. part. l. diuortio, § final num.44. ad finem, §. cæterum, ff. soluto matrimonio*, dicens sufficientibus fructibus Maioratus per totum tempus, quo lis durauit, pro his litium expensis, nihil esse petendum ab illo, qui succedit, sed cum fructibus esse imputandas huiusmodi impensas: sed paulò pòst confunditur hæc traditio, ex eo, quòd sicut vsufructuarius tenetur tantùm ad modicas impensas; sic etiam possessor Maioratus, qui dum viuit est dominus temporalis, tenebitur ad modicas impensas: Molin. *de primog. lib 1. cap. 27. col. final.* Mieres *de Maioratu, 4 part. quæst.26. num.3.*

Quare secundùm ius commune possessor magnas faciens impensas ad vtilitatem Maioratus, poterit illas repetere, argumento patris facientis magnos sumptus in bonis aduentitiis filij: Bald. *Authent. excipitur, num.4. C. de bonis quæ liberis*, sicut, qui fecit magnos sumptus in lite pro defendendis rebus Maioratus, illos poterit repetere: Molin. *lib.1. de primog. cap.27. col. final.* & Mieres *de Maioratu, quæst.56. num. 2.*

EPITOME.

14 *Succedens in Comitatu an teneatur debita prædecessoris soluere?*
15 *Succedens in Regno an teneatur soluere debita prædecessoris?*
16 *Successor in Dignitate tenetur exequi mandata prædecessoris?*
17 *Successor in Maioratu an possit reuocare officia perpetua?*
18 *Successor an possit causam prosequi, cui prædecessor renuntiauit?*
19 *Successor Maioratus an teneatur alere vxorem prædecessoris pauperem?*
20 *Successor an teneatur soluere debita contracta ab antecessore in dotanda sorore, & quando teneatur sororem dotare, vel fratres alere?*
21 *Successor in Maioratu, qui tenetur alere aliquas personas, an debeat alere ex fructibus, an ex prædio aliquo assignato?*
22 *Successor in Maioratu an teneatur stare contractui celebrato à prædecessore?*

QVæstionis est an succedens in Comitatu debeat debita prædecessoris soluere? Resolutio decima est affirmatiua: ita tenet Ant. Gomes. *in l.40. Tauri, num.71.* per text. *in cap. significauit, extra de rescriptis*, vbi successor in Comitatu non potest conueniri virtute rescripti obtenti contra prædecessorem, qui debitor erat certæ quantitatis, si talis prædecessor obiit re integra antequam vocatus esset ad iudicium. Vnde si rescriptum ampliaretur ad successorem, bene posset conueniri: vel aliàs sine rescripto coram proprio Iudice viâ ordinariâ posset conueniri: sequitur Bald. *ibi, col.1. in secundo notabili,* 14.
August. Barb. *in d.c. significauit, de rescriptis, num.2.* vbi id extendit ad succedentes in Regno, teneri scilicet ad debita Regis prædecessoris: quod etiam 15.
Molin. *de Iustitia, tract.2. disp.641. num.7.* & Rebellus *de obligat. Iustitia, part.2 lib.7. quæst.9 num.13.* docent: sequitur Modernus *de iurisdict. part.1. cap.59. à n.21.* vbi tenet succedentes Regni hæreditarij teneri ad debita prædecessorum: secùs in Rege electionis. Idem Barbos. *in d. c. significauit, num. 3.* Garcias *de expensis, cap.16. num.15. vers. contra hoc postremò, ex l.4. tit.15. partita 2.* vbi de hoc plenè.

Quin potiùs successor in Dignitate tenetur exequi mandata prædecessoris, Mieres *de Maioratu, 4. p. quæst.10. num.35.* August. Barbos. *cap. literis, de rescriptis,* 16.

rescriptis, num. 3. per text. *ibi*, dicens, quòd successor tenetur adimplere factum prædecessoris: Fr. Manuel *quæst. Regul. tom.* 3. *quæst.* 26. *art.* 1.

17. Quæritur etiam, an successor in Maioratu possit reuocare officia perpetua? Resolutio vndecima sit negatiua: ita Gregor. Lopez *in l.* 2. *tit.* 15. *partita* 2. *in gloss. si no el hyo mayor. fol.* 46. *col.* 1. *in vers. & notat:* quare non poterit reuocare officia aliàs perpetua, veluti Decurionatum, vel Tabellionatum, vel aliud simile à prædecessore collatum, & refert Bald. *in cap. vnico, qui successor. teneantur*, & addit Lopez non posse dominos Maioratuum concedere Castellanias perpetuas, vel redditus, in præiudicium successorum: sequitur Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 25. *num* 57. Mieres *de Maioratu*, 4. *part. quæst.* 10. *num.* 33. vbi post alios resoluit non debere Regem tollere officia, quæ antecessor ipsius dedit: Menoch. *de arbitrariis, lib.* 1. *quæst.* 55. Gamma *decis.* 354. *num.* 5. quod intelligitur ad libitum, & sine causa. Prælatus tamen bene potest remouere ad libitum Vicarium generalem, secundùm Abbat. *in c. edoceri, num.* 10. *fol.* 65. *de rescriptis, & in c. quoniam Abbas, num.* 10. *de officio delegati*, ad quem adde Nicol. Boër. *decis.* 347. *num.* 1. vbi hoc extendit, etiamsi iuraverit Episcopus non reuocare, ex Ioann. Andrea *in c. sua, de officio Vicarij*, Francisc. Pauinus *in tract. de potestate capituli Sede vacante, p.* 2. *quæst.* 10. *vers. nunc capitulum*, ex Gloss. *in cap. final. de procuratoribus, in* 6.

18. Superest dubitatio, an possit successor prosequi causam, cui prædecessor renuntiauerat? Dico primò litigantem super bonis Maioratus non posse liti renuntiare in præiudicium successorum: Constat ex Bart. *in l. si perlusorio*, §. 1. *num.* 3. *ff. appellat.* Bald. *in l.* 1. *num.* 7. *C. quibus res iudicat. non nocet*, vbi vult, quòd renuntiatio cæteris non præiudicat: pro quo facit, quod renuntiatio dicitur alienatio, *l. non solum*, §. *filiu tutelam*, *ff. de ritu nuptiar.*

Dico secundò, ex traditis per Bartol. *suprà*, posse successorem causam prosequi, cui antecessor renuntiauit: Rebuff. *tom.* 3. *ad constitutiones regias, titulo, de arrest. & appos. art.* 1. *gloss.* 7. aliàs 2. *num.* 17. *pag.* 562. vbi text. *in l. à sententia*, §. *idem rescripsit*, *ff. de appellat.* vbi tradit tertium posse causam prosequi, si ille, qui litigabat transegerit, vel causæ renuntiauerit. Confirmatur ex doctrina Bald. *in l.* 2. *col.* 3. *num.* 8. *quibus res iud. non nocet*, vbi per text. *in l. si te*, *C. de ingenuis & manum.* inquit, quòd renuntiatio litis in causa status cæteris non præiudicat: Tiraquell. *in tract. de nobilitate*, *cap.* 37. *num.* 13. atque ita in præiudicium tertij non potest quis renuntiare liti: Bald. *in Authent. nunc si hæres, col.* 2. *C. de litig.*

19. Non erit abs re discutere, an teneatur successor in Maioratu alere vxorem prædecessoris pauperem? Pars affirmans, quòd scilicet debeat ali vxor, suadet æquitas: per text. *in Authent. præterea, C. vnde vir, & vxor.* Consonat *l.* 7. *tit.* 13. *partita* 6. ibi: *por onde guisada coza, e derecho es, pues, que las aman, y las onran en su vida, que non finquen desemparadas à su muerte:* quam legem exponit Castillo *in l.* 6. *Tauri, fol.* 47. Simon de Præt. *de interpretat. vltim. voluntat. lib.* 3. *num.* 32. Barbos. *in l. maritum, num.* 99. *part.* 2. *ff. soluto matrimonio:* facit casus *in l. cum plures*, §. *cum tutor*, *ff. de administr. tutor.* ibi: *Alimenta seruis, libertisque nonnunquam etiam extraneis, si hoc pupillo expediat, præstabit:* & viduæ, si ad aliud matrimonium non conuolauerint, fruuntur priuilegiis maritorum, quia viduitate durante censetur matrimonium durare: de quibus etiam etiam Tiraquell. *de nobilitate, cap.* 18. *num.* 1. Plura tradit Pinell. *in l.* 4. *C. de bonis maternis, num.* 4. Matienso *in l.* 6. *tit.* 9. *lib.* 5. *recopil. gloss.* 2. *num.* 4.

Nam in dubio viduis fauendum est, vt habetur *in l.* 41. *titul.* 18. *partita* 3. *l.* 20. *titul.* 23. *eadem partita.* Couarr. *in pract. quæst. cap.* 7. Sic mulier existens in viduitate debet ali de bonis mariti, si fuerit pauper, quamuis dotem non habuisset, vt Cynus, & alij *in l. vltima, C. de bonis maternis*, ob memoriam celebrati matrimonij: censetúrque durare societas inter coniuges etiam soluto matrimonio remanentibus bonis simul indiuisis inter superstites, Ioann. Lopius *in rubrica, de donatione inter virum, & vxorem*, & §. 62. *num.* 25. *fol.* 39.

Confirmatur exemplo successoris in Maioratu, qui 20.
tenetur soluere debita contracta ab antecessore in Maioratu ad dotandam sororem ex eodem patre natam: quod intelligitur, nisi debitum fuisset paruum, & exiguum, & bona Maioratus essent magni valoris, ita vt prædecessor ex fructibus posset soluere debitum, quod fortassis non satisfecit ob prodigalitatem, & ob vanos ludos, & ob alios sumptus superfluos. In quo enenim ratio petit, vt hæc obligatio non transeat ad successorem: ita Ioann. de Amicis *cons.* 98. Gregor. Lopez *l.* 4. *tit.* 13. *partita* 2. *in gloss. verbo, sus deudas*, & Ant. Menesius *in l. vnum ex familia*, §. *si de falcidia, num.* 9. *de legat.* 2. & in praxi obseruandum tradit Garcias *de expensis, cap.* 16. *num.* 35. quos referens sequitur Spino *gloss.* 19. *num.* 40. *in suo speculo*, decidens cum iisdem, quando defunctus nulla bona relinquit, si relinquat aliqua debita exigua, quæ spectant ad exonerationem animæ defuncti, teneri successorem illa soluere sine limitatione præcedenti: quod videtur æquitati, & rationi consonum.

Ambigi item potest, an successor in Maioratu, qui 21.
tenetur alere certas personas, debeat eas alere ex fructibus Maioratus, aut ex assignatis ad id prædiis? Resolutio duodecima sit, successorem in Maioratu cogi iure sanguinis fratribus alimenta exhibere, non tamen teneri alere patruos, neque amitas: eò, quia bona Maioratui subiecta, in quibus succeditur non sunt obligata ad alendum posteros, sed filios duntaxat illius, qui Maioratum instituit, quibus ipse tenebatur legitimam relinquere: Ita Lambertinus *de iure patronatus, lib.* 3. *quæst.* 3. *principali, art.* 6. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 56.

Hoc tamen procedit, nisi institutor Maioratus iniungat onus alendi consanguineos aliquos, quod facere potest, vt possessor Maioratus alat eius fratres: tunc enim ad quemcunque Maioratus transierit, tenebitur illos alere, quibus de iure naturali debentur alimenta: prout vult Abbas *in c. licet, de voto*, Suarez *in l. quoniam in prioribus, limitatione* 11. *legis Regni, dubio* 2. *num.* 11.

Cùm ergo Maioratus apud Hispanos iure sanguinis sint instituti, & vocentur ad illos, non autem iure hæreditario, vt volt Ant. Gomes. *in l.* 40. *Tauri, num.* 72. & Peralta *in l. vnum ex familia*, §. *si de falcidia, num.* 6. *de legat.* 2. Resolutio etiam sit decimatertia, possessorem Maioratus teneri alimenta præstare eisdem, quibus iure sanguinis naturaliter tenebatur: sequitur Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 6. quem referens sequitur Spino *in suo speculo, gloss.* 19. *num.* 27. vbi addit non solùm id procedere, quando hoc onus est iniunctum ex institutione Maioratus, sed etiam quando ex longa consuetudine inest obligatio primogenio alendi fratres, omnes in posterum successores tenebuntur eodem onere: ita Gregor. Lopez *l.* 2. *tit.* 15. *partita* 2.

Controuerti potest, an debeantur à parentibus hæc alimenta filiis, si aliunde habeant ex quibus alantur? Resolutio decimaquarta sit, parentes primogenia instituentes teneri filiis hæc alimenta exhibere, quamuis filij habeant aliunde redditus, quibus se alere possint. Ratio, quia hæc alimenta in locum legitimæ subrogantur: quæ etiam habenti-

bus

bus aliunde, vnde possint se alere, debetur; & consequenter alimenta eadem [illegible] debita etiam habentibus vnde se alant: Suarez in l. quoniam in prioribus, secunda limitat ad l fori, num. 12. Lopez in l. 11. tit. 4. partita 6. verbo [illegible]mente, ad finem, & alij apud Molinam d. lib. 2. de primog. cap. 15. num. 6. vbi alias reddit pro hac parte rationes.

Sed consideranda est in rescripto concesso à Rege ad constituendum Maioratum, clausula apponi solita, quod successor in primogenio teneatur præstare alimenta fratribus, seu filiis constituentis Maioratum. Tunc an hæc alimenta sint assignanda in prædiis Maioratus? Affirmat Suarius in l quoniam in prioribus, limitat. 2. num 12. Couarr. in 4. 2. p. c. 8. §. 6. Gregor. Lopez l. 11. tit. 4. partita 6. & Molina de primog. lib. 2. cap. 15. num. 10. argumento legitimæ, quæ solet assignari communiter in prædiis: ergo legitimæ naturam sequi debent hæc alimenta: argumento text in l. Publius, §. si Titia, de condit. & demonstr.

22. Posse autem constitui prædicta alimenta in vsufructu ab ipso Maioratus possessore aliis fratribus, vel illis, quibus ex institutione Maioratus tenetur alimenta exhibere, tradit Menchaca de successionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 396. post alios ibi relatos; quæ sententia est minus vera, & prior verior; cùm alimenta subrogentur in locum legitimæ: atqui, quia legitima, si bona sint immobilia, debet in immobilibus præstari, & consequenter in prædiis: igitur pari modo alimenta, cùm loco legitimæ veniant: per l. 8. titul. 8. lib. 5. recopil. quæ lex decidit alimenta spurio relicta, in proprietate esse relinquenda; quod debet procedere, quando proprietas est diuisa, & separata à bonis vinculatis: secùs si possessor Maioratus non habeat alia bona immobilia extra bona primogenio subiecta; tunc enim satisfacit successor, seu possessor, [illegible] præstet illis, quos debet alere, vsumfructum in [illegible] parte bonorum immobilium, vt ex illis se alere possint secundùm suam qualitatem, & dignitatem: Spino in suo speculo, gloss. 19. num. 29.

Vltimò dubitatur, an successor in Maioratu teneatur stare contractui celebrato à prædecessore? Resolutio decimaquinta fit, successorem non teneri stare locationi factæ per antecessorem: Pinellus in l. 1. C. de bonis maternis, part. 3. num. 71. ex regula quæ tradit, Resoluto iure dantis, soluitur ius accipientis, text. in l. lex vectigali, ff. de pignoribus, per quæ iura voluit idem Gregor. Lopez in l 2. tit. 8. partita 5. in gloss. verbo, al heredero, Padilla in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, num. 12. ff. de legat. 2. & est communis, Spino d. gloss. 19. num. 41. ex eo, quia successor in Maioratu, cùm non habeat ius ab antecessore, sed nouum ius ex constitutione primi conditoris in eius personam transferatur, non tenetur stare locationi antecessoris, sed potest illam reuocare: Pelaez de Maioratu, 4. part. quæst. 15. per totam, post Gomesium in l. 40. Tauri, num. 84. Quare si conductores noluerint stare locationi factæ per antecessorem, non possunt cogi per successorem ad implendum tempus locationis constitutum per antecessorem, sicut non potest cogi successor stare locationi sui antecessoris, vt æqualitas in vtroque seruetur: ita præcitati.

Hæres tamen prædecessoris in Maioratu tenetur stare locationi, si in eo succedat. Nam in hoc euentu tenetur stare, & approbare factum defuncti [illegible] veritatis, C. locati, Guttier. in quæst. Canoni [illegible] quæst. 36. num. 11. Valasc. consult. 76.

Probabile tamen est, successorem scilicet in Maioratu teneri stare locationi factæ per antecessorem, ex traditis per Iasonem in l. 1. num. 14. ff. de constitutionibus principum, dicentem, Reges, Marchiones, Duces, & similes, qui habent dignitatem per successionem, teneri stare omni contractui, & omni conuentioni, sicut quilibet [illegible] priuati: per regulam l. cùm a matre, C. de reuocand. sequitur Bossius in praxi criminali, titul. an delinq. debitor. soluere possint, num. 6. pag. 534.

Id autem non solùm probabile, sed etiam verum, quando contractus celebratus fuerit sub nomine Dignitatis; tunc obligatio ligat successorem in Dignitate: vt probat Abbas in c. quoniam Abbas, de officio delegati, Cabed. part. 2. decis. 19. num. 4. & 5. secùs quando contractus fit nomine proprio, vt notat Barbosa in c. querelam, ne Prælati vices suas, num. 6. sequitur Alex. Riccius in collect. decis. part. 4. collect. 1097. & collect. 1055. in fine, Card. Tusch. verbo, locatio, conclus. 419. & Card. Mant. de tacit. & ambig. lib. 5. tit. 13. num 21. Moln. de Iustitia, tract. 2. disp. 492. vers. quod denique, Cald. Pereira quæst. forens. lib. 2. quæst. 52. & de emptione, cap. 26. num. 5. Bonacina de contractibus, dispu. 3. quæst. 7. puncto vlt. num. 10 Idem Barbos. de officio & potestate Episcopi, part. 3. allegatione 94. n. 1. vbi hanc resolutionem multipliciter limitat, & declarat.

Inter quas limitationes, seu declarationes, quòd successor in Maioratu debeat stare locationi factæ, seu contractui per prædecessorem, illa est, quando primus successor in bonis Maioratus est successor illius, qui primogenium constituit, & contraxit, seu locauit bona primogenij. Quare sicut successor sentit commodum Maioratus, ita etiam debet sentire onus: l. secundum naturam, ff. de regul. iuris: atque ita tacitè ille, qui Maioratum fecit, videtur hanc obligationem iniungere successuri, qui tenetur acceptare cum omnibus oneribus: l. si autem dominicam, ff. de pactis. Quinimo esto, primus successor non sit hæres facientis Maioratum, non veniet contra illius factum: l. ex qua persona, ff. de regul. iuris, Menoch. cons. 89. num. 126. & cons. 115. num. 63. modò sit hæres mediatus saltem illius.

§. III.

Ex quibus coniecturis inducatur Maioratus, & fideicommissum.

EPITOME.

1 *Omne vt celebrentur singulis annis decem Missæ ad ieci [illegible] bonis per fideicommissum relictis, an efficiat Maioratum?*
2 *An Maioratus inducatur ex sola vocatione constituentis sine aliis verbis, & coniecturis?*
3 *Fideicommissum perpetuum ex vna tantùm coniectura an colligatur?*
4 *Bona esse indiuisibilia, & nullo modo alienabilia, sufficiunt ad Maioratum constituendum.*
5 *Verba testatoris dicentis, quòd bona vadant de primogenito ad primogenitum, vel quod non diuidantur, an inducant Maioratum perpetuum?*
6 *Onus deferendi arma, aut nomen familiæ an inducat Maioratus coniecturam?*
7 *Fideicommissum per quæ verba censeatur institutum.*
8 *Fideicommissum vniuersale iniunctum hæredi grauato, non expressa persona onerati, venientibus ab intestato censetur indictum.*
9 *Fideicommissum an inducatur ex eo, quòd res ad priuatam naturam reducatur?*
10 *Fideicommissum qualiter inducatur tacitè.*
11 *Fideicommissum perpetuum, & temporale, quomodò differant.*

12 Ex

12 *Ex quibus verbis, seu coniecturis, Maioratus certò colligatur.*

13 *Utrum quando testator fecit aliquas substitutiones, & post illas vocat consanguineum proximiorem, inducatur Maioratus ratione vocationis?*

14 *Testator digrediens ad plures gradus substitutionis sub aliqua qualitate, seu onere, vide quòd illud onus, seu illa qualitas sit repetita in omnes substitutos.*

15 *Quando apponitur onus aliquod cum consuetudine succedendi per viam Maioratus, inducitur perpetuus Maioratus: & consuetudo, vt vim habeat, quanta debeat esse: secus si nulla adsit consuetudo, quia sola impositio oneris non sufficit.*

1. DVbitatur primò, an inducatur Maioratus ex onere celebrandi singulis annis decem Missas adiecto bonis per fideicommissum relictis? Pars negans placet Gammæ *decis.* 30. *num.* 1. *& decis.* 48. *& decis.* 224. *& decis.* 286. *num.* 1. Valasc. *cons.* 17. *num.* 2. *& cons.* 82. *num.* 8. Menoch. *cons.* 85. Resolutio ergo sit, existentibus aliis coniecturis inducitur Maioratus per impositionem oneris anniuersarij, aut quia bona sunt indiuisibilia, & vni debent competere; non aliàs in rigore iuris: In praxi tamen ea consuetudine solent similia anniuersaria vni, & maiori adiudicari per viam Maioratus, vt ita melius conseruetur memoria instituentium: ita Iacob. Philip. Portius *cons.* 40. *num.* 12. vbi ait, quòd vbicumque testator imponit grauamen perpetuum Missarum masculis etiam in conditione vocatis, inducitur fideicommissum perpetuum, quasi necessarium antecedens ad perpetuum fideicommissum, & idem Portius *in cons.* 40. *ibidem, n.* 9. *vers. tertia coniectura*, etiamsi oppositum attentet *n.* 21. *& à n.* 3. vult quòd quando testator imposuit grauamen in perpetuum hæredibus suis ad faciendum anniuersarium, videtur constituere fideicommissum inter illos: sequitur Menoch. *cons.* 347. *n.* 34. *lib.* 4. Rimin. iun. *cons.* 279 *n.* 63. *& sequenti, lib.* 2. & Petra *in tract. de fideicommissis, quæst.* 6. *n.* 45. *& q.* 5. *n.* 73. ibi, *Tertia coniectura*, & in praxi receptum est, quando verba scilicet inducunt perpetuitatem, aut indiuiduitatem bonorum, significari primogenium; vt notat Auendan. *in l.* 41. *Tauri, gloss.* 3. *num.* 12. *fol. mihi* 144. Flores *ad decis. Gammæ* 30.

2. Hinc fit, vt non inducatur fideicommissum perpetuum ex vna coniectura admodum vrgenti tantùm; sed ex pluribus, & valde vrgentibus, & concludentibus: probatur ex traditis à Bursato *cons.* 51. *n.* 9. *lib.* 1. dicente fideicommissum perpetuum esse onus, & in dubio deberi interpretari, quòd non subsit fideicommissum perpetuum, vt declarat Cephal. *cons.* 447. *lib.* 3. *& cons.* 483. *n.* 8. *eodem, lib.* 3. Item, quia feudalia bona sunt indiuisibilia, & cum onere perpetuo recognoscuntur à dominis, & tamen non inducitur perpetuum primogenium ex eorum indiuisibilitate, & ex eorum oneribus iniunctis, sed vadunt ad omnes filios feudatarij vltimò decedentis, pro indiuiso, vel pro diuiso, quoad commoditatem, si aliud non est in more positum, vel aliud non dicatur in inuestitura.

3. Dubitatur secundò, an fideicommissum perpetuum colligatur ex vna tantùm coniectura: Responsio est negatiua, vt ex dictis ostenditur, sed ex pluribus. Ratio, quia fideicommissum est onus, si est perpetuum, & in dubio debet interpretari, quòd non sit fideicommissum perpetuum: ita Modernus Ioann. Botta *cons.* 50 *per totum.* Argumento testatoris, qui ex eo solùm, quòd ad plures gradus substitutionum digressus fuerit, non inducitur perpetuus Maioratus: nisi id ex aliis coniecturis deducatur extra personas expresse nominatas: vt notat Soc *in l. cum auus, n.* 113. *ff. de condit. & demonstr.* Ripa *in l. Centurio, n.* 163. *ff. de vulgari*, Molin. *de primog lib.* 1. *c.* 5. *ex n.* 3[illegible]. vbi *n.* 42. addit plures coniecturas simul iunctas efficere id, quod vna depet se efficere non potest, ex *l.* 1. *§.* 1 *ff. de excusat. tutor.*

Dubitatur tertiò, an ex eo, quòd bona sint indiuisibilia, & nullo modo alienabilia, colligatur, quòd sit Maioratus ad vnum, & ad maiorem spectans? Pars affirmans ostenditur, quòd fideicommissum, & Maioratus inducitur ex coniecturis, vt ex *l. vnum ex familia, §. final.* & *ibi* Bart. *ff. de legat.* 2. & in maio[illegible]bus ex solo nomine hoc, *Maioratus*, absque aliis vocationibus sufficit, vt notat Couarr. *lib.* 3. *variarum, c.* 5. *per totum* Valasc. *in consult.* 57. *&* 82. *n.* 3. *& n.* 11. vbi meminit plurium coniecturarum, ex quibus Maioratus præsumitur, & fideicommissum: sed ex natura rei, quæ est indiuisibilis, & ex natura oneris, quod alienari nequeant prædicta bona, sed simul deueniant ad vnum, colligitur euidens coniectura Maioratus, & fideicommissi perpetui ad conseruandam memoriam testatoris: ergo ex illis inducitur coniectura Maioratus instituti conseruandi in honorem instituentis. 4.

Confert id, quod est indiuiduum, & indiuisibile, non posse venire ad plures, sed ad vnum, & iste debet esse grandior natu propter reuerentiam ætatis debitam, & ex consequenti primogenitus, propter certiorem, & meliorem conseruationem: idem videtur dicere Menesius *in l. cum quidam, num.* 2. *ff. de legat.* 2. Molin. *de primog. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 9. vbi tradit, quòd bona, quæ sunt indiuidua, vni tantùm necessariò esse deferenda, qui in huiusmodi bonis solus successurus est inter omnes, qui in pari gradu sunt, & is, qui fuerit inter ipsos primogenitus: Gomes. *in l.* 40. *Tauri, n.* 7. Tiraq. *de primog q.* 4. *n.* 31. Nam interest Reipublicæ, & familiarum, & animarum saluti, & memoriæ instituentium, vt non pereant huiusmodi bona, & anniuersaria, si fortè fuerint instituta, vt similia bona perpetuò maneant vnita, & vnus sit eorum successor, illique bona semper integra, ac indiuisa deferantur: Couarr. *lib.* 3. *variarum resolut. c.* 5. *n.* 3. & Greg Lop. *l.* 2. *tit.* 15. *partita* 2. *in gloss. verbo, si no el hyo mayor, in principio.*

Dubitatur quartò, an inducant Maioratum verba testatoris dicentis, quòd bona vadant de maiori, ad maiorem, sine alia diminutione, in infinitum? Responsio est affirmatiua: ita Molin. *de primog. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 9. Mantic. *de coniecturis vltimarum voluntatum, lib.* 6. *tit.* 15. *n.* 14. *&* 15. *& lib.* 7. *tit.* 5. *n.* 14. Est enim euidens coniectura Maioratus, & fideicommissi perpetui, vt notat Flores *lib.* 1. *variarum, quæst.* 17. *num.* 38. *&* 39. *& in additionibus ad Gammam, decis.* 30 *per tot.* & ex traditis ab eodem *decisione* 388. 5.

Dubitatur quintò, an sit coniectura sufficiens ad inducendum Maioratum, onus deferendi Arma familiæ, & agnationis, ac nomen? Responsio est affirmatiua: ex traditis à Molin. *de primog. lib.* 2. *c.* 14. *ex n.* 7. quia ex conditione à testatore posita, vt successores nomen, & Arma propriæ familiæ deferant, bona Maioratui supposita præsumuntur, quamuis id non exprimatur: vt idem Molin. voluit *lib.* 1 *cap.* 5. *n.* 34. Flores *vbi supra, d. quæst.* 1[illegible]. *n.* 40. post Guidonem Papæ. *quæst.* 467. 6.

Iuuat præceptum deferendi Arma, & nomen à conditore impositum, posse inducere conditionem præc[illegible]am: in quo euentu ante Maioratus successionem, ac possessionis translationem, sine dubio adimplenda [illegible] conditio. Quòd si non conditionem, sed m[illegible]u[illegible] tantùm i[illegible]ducat hoc præceptum, moneri debet successor in [illegible]ratu, vt nomen atque Arma testatoris portet, [illegible]it negligens per annum à die [illegible]onitioni[illegible] co[illegible]putandum in adimplendo modo imposito, priuandus est successione: vt deducitur

ex

ex Authent hoc amplius, C de fideicommissis, cuius decisio potest conuenire decisioni Maioratus. Quod intelligitur, quando delatio nominis, & Armorum nihil inhonestum contineat, videlicet, si homini illustri præcipiatur, quòd deferat cognomen hominis vilissimi, seu infamis alicuius insignia: nam tunc poterit successor hac conditione non seruata Maioratum ipsum comparare: vt habetur *in l. facta, § si sub conditione, vers. si vero nominis, ff. ad Trebell.* Molin. *vbi suprà, num.* 30. *& sequentibus*, vbi *de hac re satis benè.*

7. Dubitatur sextò per quæ verba inducatur fideicommissum perpetuum, nunquid inducitur per verbũ *in infinitum?* Dico primò per verba *in infinitum*, censeri inductum perpetuum fideicommissum: ita Bart. Soc. *in cons.* 250. *n.* 5. *&* 6. *lib.* 2. Paris. *in cons.* 18. *n.* 38. Aymon. *in cons.* 98. *n.* 3. Curt. iuo. *cons.* 121. *n.* 15. & alij, quos referens sequitur Menoch. *cons.* 281. *lib.* 3. Dico secundò fideicommissum censeri perpetuũ ex verisimili mente disponentis, quamuis ipse non expresserit: nam ex verisimili mente testatoris fit extensio ad casum dissimilem, & contrarium: vt est text. celebris *in l. vlt. C. de posth. hered. instit.* vbi Institutus, seu substitutus, si nascatur post mortem testatoris, extenditur substitutio ad casum, quo nascatur eo viuo: Pelaez *de Maioratu*, 2. *p. in princ. n.* 137. post Menoch. *de præsumpt. præsumpt.* 93. *lib.* 4. *& præsumptione* 26. *à num.* 4. *eodem lib.*

8. Dico tertiò fideicommissum vniuersale iniunctum hæredi grauato, non expressa persona grauati, aut onerati censeri inductum venientibus ab intestato, vt habetur *in l. peto, in princ ff. de legat.* 2. vbi Bart. Bald. Paul. de Castr. & alij. Curt. sen. *in cons.* 75. Surd. *de alimentis, tit.* 9. *q.* 25. *n.* 12. quod etiam tradit Ant. Peregr. *in tract. de fideicommissis, art.* 40. *n.* 59. & alij, quibus accedit Pelaez *de Maioratu*, 1. *p. art. quæst.* 50. *num.* 113.

Dico quartò, fideicommissum quibuscunque verbis non solùm dispositiuis, sed etiam enunciatiuis constitui: vt dicitur *in l. etiam hoc modo, & in l. & eo modo, de legat.* 1. vbi verba hæc, *credo te daturum*, quamuis non sint dispositiua; attamen fideicommissum operantur: ita *in l vnum ex familia*, §. *vlt. ff. de legat.* 2. Similiter verba hæc: *Non dubitare se quodcunque vxor eius accepisset, liberis eius redditurum*, fideicommissum fuisse illi hæredi iniunctum: ita quoque *in l. codicillis*, §. *matre, ff. de legat.* 2. Similiter verba: *Habes filios sororum tuarum, quibus relinquas*, significant fideicommissum. Quin etiam dicitur fideicommissum constitutum per hæc verba: *cuncta habes prædia, vt possint ad filios tuos peruenire*: ita *in l. fideicommissa*, §. *hæc verba, de legat.* 2.

Verbis item enunciatiuis induci fideicommissum tradunt Bart. *in l. ex hac scriptura. ff. de donation.* Alex. *in l si quis mihi bona*, §. *sed quid si mandauit, ff. de acquirenda hereditate*, quos sequitur Crotus *in cons.* 48 *n.* 21. idem dicunt alij apud Porrium Imol. *in cons.* 40. *n.* 25.

Quòd si quis rogatus dispensare, vel distribuere bona sibi relicta ad alterius beneficiũ, censetur etiam grauatus onere fideicommissi, ita vt non nisi ad illius beneficium disponere possit de bonis illis. Vnde, si testator constituit executores testamenti, vt bona distribuant pauperibus, per fideicommissum eis reliquisse videtur: nam quamuis pauperes ante electionẽ sint incerti; nihilominus censentur vocati à testatore per fideicommissum, vt illis assignentur bona ipsa relicta: ita Bart. *in l Centurio, n.* 21 *& n.* 23. *ff. de vulg. & pupillar. subst.* & *ibi* Ripa *n.* 103. & in specie Paris. *cons.* 45. *n.* 14. *lib.* 3. argumento testatoris relinquentis bona sua vxori, vt teneretur dispensare fructus inter pauperes pro anima ipsius testatoris, quæ non potest donare illa bona filio suo: Menoch. *vbi supra, num.* 10.

9. Dubitatur septimò, an fideicommissum inducatur ex eo, quòd res ad primæuam naturam reducatur? Affirmat Ripa *in cons.* 132. Andr. ab Exea *in c.* 1. *de constit. n.* 78. Dec. *in cons.* 238. *n.* 5. & priùs *cons.* 88. *n.* 5. vbi vult, quòd res prohibita alienari extra familiam, si reuertatur ad fideicommissarium ex pacto de retrouendẽdo, retineat eandẽ naturam: quinimo prohibita alienatione, non censetur prohibita eo casu, quòd res ad suam naturam redeat: Masc. *de probat. lib.* 3. *concl.* 1257. Syluan. *cons.* 66. *n.* 19. Pelaez 1. *p. q.* 58. *n.* 198. *& n.* 199.

Dubitatur octauò, qualiter tacitè inducatur fidei- 10.
commissum? Ratio dubitandi, quia fideicommissum inducitur non solùm coniecturis probabilibus expressè, vt notatur *in l. cum proponebatur, de legat.* 2. & tradunt Castrensis, & Salicetus *in l. penult. C. de impub. & aliis subst.* Decius *cons.* 46. *n.* 2. sed etiam induci potest coniecturis tacitis, vt tradunt Socin. iun *cons.* 101. *n.* 11. *& in cons.* 128. *n.* 14. *lib* 1. *& in cons.* 174. *n.* 8. *lib.* 2. Menoch. *cons.* 369. *num.* 8. His positis dicendum est, quamuis Dec. *in cons.* 205. *n.* 5. & Craueta *in cons.* 160. *n.* 14. dicant coniecturas, & mentem tacitam testatoris non sufficere ad inducendum fideicommissum, sed requiri verba clara; hoc esse intelligendum, quando coniecturæ sunt leues: secùs si vrgentes: vt voluerunt iidem Castrensis, & Salicet. *in l. penult. C. de impub. & aliis substit.* Decius *in cons.* 465. *n.* 3. *&* 13. Paris. *in cons.* 17. *n.* 17. *lib.* 2. & latè Socin. iun *in cons.* 101. *n.* 11. *lib.* 1. *& in cons.* 174. *n.* 8. *lib.* 2. Quos referens sequitur idem Menoch. *cons.* 232. *n.* 32. atque ita non est negandum fideicommissa induci tacita testatoris voluntate, vt constat *ex l. cum proponebatur, de legat.* 2. idem Menoch. *d. cons.* 328. *num.* 60. *lib.* 4.

Regulariter ergo fideicommissum censetur inductum per qualiacumque verba tacitè, *l. etiam hoc modo, & l. eo modo, ff. de legat.* 1. Gozad. *in cons.* 102. *n.* 2. *& in cons.* 101. *n.* 1. quare in legatis, & fideicommissis, verborum obseruatio necessaria non est: *l. in legatis, C. de leg.* Quibuscumque verbis igitur relinqui possunt legata, & fideicommissa: non enim verbis, sed voluntatibus defunctorum exhibetur fauor: § *nostra, Instit. de legatis*: atque ita fideicommissa quocumque sermone possunt relinqui, & induci, non solùm Latino, sed vulgari, vel Hispano, vel Gallico: *l. fideicommissa, in principio, de legat.* 3. Alex. *in cons.* 100. *n.* 7. *vol.* 4. Quinimò nutu relinqui possunt legata, & fideicommissa: *l. nutu, de legat.* 3. quia sola voluntas testatoris in fideicommissis, & legatis attenditur: *l. penult. de leg.* 1.

Verba tamen, per quæ fideicommissa tacitè inducuntur, debent esse honesta, non verò contumeliosa: nam similia, & dedecore plena verba pro non scriptis habentur: Iason *in l & si pepercerit, in principio, ex num.* 11. *&* 12. *de liber. & posth.* Interdum tamen fideicommissa per hæc verba etiam relicta quamuis arguant aliquod dedecus, & conuicium non omnino corruunt: Bald. *cons.* 253. *in fine, vol.* 2.

Quæstionis est an inducatur fideicommissum per verbum relictum in testamento in hunc modum: *Titium tibi commendo?* Respondetur negatiuè: *l. fideicommissa*, §. *si ita quis, de legat.* 3. Imò neque ex verbo, *Tibi commendo Titium*, sequitur onus alendi Titium: Bald. *in d. l. fideicommissa*, §. *si ita quis*, quia vt *ibi* dicitur, aliud est personam commendare; aliud est insinuare voluntatem suam hæredibus fideicommittentis. Quòd si testator dicat, *Commendo hæredi meo Titium?* adhuc nihil ei per fideicommissum relictum videtur, quia nullius rei meminit testator: ita deducitur *ex l. cum post*, §. *Gener. ff de iure dot.* siquidem non adiecit testator speciem legati: per *l. Titia cum testamento, de legat.* 2. Secùs si testator dicat, *rogo*, facta mentione alicuius rei præstandæ Titio: tunc inducitur fideicommissum; sicut per verbum *commendo*, si testator post illud alicuius rei faciat mentionem: *l. verba*, cum Gloss. *ff. de alimentis & cibariis legatis*, *l.* 2. *communia de legat.* Quamobrem si verbum *commendo* positum fuerit generaliter, non inducitur fideicommissum, quia nullius rei fit mentio.

Eodem modo verba per modum consilij prolata, non inducunt fideicommissum: *l.cum pater,§.mande, ff.de legat.*2.nec disponunt.Similiter verba adulatoria directa ad bonoratum non inducunt dispositionem: *l.generali,&ibi* Bart.*ff de vsufructu legato*,nisi concurrat libertatis fauor:*l.Paulus,§ Paulus, ff.de fideicom.libert.*

Cæterùm ex coniecturis inducitur fideicōmissum, quamuis verba talem sensum nō videantur admittere:per *l.quamuis,de fideicommissis*,ita Curt.seo.*cons.*42.*in princ.& cons* 61 *in princip.*& Curt.inn.*cons.*121.*n.*20.*& infrà,& n.*17.vbi vult solam voluntatem spectari in fideicōmissis, quamuis ex verbis commodè nequeat concipi, dummodò ex coniecturis colligatur: quod etiam tradit Soc.inn. *cons.*42.*n.*20.*vers. & maxime,& n.*26.*& seq.vol.*1.& copiosè Rolād.*cons.*70 *n.*54.*vol.*3.

Porrò si testator dicat:*nolo heredem institutum quicquā habere ex meis bonis,quia fuit mihi ingratus*,esto per hæc verba ipso iure hæreditas illi non auferatur, vt habetur *in l.militis codicillis,§.veteranus,ff.de testamento militis*, tamen fideicommissum videtur relictum venientibus ab intestato, si solus ingratus hæres fuit Institutus,vel fauore cohæredū, si habebat cohæredes: per *l peto,ff.de leg.*2.*in princ.*Ripa *in l.vlt.n.*155.*in fine, C.de reuocand. donat.* Card.Mant. *de coniecturis, lib.*8.*tit.*1.*n.*30.*ad finem.vers.sed tamen*,vbi *n.*31.addit quando quis fuerit institutus hæres per vitam suam tantùm, posse intelligi rogatum post mortem ad restituendam hæreditatem legitimis hæredibus venientibus ab intestato: vt vult Bart.*in l.quoties,num.*3.*vers. tertiò obstat: ff de hered instit.*& Castrens. *in cons.*202. *Super hoc puncto*, aliàs *in cons.*241. *vol.*2.

11. Dubitatur nonò,quomodò differant fideicommissum perpetuum,& temporale?Dico primò de iure cōmuni fideicommissum in dubio non esse perpetuum: vt tradit Episc.Sarm. *in l.vnum ex familia, §.sed si fundum,n.*2.*fol.*178.*ff.de legat.*2. Dico secundò fideicommissum constitui perpetuum, quando ita vocatur à testatore,vt duret in infinitū;& ideò quando est perpetuum,extenditur ad vltimum gradum agnationis à persona testatoris numerandum:prout volunt commemorati àTiraq.*in tract.de retract.consang.§.*1 *gloss.*9.*n.*24.& à Couarr.3.*variar.resol.c.*5 *n.*4.*vers.secundum*: quare fideicommissum est perpetuum,quando testator vult,vt eadē bona perpetuò in familia maneant, & à familia possideantur nullo præfixo temporis termino;nec vult testator,quòd ea bona alienentur,sed quòd res,& bona perpetuò sint in familia ipsius,neque eam egrediātur.Dico tertiò in hoc differre fideicommissum perpetuum, à fideicommisso temporali, quia perpetuum inducitur, ex quo dispositio est realis:*l.cum pater,§.instituto, ff de legat.*2. *l.cum ita, §.in fideicomm.ff.eodem tit.* Fideicommissum nō perpetuum, sed temporale est illud, quod personis, & non rebus imponitur:*l sordidorum,C.de excus.munerum.*Ceuall.*in pract.quæst.cōmun.contra comm.q.*725.*n.*8.vbi ait fideicommissum esse perpetuum,quando prohibitio alienationis est realis,& *n.*24.ait perpetuū fideicommissum esse non posse, quod personis,non rebus conceditur:Idem firmat Molin. *de primog.lib.*1.*c.*4.*n.*22. argumento Maioratus, vbi considerat,an alienationis prohibitio in rem,seu in personā dirigatur,vt in primo casu perpetua sit;in secundo verò personam prohibiti non egrediatur; atque ita quando hæreditas est grauata, & grauamen est scriptum in rem, afficit rem ad quemcunque vadat,& extēditur onus in omnes.Secùs autem si verba in solam personam dirigatur:quare Maioratus institutio ex bonis scripta in rē perpetua censetur,nō autem temporalis:quod etiam probatur ex Bald. *in l precibus,n.*49.*C.de impub & ex l.final.ff.de contrah.empt.* Vnde fideicommissum factū fauore familiæ,seu agnationis; reale ac perpetuum, non temporale censendum est, vt ait Bald. *in l.quod vero contra, ff. de legibus.* Similiter, qui familiæ fideicōmissum reliquit,censetur illud eo animo reliquisse,vt bona ipsa perpetuò in familia conseruentur, & ideò reale, ac perpetuum; non autem personale, nec etiam temporale nominabitur:vt probatur ex text.*in l.peto,§.fratre,ff.de leg.*2.idem Molin.*c.*5 *n.*16.*& n.*25.*ad finem.* Menoch. *cons.*85.*n.*11.*n.*13.*&* 14.*lib.*1.

Dubitatur decimò,ex quibus verbis,seu coniecturis Maioratus colligatur institutus?Dico primò,si testator reliquit bona propriæ agnationi, seu familiæ,seu cognationi,censetur Maioratus institutus,si verba ad primogenituræ ordinē referantur,quamuis non meminerit huius verbi *primogenitura*,seu *Maioratus*;deducitur *ex l.cum ita legatur,§.in fideicomm.ff.de legat.*2.*& ex l.peto, §. fratre, ff. eodem.* Dico secundò verba de maiori natu in maiorem, vel de primogenito in primogenitum inducunt coniecturam Maioratus: item si dicatur, *vadant bona de herede,in heredem masculum*: vel *de masculo, in masculum, gradatim*; vel *successiuè*. Molin. *de primog. lib.*1.*cap.*5. *num.*39. *post plures.* 12.

Sed quid si testator ante confectum testamentum dixit,se velle Maioratum instituere,& postea in ipso testamento fecit aliquas vocationes, quæ redolent dispositionem primogenituræ; non tamen omninò vrgentes?Bart. *in l.*2.*n.*4. *ff.de vulgar.* opinatur videri Maioratum ex eo, quod testator illud dixit ante factionem testamenti; quia voluntas testatoris coniecturata habetur pro expressa:*l.licet Imperator,ff.de legat.*1. & tradit Maut. *de coniectur. vlt. vol. lib.*3.*tit.*19. quem refert, ac sequitur Pelaez *de Maioratu, 2.part. in principio, & quæst.*3. *n.*73. *& sequent. & num.*96.

Confert quòd Maioratus inducitur ex coniecturis, Molin.*vbi sup.lib.*1.*c.*5 *per tot.*&Valasc.*consult.*82.*n.*2. vbi hoc refert: quin etiam Maioratus colligitur, & censetur institutus ex verbo perpetuo,& filios vocari in dispositione tradit expressè Roland.*in cons.*6.*n.*30.*lib.*4. ex Carol.Ruyo. *in cons.*108. *n.*13. *lib.*2. & Ant. Peregr. *in tract.de fideicomm.art.*28.*n.*1. quos sequitur Pelaez *de Maioratu,*2.*p quæst.*5.*n.*80.Item Maioratus præsumitur ex qualitate rei relictæ, nimirum ex dispositione testatoris,& eius mente,quando colligitur voluisse fieri vinculum,& bona vinculate in gratiam successurum, grauando illos onere restitutionis ad primogenitos sequentes in gradu:& in terminis Maioratus, seu primogenituræ id volunt Abbas *in consil.*60. *n.*10. *lib.*1. Mascard. *concl.*774. *n.*6. *& concl. sequenti*: quod procedit, vbi qualitas rei relictæ hoc suadet, & deducitur ex *l.*44.*tit.*5.*partita* 5.

Quid si pater donationem faciat filio per viam primogenituræ obstrictā vinculo,& postea in testamento idem Tertium sine onere aliquo relinquat? nunquid remisit vinculū,& onus?Dicus,& Bart. *in l.Statius Florus,in princ. ff.de iure fisci*, tradunt, si in priori testamento relinquatur legatum, vt extra familiam alienari nequeat, & in posteriori testamento idem legatum relictum sit simpliciter,onus adiectum non censetur repetitū:sequitur Carol.Ruyn. *cons.*93.*n.*13.*lib.*1. Mant.*lib.*12.*de coniectur.mente defuncti,tit.*1.*n.*38.

Cephalus autem *cons.*67.*n.*11.*lib.*1. vtitur hac distinctione,dicens legatū quandocumque transfertur de vno in eundem,transferri liberum absque onere: quòd si de vno ad alium transeat, non transit sine onere:Roman.*singulari* 668.*Quæstio.talis est.*Iul.Clar. *in §.testam.q.*76.*n.*8.Mascard.*de probat.lib.*3.*concl.*1137.*n.*17. Menoch. *de præsumpt.lib.*4 *præsumpt.*176.*n.*4.

Porro quando pater in vna clausula testamenti meliorauit filium inTertio bonorum in re certa,cum vinculo Maioratus in forma consueta posito, & in alia clausula inferiori ipsius testamenti ipsum eundem filium meliorauit in eodem Tertio simpliciter sine vllo vinculo, non censeri reliquisse vinculum tradit Peralta *in l.si idem seruus, num.*8.*ff. de legat.*2.

per

per text. *in l. nam ad ea, ff. de condit. & demonst.* Menoch. à simili *cons.* 85. *num.* 17.

Non obstante hac varietate in præsenti quæstione dicendum videtur, si quis fecit Maioratum titulo donationis, & postea in vltima voluntate reliquit rem sine vinculo non videri recessisse a vinculo prius facto, nisi expresse de hoc meminerit. Ratio, quia conditio posita in institutione, intelligitur repetita in legato postea facto: ita Roderic. Suar. *in l. quoniam in prioribus, quæst.* 8. *n.* 13. *de inoffic. testament.* per regulam *l. avia* 77. *in princ. & l. cum seruus, ff. de condit. & demonst.* Dec. iuuat *in cons.* 515. *n.* 5. dicens si appareat expresse, quòd testator voluit bona permanere in familia, videri etiam voluisse permanere in secundo testamento: pro quo Burg. de Paz *cons.* 2. *n.* 7. facit regulam, quòd conditio apposita in primo instrumento primogenituræ, videtur in secundo repetita: Bald. *in c.* 1. *§. insuper, De feudi alienatione.* Cald. Pereira *de renouatione emphyt. q.* 3. *n.* 1. *cum seqq.* quare voluntatis mutatio non debet præsumi: *l. fideicommissum, C. de fideicommissis.* Mutasse autem voluntatem testatorem probare pertinet ad illum, qui fideicommissum recusat: *l. Lucius, in fine, ff. de legat.* 2. Pelaez *de Maioratu, in principio, 2. partis, & p.* 1. *quæst.* 74. *n.* 17. & 18.

13. Dubitatur vndecimò, vtrùm quando testator fecit aliquas substitutiones, & post illas vocauit consanguineum proximiorem, inducatur Maioratus ratione vocationis? Resolutio affirmatiua placet: Flores *lib.* 1. *variarum quæst. q.* 18. *n.* 34. post alios *ibi* relatos: Iuuat Menoch. *cons.* 533. *n.* 35. dum ait testatorem factis pluribus gradibus substitutionum, si vltimo loco extraneum substituat, qui decedit ante grauatum hunc morientem ad filios suos ius fideicommissi transmittere. Verisimile namque est, testatorem nolle anteponere alienam successionem propriæ, iuxta *l. Lucius, la* 2. *ff. de hæredibus instit.*

14. Similiter quando testator digreditor ad plores gradus substitutionis, & post hæredem institutum substituit ipsius filios, & descendentes omnes sub qualitate aliqua, aut onere, significat se velle onus restitutionis fideicommissi in omnes substitutos esse repetitum: ita Guido Papæ. *in quæst.* 184. idem Menoch. *suprà, num.* 44. *& seqq.*

15. Dubitatur duodecimò, an quando apponitur onus in consuetudine succedendi ordine successiuo per viam Maioratus, constituatur Maioratus perpetuus? Responsio est affirmatiua. Consuetudo autem succedendi per viam Maioratus quanti temporis esse debeat, tradit Molin. *de primog. c.* 6 *lib.* 2. quod consonat *ex l.* 44. *Tauri.* Attamen cùm talis consuetudo non sit inductiua Maioratus, sed declaret verba obscura testatoris, sufficiet si sit decennalis saltem: Flores *vbi suprà, q.* 17. *n.* 43. vbi *n.* 42. tradit quando onus est magnum, & gloriosum, & bona relicta sunt magni momenti, & æstimationis, & testator magnæ auctoritatis, & dignitatis, & voluit suam memoriam, & agnationem conseruare; tunc ob honoris augmentum, & ob memoriam sui nominis, & familiæ, inducitur Maioratus perpetuus.

§. IV.

Voluntas instituentis Maioratum sub aliqua conditione, seu qualitate, aut sub onere, in dubio quomodò sit interpretanda.

EPITOME.

1 *Voluntas testatoris præsumitur in dubio conformis dispositioni iuris communis.*

2 *Voluntas testatoris instituentis Maioratum est interpretanda, ita vt à Sapientibus nequeat reprehendi.*
3 *Voluntas testatoris quando est dubia, non debet considerari, vt ab eo recedatur quod est certum.*
4 *Voluntas coniecturata testatoris idem operatur, ac si esset verbis expressa.*
5 *Voluntas testatoris instituentis Maioratum libera esse debet, neque debet pendere ab alieno arbitrio.*
6 *Voluntas testatoris non consideratur, cùm verba non patiũtur, etiam si magna sit præsumptio voluntatis.*
7 *Voluntas instituentis Maioratum magis ex facto, quam ex verbis colligitur.*
8 *Voluntas testatoris potest variari ex varietate temporis.*
9 *Voluntas censetur mutata, cùm causa finalis dispositionis mutatur.*
10 *Voluntas sequens ex præcedentibus ostenditur, & durare præsumitur.*

CVm voluntas testatoris, & instituentium Maioratus in omnibus sit seruanda, *l. cùm talis, in fine,* ibi, *in omnibus etenim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus, C. de legat.* ex ea ratione, quia vnusquisque est moderator, & arbiter in re sua: *l. in re mandata, C. mandati*, Paris. *cons.* 72. *n.* 3. *vol.* 1, dubitari potest in dubio quomodò sit interpretanda? Resolutio sit, interpretandam esse iuxta iuris communis dispositionem; vt tradunt omnes *in l. hæredes mei, § cum ita,* & *ibi* Ripa *n.* 75. *ad S C. Trebellian.* Menoch. *cons.* 62. *n.* 13. *vol.* 1. Roland. *cons.* 82. *n.* 10. *vol.* 3. & in terminis declarat Alex. *in cons.* 5. *col.* 1. *cum sequenti vol.* 3. & meritò; quia lex sequitur voluntatem testatoris, vt venator leporem: Bald. *in l. final. C. de necess. ser. hær. inst.* & ideò, inquit text. *in l.* 5. *C. de liber. præter.* vbi est manifestissimus sensus testatoris, nusquam fieri debet talis interpretatio, sed ad vnguem seruanda est voluntas testatoris. 1.

Hinc fit, quòd testatrix instituens filios masculos hæredes vniuersales, & filiam particulariter, censetur in hoc dubio exclusisse neptes ex filio: eo quia præsumitur matrem magis diligere filiam, quàm neptem: argumento *l. si viua matre, C. de bonis maternis.* Filia enim est in primo gradu testatrici, neptes autem in vlteriori, & fortius ius est in causa immediata, quàm in causa mediata, nec neptis debet esse melioris conditionis, quàm filia propria: quare, quia testatrix filias, quas habebat, exclusit à bonis suis, & à fideicommisso, instituendo filios hæredes vniuersales, & filiam particulariter in quantitate certa, dicendum est molto fortius exclusisse neptes, velut minùs dilectas: Oldr. *in cons.* 141. vbi concludit positam conditionem in prima substitutione censeri repetitam in sequenti, ne potentius ius videatur transmissum in secundum substitutum, qui censetur minùs dilectus à testatore, quàm in primum, quem testator præsumitur magis dilexisse: *l. liberti, § ab hæredibus, ff. de aliment. & Cibar. legat.*

Quid ergo si testator habeat quatuor filios, & illos instituat vniuersales hæredes, & filiam in re certa, & si alter ex filiis decesserit sine filiis, substituit superstites, nunquid sub illo filia continebitur? Resolutio sit negatiua: quia sicut testator prætulit masculos in institutione, sic etiam illos voluit præferre in fideicommisso: Decius *in cons.* 304. *col.* 1. Curt. iun. *in cons.* 11. *col. penult. in fine, cum seqq.* Bartol. *cons.* 54. sequitur Paul. de Castro *cons.* 79. secundùm antiquam editionem, vbi concludit, quòd quando substitutus est filius, vel agnatus, tunc illa verba, Si sine liberis decesserit, intelliguntur de masculis tantùm ex coniecturata voluntate testatoris, qui censetur in ea fuisse mente, vt bona conseruentur in familia, & in agnatione. Quòd si substitutus fuerit extraneus,

runc illa verba extenduntur etiam ad fœminas: Roland. *conf.*82. *vol.*3. *num.*33.

2. Cæterùm voluntas testatoris, seu instituentis Maioratum, in dubio ita est interpretanda, vt nequeat reprehendi à viris doctis; non reprehendetur autem quando interpretatio voluntatis testatoris regulabitur à ratione, & causa secundùm quam voluit testari, seu instituere maioriam; verbi gratia, si ratio, & causa prohibendi alienationem est, vel fuit, vt bona reseruarentur primogenito; intelligitur autem facta prohibitio alienationis, ne bona transeant ad extraneos. Item non reprehendetur interpretatio testatoris volontatis, quando colligitur ex ratione per regulam *legis*, *Cum mulier*, *ff. soluto matrimonio*, facit quod tradit Ripa *in l.Centurio,n.*131. *ff.de vulgar.* dicens in iudicando non esse sequendam subtilitatem testatoribus incognitam: sequitur Bald. *in conf.*13. *Punctus talis,n.*2.*lib.*3. vbi vult, quod in substitutionibus non magis potestatem, quam naturalem affectionem esse attendendam: ex quo fit vt magis inspiciatur voluntas, & mens testatoris, quàm rigor verborum: vt per Corn. *in conf.*124.*n.*6.*lib.*2. Mant. *de coniecturata mente defuncti,tit.*16.*n.*3.*lib.*11. *& tit.*15.*n.*3.

Insuper attendi debet, quòd voluntas testatoris est mensuranda secundùm communem vsum loquendi illius loci, in quo testator testamentum fecit, vel Maioratum instituit, vt notat Bart. *in l.si seruus plurium,§ vltimo,* vbi Cumanus, *ff.de legat.*1. Barthol. Socin. *in conf.*247.*Circa primum,n.*5.*lib.*2. Vnde si exterus homo in Hispania instituit Maioratum, & ibi fecit residentiam per longum tempus, videtur se conformare cum legibus, & cum consuetudine Hispaniæ: præsertim si extraneus iste disponat de bonis, quæ in Hispania habet: Pelaez *de Maioratu,p.*1.*q.*58. & vrget *l. semper in stipulationibus, ff.de regul.iuris,* per hæc verba, ibi: *Vnde si non apparet quod actum est, consequens erit, vt id sequamur, quod in regione, in qua id actum est, frequentatur*: prout notat Gregor. Lopez *in l.*34. *tit.*11. *partita* 4. Gloss. final. *in vltimis verbis.*

3. Præterea vbi voluntas testatoris est dubia, non attenditur, vt ob eam recedatur ab eo, quod certum est: *l.si duo, ff.de testam tutel.& l.si alij, ff de vsufructu legato,* ita Crauetta respondit *in conf.*143. *in fine,* post alios Facit quod scriptum est *in c.si quis autem,de pœnit.dist.*7.*& in l.cogi,§.si pater,* vbi Gloss. *ff.ad Trebell.* vnde quando voluntas testatoris de fideicommisso est dubia, & certa de successione hæredis: non debemus recedere ab hac certitudine, vt ex voluntate dubia inducatur fideicommissum: ita in terminis probat *l. si ita fuerit, in principio,* & *ibi* Socin. *in quinto notabili, ff. de rebus dubiis,* & respondit Alciat. *in responso* 495. *num.*6. *in fine.*

4. Cùm igitur voluntates defunctorum sint cognitu difficiles, quas verè cognoscere non possumus, & ob id sæpè errare soleant homines, vt tradunt Decius *conf.*278.*col.*1. & Soc. iun. *conf.*78.*n.*2.*lib.*3. Nihilominus voluntas coniecturata testatoris, idem operatur, ac si esset verbis expressa, *l.inter vestem, ff. de auro & argento legato*, quandoquidem euidenter, & apertè apparere dicitur, quod coniecturis constat, & apparet: *l quidam testamento, de vulgar* Bart. & Iason *in l.licet Imperator, n.*2. *ille; iste n.*5. *ff.de legat.*1. Pelaez *de Maioratu,*2.*p q.*3.*n.*73.*&* 96. *& in præfat.* prius *n.*24. vbi docet voluntatem manifestam dici, quæ ex coniecturis colligitur, & *n.*26 quæ deducitur ex legitimis præsumptionibus. Quinimò addit 1.*p.q.*11 *n.*77. voluntatem coniecturatam propriæ significationi prævalere: *l cogi, in principio, & in verf. sed & si quis, ff. ad Trebellianum, l.ex facto,§.vltimo, eodem tit.* Mant. *lib.*7. *de coniecturata mente defuncti, tit* 3. *num.* 1.

5. Dubitari potest an subsistat Maioratus coactè institutus? Pars negans ex eo videtur vera, quia voluntas coacta non est propriè voluntas, Gloss. final. *in l.si mulier. §. vlt. ff. quod metus causa,* Iason *in l.qui in aliena,§.Celsus,n.*35. *ff.de acquir.hæred.* Decius *in l velle non creditur,n.*4.*de regul.iuris.* Sed potest dici non omnem actum per metum gestum regulariter esse inualidum, quamuis rescindi possit, vt docuit Cardin. *in Clementina* 2.*§. sane* 3.*oppos.pæn.* & Felin. *in c præterea, n.*35. *verf.*5. *& vlt. concl.de spons.* Non enim quilibet metus reuerentialis ad primogenia irritanda ex filiorum consensu instituta, sufficiens est, nisi nimia crudelitas, minæ, aut verba iniuriosa concurrant: erit tamen sufficiens ad primogenium rescindendum metus reuerentialis, simul cum enormissima læsione: Molin. *de primog.lib.*2.*c.*3.*n.*9.*cum seqq.* & multo fortiùs quando metus iustus dicitur, hoc est, qui cadit in constantem virum: Mant. *de coniecturis,lib.*2.*tit.*7. *n.*5. Menoch. *conf.*181.*n.*88 *vol.*2. vbi ait solere metum istum reuerentialem reddere contractus nullos: ex Bart. *in l.*1. *§.quæ oneranda, n.*4. *ff. quarum rerum actio non detur.* Afflict. *decis.*69.*n.*4. & Bnet. *q.*100 *n.*11.*&* 12. idem Menoch. *conf.*308 *n.*21. vbi de metu reuerentiali simul cum læsione enormi, vbi subdit reuerentialem metum considerari in his, qui illi subsunt, cuì non audent contradicere: item quia voluntas coacta voluntas est: Gloss. *in l. si mulier,§ vlt. ff.quod metus causa.* Iason *in l.qui in aliena, §.Celsus, n.*35. *de acquirenda hæreditate*: quare quamuis intercedat metus: actus tamen valet, rescindique debet remedio edicti *Quod metus causa,* vt optime affirmant Anchar. *consil.*362. *in principio,* Felin. *in c.præterea,n.*35. *verf.*5 *& vltima concl.de spons.* Menoch. *conf.*2. *n.*220. *cum seqq.*

Necessarium est ergo, quòd voluntas testatoris instituentis Maioratum, & filiorum consentientium, libera sit; neque dependere debeat ab alieno arbitrio: *l.illa institutio, ff. de hæredibus instituendis*, cum similibus Menoch. *conf.*90.*n.*107. Neque hoc est alienum à ratione, cùm integrum sit vnicuique de iure communi ad libitum suum de re sua disponere: *l.in re mandata,C.mandat.* qui autem habet arbitrium restrictum, non dicitur illud liberum habere: libertas enim naturalis est facultas de re sua prout ei placuerit disponere: idcircò illam coarctare contra rectum rationis dictamen, est contra ius naturale, & contra ius commune: *l.dudum,C.de contrah.empt.* vbi reprobatur consuetudo, quæ cogit hominem vendere consortij; ita Socin. *conf.*172. *col.*3.*verf.*4. Ergo in nostro casu liberè, & non coactè primogenium est instituendum. Et quamuis magna sit præsumptio voluntatis instituentis, quòd voluerit instituere, non con- 6.
sideratur voluntas illius, quando verba talem sensum non patiuntur, præsertim quia voluntas testatoris interpretanda non est per viam diuinationis: ita Bald. *in conf.*408. incipit, *Statuto Ciuitatis Mantuæ, lib.*3. & alij, quibus accedit Menoch. *conf.*97. *n.*95.

Non est tamen negandum, voluntatem instituen- 7.
tis facto magis, quam verbis declarari: *l. Paulus, ff. rem ratam haberi,* Aymon. *conf.*204. *à num.* 11. Menoch. *conf.*1. *num.*264. *& conf.*5.*num.*16. *& conf.*110. *à num.*11. *& conf.*158.*num.*48. Mascard. *de probat.conclus.*1415 *num.*34. Valasc. *consult.*169.*num.*11. Mendes à Castro *in prax.Lusit. lib.*3.*c.*11. *n.*9. & Gonzal. *ad reg.*8. *Cancell.* §.4. *proœmij,n.*71. Quare si facto institutor ostendit primogenium instituisse, facto standum est; quia voluntas sola non sufficit sine effectu: Cald. Pereira *de resolut.emphyt.c.*11.*num.*20. & Mant. *decis.*146.*num.*4. & Surd. *decis.*194.*n.*21.*& decis.*371. *num.* 65. & multo minùs prodest voluntas retenta animo: *l si repetendi, ff de condict.ob causam,* Brunor. à Sole *in locis communibus, verbo, propositum*: ex traditis per Tiraq. *in l.si vnquam, C. de reuocand. donat. verbo, libertus, num.*20. *& in l.*6.*connub. gloss.*1. *part.*6. *num.*18. *& de retractu, tit.*5. §.4. *gloss.*6. *num.*21.

Item

8. Item dicendum est voluntatem testatoris posse variari ex varietate temporis, nec hoc est inconueniens; vt ostenditur ex *l. Centurio, ff. de vulgar.* Ripa *in l. 2. n. 55. ff. eodem, l. vtilitatem, l. confirmando, ff. de confirm. tutor.* & notat Cotus *in l. filius familias, §. Diui, n. 172. & 173. ff. de leg. 1.* Mant. *lib. 8. tit. 12. n. 32. de coniecturis vltimarum voluntatum,* & priùs *lib. 5. tit. 15. n. 21.* post Galiaulam *in d. l. Centurio, n. 51. & 52.* vbi probatur tempus testamenti inspiciendum, qoando agitur vtrùm testatoris dispositio aliquid comprehendat; voluntque verisimiliter de hoc iudicandum, quod testator fecisset, si de tali casu cogitasset, si vixisset; idémque debuisset facere filius post mortẽ patris; ita Paul. de Castr. *in Authent. res quæ, C. communia de legat.*

Nec obstat dispositionem testatoris non posse stare in suspenso, vtrùm valeat, aut non valeat: Quia quamuis hoc ita sit, bene tamen executio, siue effectus dispositionis suspenditur: *l. hæres quandocunque, ff. de acquirenda hæreditate,* Mant. *d. lib. 5. tit. 15. n. 21. & 22.* atque ita voluntas testatoris ex iis, quæ post mortem emergunt, intelligitur mutata: iuxta *l. vtilitatẽ, ff. de confirm. tutor.* Mant. *d. lib. 8. tit. 12. n. 32. & seqq.*

9. Similiter voluntatis mutatio præsumitur, cum noua causa superuenit, Pelaez *de Maioratu, 1. p. q. 43. n. 97. & n. 108.* & multo magis censetur mutata voluntas, quando causa finalis dispositionis mutatur: idem Pelaez *2. p. in præfat. n. 458.* post Hieronymum Gabriel. *cons. 97. in fin. lib. 1.* quem refert Menoch. *in tract. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 265. n. 17.* Ex quibus planum est, quanti fiant vltimæ voluntates præsertim in successione fideicómissorum, & Maioratuum.

10. Vltimò deprehenditur voluntas testatoris sequens ex præcedentibus, & durare præsumitur; Pelaez *de Maiorata, 2. p. q. 6. n. 357.* vbi ait præcedentia etiam influere magis in sequentia quàm è contra: secundùm Gloss. *in l. filium, ff. quando dies legat. ced.* vt per Curt. iun. *in cons. 70. n. 2.* Ex præcedentibus enim declarantur subsequentia: *l. si seruus plurium, §. vltimo, de legat. 1.* & factum subsequens præsumitur ex causa antecedenti: Menoch. *cons. 202. num. 31.*

§. V.

De clausulis apponi solitis in institutione primigeniorum, & fideicommissorum, quomodo intelligantur.

EPITOME.

1 *Clausulæ Maioratus intelligi debent, vt perpetuò durent.*
2 *Clausulæ primogeniorum in Hispania intelligendæ sunt secundùm consuetudinem Hispaniæ.*
3 *Clausulæ speciales, siue præcedant, siue sequantur, præferuntur generalibus.*
4 *Clausula bonis liberis deficientibus expressa in facultate non reddit clausulam conditionalem.*
5 *Clausula in Maioratu apponi solita, vt possessores sint vsufructuarij tantùm, an sit vtilis, & quomodo apponi debeat?*
6 *Clausula translationis Maioratus in sequentem successorem ob delictum possessoris qualiter apponi debeat.*
7 *Clausula in Principis rescripto apposita quod primogenium postquam factum est semel, possit rescindi.*
8 *Clausula quod instituens Maioratum possit augere illum, si non apponatur, an subintelligatur?*
9 *Clausulæ tendentes ad perpetuitatem Maioratus in omnibus vocationibus censeatur repetita.*
10 *Clausula generalis apposita post expressam rem particularem est specialis.*

11 *Clausula quòd masculi fœminis semper præferantur, quomodo debeat intelligi?*
12 *Clausulæ substitutionum an referantur ad remota, sicut ad proxima?*
13 *Clausula apposita in principio quando dicatur in fine repetita.*
14 *Clausula in fine posita non refertur ad præcedentia quæ sint contraria.*
15 *Clausula in fine posita quãdo est talis, quæ refertur expressò ad omnia præcedentia, tunc potest referri tam ad proxima, quam ad remota, & in principio posita.*
16 *Clausula, Si preces veritate nitantur semper intelligitur in rescripto, etiam de iure ciuili.*
17 *Clausula, Pro te, & tuis hæredibus, & quibus dederis; æquipollet clausulæ, Pro te, & quibuscunque hæredibus.*
18 *Clausula, Supplentes omnes defectus, non extenditur ad defectus iuris naturalis.*
19 *Clausula apposita in contractu de constituendo Maioratum, quod apponat omnes conditiones, vt Maioratus crescat, quid operetur?*
20 *Clausula, quod in euentu alienationis confestim dominium Maioratus, & ius transferatur in proximiorem, qui debet succedere, est valde necessaria.*
21 *Clausula quòd Maioratus reputetur antiquus; & emphyteusis antiqua, quid operetur?*
22 *Clausula, Quantum de iure possum, quid operetur?*
23 *Clausula, Si sine liberis vxor decedat, restringitur ad filios illius matrimonij.*
24 *Clausulæ consuetæ apponi in instrumentis ex communi vsu Tabellionum debent attendi, quamuis partes non attendant.*
25 *Clausula solita apponi, Vt bona veniant de hæredibus ad hæredes; intelligitur, si liberi sint hæredes.*
26 *Clausula fundationis in casu dubio magis est declaranda respectu testatoris, quàm vltimi possessoris.*
27 *Clausula fundationis in casu dubio an possit declarari fauore consanguineorum.*
28 *Clausula instituentis Maioratum, & prohibentis cappellaniam à se erectam subesse collationi Ordinarij, non valet.*
29 *Clausula, Si sine liberis, & liberi sine liberis moriantur; nam vocet filios ad fideicommissum?*

DE clausulis apponi solitis in constitutione Maioratus, seu fideicommissi, non tamen de omnibus, in præsentiarum nobis erit sermo hoc loco. Prima ergo clausularum resolutio sit: Omnes clausulæ Maioratus intelligi debent, vt perpetuò durent: ita Petr. Barb. *in l. diuortio, §. quod in anno, n. 21. ff. soluto matrimonio:* Ideo si Maioratus constituatur perpetuò duraturus, omnes eius clausulæ ita debent accipi, vt perpetuò durent, nec censentur extinctæ vocatione primorum, aliàs non fit satisfactio intentioni constituentis Maioratum qui vult illum perpetuò durare: vt priùs tradidit Molin. *de primog. c. 6. à n. 18. lib. 1.* nam cùm Maioratuum in Hispania natura sit perpetua, semper in illis interpretatio accipienda est, ex qua dispositio duret; non autem illa, ex qua confestim extinguatur: sequitur Pelaez *de Maioratu, 1. p. quæst. 18. num. 8.* vbi mouet quæstionem sequentem. 1.

An facultas concessa à Principe ad constituendum Maioratum in vnum ex pluribus filiis quem elegerit, & fecit in quendam, qui viuo patre mortuus est, an ea facultas expirauerit per primum actum? Pro parte affirmatiua facit doctrina Baldi *in l. si vt proponis, in 2. col. 1 & vlt. C. quomodo & quando Iudex,* vbi dicit, quòd licẽtia data ab homine intelligitur de prima vice. Et generaliter simplex cõcessio primum actum recipit solùm: *l. dotis promissio, ff. de iure dotium.* Item id patet exẽplo dispensationum, vbi vnico actu verificantur, *c. Ordinarij,* vbi Gloss. *in verbo, ea quæ, de regul. iuris, in 6.*

vbi probatur dispensationem ad dun beneficia, intelligi de primn tantùm: sequitur Menoch. *cons.97. num.8n. & seqq.*

Pars tamen negans probatur ex intentinne Principis concedentis licentiam ad instituendum Maioratum, qui vult, vt impetrans ea viatur, & suum consequatur finem, nb quem fuit concessa, vt bona veniant indiuisibilia ad vnum, vt ex hoc Regnum magis illustretur: ideò licentia non extinguetur in primo actu; & priuilegium non intelligitur in primn actu, sed in infinitum: *c.licet, de priuilegiis, in 6.* & volunt Oldrad. *cons.* 300. Felin. *in c.innouamus, in fine, de treugn & pace.*

Item quia priuilegium faciendi Maioratum, est perpetuum, quia adhæret rei de se perpetuæ, vel quia sine aliqua tempnris præfinitione conceditur: vt tenent Fr.Emmanuel *de regularibus, tom.1 quæst.9.art.4.* Soar *de legibus, lib.8.c.2.* Salas *eodem tractatu, disp.17. sect.2.n n.13.* Quinimò verius est perpetuum dici, qund conceditur in perpetuum, vel simpliciter, non adiecta certi temporis præfinitione, vel cum termino ad tempns incertum duraturum: iuxta regulam text. *in l.sufficit, ff.de condict.indebiti.* Atqui licentia ita concessa simpliciter sine termino est perpetua, & adhæret rei perpetuæ, hoc est, Maioratui instituendo: ergn non consumitur primo actu. Vnde sequitur à fortiori priuilegium faciendi Maioratum perpetuum esse censendum, datum ad vitam concedentis, vel priuilegiati. Ratio deducitur ex regula *in d.l.sufficit, ff.de condict. indebiti*: qnia cùm tempus mortis sit incertum, hoc sufficit, vt perpetuum dicatur: prout notat Gloss. *verbo perpetuo, in c.si gratiosè, de rescriptis, lib.6. & verbo, perpetuum, in c. fundamentum, de electione, eodem lib.* recepta a Petro Barbos. *in l.quin tale, num.10. vers.exemplum, ff.soluto matrimonio*: cùm igitur sit perpetuum priuilegium, interpretari debet secundùm intentionem cnncedentis, & extendi debet, nec dispositio finitur primo actu, donec executioni mandetur: Pelaez *de Maioratu, p.1.q.18.n.15.& q.15.à n.6.*

Quare cùm leges Hispanæ maioratibus faueant, præsertim *l.43.45.& 46.in legibus Taurinis*, vt Principis intentio effectum sortiatur, non finitur priuilegium in primo actu in fauorabilibus: vt ostenditur *in l.placet, & in l.sequenti, ff. de liberis & posthumis*, & Gloss. *in d.l.placet.* Bart. *in l.si ita, ff.de aur. & argent. legat.* Afflict. *decis.393.* & alij, quos refert Quintilian. Mandos. *in regul.8. Cancellar. quæst.7.n.6.* eò quia ex primn actu non habetur effectus, quando per illum non est satisfactum menti, & intentioni loquentis, siue disponentis: denique in his, quæ habent tractum successiuum non dicitur negotium finitum, donec perficiatur omnino: Gomes. *in reguln, de annali possessore, quæst.44.* iuuat Molin. *lib.2.de primog.c.4.n.38.* Roland. *in cons.70. num.32. lib.3.*

2. Secunda resolutio. Clausulæ primngeniorum Hispaniæ intelligendæ sunt iuxta consuetudinem ipsius Hispaniæ, in successione primngeniorum: Molin. *de primog.lib.1.c.3.n.5. & lib.3.c.6.n.27.* post plures, & tradit Burg.de Paz *in proœmio legum Taurinarum, n.88.* Ioann.Gutier. *cons.13. num.22.* Vnde verba sunt interpretanda secundùm materiam de qua agitur, & iuxta consnetudinem regionis: idcircò Greg.Lopez *l.2. tit.15. in gloss.1. in vers.item pone, partiun 2.* vult, quòd si quis habens filios instituat Maioratum dicens, se velle omnia bona sua esse Maioratum ex facultate Principis, quam ad id impetrauit; nec postea morte præuentus aliter disposuit circa perpetuam successionem, hoc sufficere, si filius maior successit, & decessit sine filiis, vt bona veniant iure primogeniture ad alios fratres ex consuetudine Hispaniæ seruata; & hodie *ex l.27.Tauri* sic disponitur, Pelaez *de Maioratu, 1.p. num.92. in præfatione, & infrà, 1.part. quæst.48. num.44. & 45. & infrà 94.* vbi concludit in casu primogenituræ secundùm patriæ consuetudinem rem esse decidendam & fideicommissum recipere interpretationem à consuetudine patriæ: Mant. *de coniectur. mente defuncti, tit.8. n.11.* vt per Paris. *in cons.48.n.7.lib.2. & cons.7.n.40. & cons.50.n.41.lib.3.* Gabriel *in conclus.1. num.63. de consuetudine, lib.6.*

Iuuat, à consuetudine ex vi & efficacia sua posse legem abrogari, vt per Gregor. *l.1. tit. 2. partita 1.* Rebuff. *tom.3. ad leges Galliæ, in præfat.de consuetudine, quæst.5.num.59.* Spin. *in speculo testam. part.14. rubric. num.17.* Cald.Pereira *in l.si curatorem, verbo, contractum fecisti, num.24.* Soar. *de legibus, lib.7.c.18.* Azor. *instit. moral part.1. lib.5. cap.17.*

Quinimò consuetudo immemorialis, cuius initij memoria non extat in contrarium, est quasi alterum ius naturale, quod immutari non potest: Molin. *de primog.lib.2.c.2.n.21.* & habet vim tituli, & priuilegij: text. *in l.hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotidiana*, Gonsal. *ad reg. 8. Cancell. gloss.33. n.4.* Bortel. *in summa omnium decis.tit.14. n.49.* & tribuit iurisdictionem; idem Bortel. *suprà, n.6n.* & Ceuall. *commun. contra commun.quæst.897.n.332.* quare meritò clausulæ primogeniorum Hispaniæ interpretandæ sunt secundùm communem & inueteratam Hispaniæ consuetudinem; vt tradit Orosius *in l.si de interpretatione, n.3. ff de legibus*, & tradit Cephal. *in cons.590. n.8. lib. 4.* dum ait consuetudinem, & vsum succedendi etiam inter transuersales in successione primogenituræ esse attendendum: sequitur Couarr. *lib.3.variarum, c.5.n.1.* vbi ait, si quis aliqua bona in proprio testamento, vel donatione Titio tribuerit, vt ea habeat, & possideat titulo, & iure primogenituræ; quamuis cæteras clausulas non apponat, non propterea naturam, proprietatem, & alios effectus, quos alij Maioratus habent ex legibus, & consuetudinibus Hispaniæ desiderabit: eò quia verba sunt interpretanda, & amplianda iuxta communem vsum loquendi: quod etiam volunt Dominus Ant.de Padilla *in rubrica de fideicommissis, n.11.* Ant. Gomes. *in l.40. Tauri, n.64.* Confirmat idem Bart. *in l.vt iurisiurandi, §.liberi, ff.de oper.libert.* dicens quando concessio emphyteusis fit alicui pro se, suísque filiis masculis, & fœminis, intelligendam esse iuxta statutum, vel consuetudinem loci disponentem de modu succedendi.

Tertia resolutio pro clausulis primogeniorum sic habet. Clausulæ speciales siue præcedant, siue sequantur, præferuntur generalibus. Nam genus derogatur per speciem; siue species præcedat, siue subsequatur; & verba specialia plus operantur, quàm generalia: *l.sed & si quis, §.quæsitum, ff si quis caution.* Item clausulæ generales secundùm speciales debent intelligi, modificari, limitari, & moderari: *l.cohæredi, §. qui patrem, & §. qui discretas, ff.de vulgari.* 3.

Hinc infertur, vt qui habet voluntatem testatoris in specie, sit præferendus habenti illam in genere, prout ait *Lex, cum ita, §.in fideicommisso, ff. de legat.2.* Mant. *de coniecturatn mente defuncti, lib.6. tit.11. n.16.* Menoch. *in cons.110 num.25.& in cons.111.n.6 lib.2.* Bursat. *in cons 184. num.46. lib.2.*

Non est tamen negandum, dispositinnem generalem facientis primogenium, tantum operari quoad omnia cnntenta sub genere, quantum specialis quoad contenta sub specie: *l.si duo, ff.de administr. tutor.* Tiraq. *in l.si vnquam, C.de reuocand.donat. in prinfat. num.118.* Mant. *lib.12.de coniectur. ment. defunct. tit.17.n.18.* Menoch. *de præsumpt.lib.4.præsumpt.181.* fauet Anchar. *cons.335.n.4.* vbi vult quòd generalis derogatio legum tàtùm operatur, quantum specialis, & indiuidua derogatio alicuius legis; siquidem genus verè, quoad propriam significationé omnes suas species continet: Andr.ab Exea *in c.1.de constit.n.37.*

Confert

Confert pro his, quòd tantom valet dispositio generalis respectu speciei, quantum ipsæ species respectu eiusdem; *l. si duo. ff. de administ. tutor. l. si chorus ff. de legat.* 3. notat Laurent. Calcan. *in consil.* 72. Rebuff. *in tract. Nomination. q.* 9. *n.* 19. Aluat. Valasc. *consult.* 58. *num.* 4. tamen secundùm Paul. de Castro *in l. qui ædificium, ff. de seruit. rusticor. prædior.* dispositio generalis tantùm valet respectu omnium, quantum dispositio specialis respectu quorundam. Non autem dicetur dispositio generalis, quando totum genus non comprehendit, sed verificatur in vna specie sub genere comprehensa: *l. si hæres ff de opt. legat. cap. ex parte, el primo, de officio delegati*, & multominus per *d. legem hæres, §. 1. ff. de legat.* 3. clausula generalis non extenditur ad indiuiduai Pelaez *de maioratu*, 1. *p. q.* 1. *num* 85.

4. Quarta resolutio circa clausulam expressam in facultate Regia (*bonis liberis deficientibus*) an faciat facultatem alienandi bona maioratus conditionalem? Responsio est negatiua, neque conditio tacita, ac subintellecta à iure sufficiens erit ad hue: quare facultas Regia alienandi bona maioratus intelligitur, deficientibus bonis liberis; quamuis in ea non dicatur. Quòd si virtute Regiæ facultatis obligatio bonorum maioratus fiat non præcedente obligatione circa bona libera, alienatio bonorum maioratus solùm vsque ad valorem bonorum liberorum vitiabitur; in reliquo autem valida erit, secundum Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 26. *& lib.* 4. *cap.* 7. *ex num.* 7. *cum seqq.* vbi probat, quando bona libera deficerent, quando sit verificandum, an tempore obligationis, vel exactionis? vbi *num.* 19. concludit duobus temporibus verificari debere tempore scilicet contractæ obligationis, & tempore executionis.

5. Circa resolutionem clausulæ sequentis apponi solitæ, Vt maioratus possessor sit tantùm vsufructuarius, non autem dominus; quæri potest an hoc verum sit? Et quamuis verum dominium non videatur habere is, à quo res potest auocari, neque potest alienare, vt verus dominus potest, *l. omnes, §. ff. de regul. iuris, l. ratio, in principio*, vbi Bart. *ff. de actionibus empti, l.* 3. *§ si quis seruum, ff. de statul. liber.* Spino *gloss.* 19. post alios *num.* 30.

Contrarium tamen est verius, possessores scilicet maioratuum esse verè dominos, non fructuarios duntaxat; text. *in l. generaliter, § sub conditione, ff. qui & à quibus*, vbi expresse dicitur, quòd ille qui possider rem, restituendam tamen in diem, vel sub conditione, interim est dominus: sequitur Bald. *in l. Iulian. in* 2. *lect. ff. de rei vend.* Iason *in l. seruo legato, §* 1. *n.* 4. *ff. de legat.* 1. idem ostenditur *in d. l. Iulian. §. final. in vltimis verbis ff de rei vendic.* ibi: *Quia plenum ius incipit habere*, Et *in l. non ideo minus, eodem tit* ibi *Non ideo minus rectè quid nostrum esse vendicamus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertatis extiterit*: Gregor. Lopes *in l.* 7. *tit.* 4. *partit.* 5. *in gloss. in verbo, i el senorio*, vbi ait successorem in maioratu esse dominum, & non vsufructuarium: Ant. Gomes. idem *in l.* 40. *Tauri, num.* 76. argumento mariti, & argumento minoris, qui sunt veri domini, vt *in toto titulo, C. de fundo dotali*, & tamen alienare nequeunt: idem Couar. *lib.* 1. *variar. cap.* 15, *num.* 14. & Padilla *in l.* 3. *C. de seruit. & aqua, n.* 14. Pelaez *de maioratu*, 4 *p. q.* 15. *n.* 40. ibi: *Quia cum possessor bonorum maioratus pro vita sua sit dominus bonorum maioratus.*

Quinta ergo resolutio sit: Clausula apponi solita in maioratibus, vt possessor solùm sit fructuarius, non autem dominus, vtilis censetur, & aliquid commodi afferre potest, si apponatur ob auctoritatem dicentium possessorem maioratus esse fructuarium tantùm, & non habere in illis bonis præter fruendi modum, vt autumat Suar. *in q. maioratus*, quam composuit, *post lecturam legis fori titulo de las vsuras, num.* 2. & 10. & censuit *allegatione* 9. *col penult.* dicens maioratuum possessores non esse plene dominos, sed vsufructuarios solùm, quia simpliciter sumptæ clausulæ finis huius est, vt ex delicto maioratus possessoris res, & proprietas perpetuò fisco adiici nequeat. Item ob id etiam, vt ex contractu maioratus possessori facultas alienandi adstricta sit, & possessor per hanc clausulam eximatur à perpetua bonorum eiusdem maioratus confiscatione, ita vt ob aliquod ex criminibus; propter quæ bona maioratus fisco adiiciuntur, deducto solùm vsufructu durante possessoris vita nihil amplius relinquatur; atque ita esto propter delictum commissum ab ipso maioratus successore, ante delatã successionem; bona maioratus & eorundem bonorum commoditates fisco valeant applicari, ob hanc clausulam, Et ad sequentem successorem mortuo possessore transferantur: idcircò propter crimen commissum à successore priusquam ad illum successio deferatur, nec bona maioratus neque eorum commoda publicantur, sed ad sequentem successorem defuncto possessore transeunt: vt notat Iacobin. de S. Georgio. *in tract. feudor.*

Sed quid dicendum de clausula translationis successionis maioratus in successorem sequentem ob delictum possessoris, qualiter adiici possit? Resolutio sexta sit: Si dicatur ab institutore maioratus, non posse ex delicto fisco adiici commoditates etiam in vita possessoris, statim vbi de delicto committendo agi cœptum sit, bona in sequentem successorem transferantur; in hoc euentu, cùm non agatur de commoditate sola delinquentis, sed de conseruanda familia, & bona maioratus quæ ab ipso delinquente tolluntur, in successorem non delinquentem sunt transferenda; & hoc modo fiscus à confiscatione excluditur: ita Bald. posse fieri testatur *in l. paremes, num.* 1. *C. de testibus*, ex eo, quòd quis de bonis suis sic voluit disponere, vt non valeant bona maioratus in fiscum ex confiscatione transire; quia pœnæ non irrogatæ indignatio solam dutitiam continet, *l. seruus ea lege, ff. de seru. exportan* Roland. *cons.* 56. *num.* 11 *lib.* 1. idem Bald, *in l. quidam cum filium, ff de hæred instit.* Vnde instituens maioratum regulariter potest statuere, si successor crimen contra læsam Maiestatem admiserit, vel aliud simile, hora præambula ad successorem primogenitum transferatur; ita vt nihil fiscus in eo consequatur. Quod procedit, quando maioratus fuit institutus auctoritate legis Regiæ: tunc enim apponi potest similis clausula, vt bona illa ad fiscum non transeant, secus si primogenium erectus ex facultate Regia: nam tunc nequit apponi ea clausula, quòd si patientur prædicta crimina, transeat primogenium ad successorem, vt fiscus excludatur: Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 57. *&* 58. *& lib.* 4. *cap.* 11. *num.* 17.

Resolutio septima inuoluit quæstiunculam, an clausula in facultate Regia posita, quòd maioratus postquam semel creatus est, rescindi possit, sustineatur? Pars affirmans defendi potest considerata forma legum 17. & 44. *Taurinarum* per quas maioratus factus in fauorem tertij ob aliquam causam etiam onerosam, non licet reuocare marito, nec vxori; quia respectu vtriusque perfectus, & irreuocabilis perseuerat, nisi in licentia Regia apponatur clausula, quòd valeat reuocari post maioratum semel factum. In quo euentu, tunc quemadmodum si maritus solus constitueret maioratum posset illum reuocare, etiam post traditam possessionem secundùm eandem *l.* 44. *Tauri*: sic etiam reuocare potest, si vnà cum vxore maioratum condiderit, quia in hoc casu possessio nihil operatur ad impediendam reuocationem. 7.

6.

Pars tamen negans placet sapientissimo Episcopo Sarmiento *lib. 6. selectarum interpretationum, cap. 14. fol. 13.* vbi resolutionem præcedentem, concedentémque reuocationem vocat durissimam, & contra notissimas iuris regulas. Potestas enim reuocandi intelligi debet, nisi ius alteri sit quæsitum ex titulo lucratiuo re tradita, vel ex titulo onerosu, quia contrahens videtur ab hac facultate Principis discessisse: nam frustra aliter celebraretur contractus, si à voluntate propria pendulus semper existeret; idcirco limitatio legis hæc dura videtur, quoniam per illam tam ius quæsitum, quàm quærendum ex titulo onerosu relinquitur in potestate partis, vt auferatur, quod est durissimum.

In melioratione autem Tertij, & Quinti facta sine Regia facultate, non permittitur reuocatio post traditam possessionem, vel quando contractus fuit celebratus cum tertio propter causam onerosam; licet Burg. de Paz *in cons. 2. num. 14.* arbitretur in specie nostra *l. 17. Tauri*, procedere quando melioratio facta fuit per contractum matrimonij onerosum inter viuos: longè aliter si fiat per viam vltimæ voluntatis; sed Gregor. Lopes *in l. 2. tit. 15. partita 2. in gloss. verbo, maioria, col. final. vers. & nota:* opinatur tantùm, quòd si quis in testamento constituat maioratum, & tradat rem vinculo subditam, posse reuocare maioratum.

8. Octaua resolutio: Clausula, Quòd possidens maioratum debeat illum augere, semper subintelligitur, quamuis non sit apposita in facultate, quæ datur ad constituendum maioratum: colligitur *ex l. vltima, C. de fideiussor.* & ex traditis à Pelaez *de maioratu 1. p. q. 10. num. 160.* Verius tamen est nequaquam subintelligi hanc clausulam nisi sit scripta, præsertim si agatur de præiudicio fratrum primogeniti, quos plerumque habet primogenitus, in quo euentu facultas faciendi maioratum potiùs est odiosa, quàm fauorabilis, & ideò restringenda: *regula, odia, de regul. iuris in 6.*

Huc spectat, quæ sit augmenti natura in genere, & ad quem spectent augmenti commoda? Quoad primum, ea est augmenti natura, vt spectet ad illum, ad quem spectat res ipsa principalis, cùm rei principalis naturam sequatur: *l. inter socerum, §. cum inter, ff. de pact. dotal. l. si ex toto, & l. quod in rerum, §. si quid post, ff. de legat. 1. & l. etiam, C. de iur. dotium.* Accedit quòd ad eum spectant commoda augmenti, ad quem spectarent incommoda diminutionis, *l. id quod, in principio, ff. de periculo, & com. rei vendit. & §. sed & si post, Institut. de emptione & vend.* & text. singularis *in l. sed si quid, & l. ex mille, §. 1. ff. de euictionib.* vbi augmentum alluuionis pertinet ad eum, ad quem spectasset eius decrementum: Quam consequentiam passim faciunt Interpretes in hac materia, sicuti Iason *in l. 1. num. 79. C. de iur. emphyt.* Felin. *in cap. cum Ferrari. num. 5. vers. tertio dicit,* & *ibidem* Ripa *num. 37. de constit.* vnde augmentum accedens fundo legato, cedit emolumento ipsius fundi: etsi factum sit augmentum viuo adhuc ipso testatore: ex quo colligitur augmentum illius fieri, cuius est res ipsa principalis: quo texto ductus Angel. *in l. ita si fundi, § huic, ff. de vsufructu, & in §. aliud, in Authen. de æqualitate dotis,* docuit, si Princeps concedat Castro iurisdictionem, & illud deinde augeatur, addi Castro iurisdictionem, quæ extenditur etiam ad augmentum, sequitur Iason *in l. 1. num. 15. de iurisdict. omn. iudic.* & Brun. *in tractatione de augmento, concl. 9. & 17.*

Ex dictis infertur augmentum superueniens in bonis maioratus post mortem constituentis, habens tamen principium in vita, cedere maioratui, augerèque illum: Iuuat Mattheus de Afflict. *decis. 382. num. 1.* vbi scribit, an bona superuenientia post mortem testatoris, quæ illo superstite in litigio erant, augeant legitimam filiorum? Et concludit augmentum rerum veniens hæredi, etiam ex causa de præterito, non augere legitimam, quia non sumpsit originem in vita testatoris: si enim sumeret originem in vita testatoris, augeret; quia videtur contigisse in vita: sic Afflict. *supra, n. 2. & seqq.* & Gamma *decis. 368. num. 10.*

Eodem modo infertur: si quis auctoritate Regia constituat maioratum in campo, seu territorio parum fructifero, aut in monte inculto, & postea tradatur culturæ, & fiat terra fœcunda, omnes istæ meliurationes accedunt ad maioratum: argumento vtentis in parte priuilegio, qui videtur conseruare possessionem in toto priuilegio, ratione indiuiduitatis, & connexitatis: in quo etiam casu res augmentata venit ad primogenitum; sicut metalla inuenta in aliquo fundo maioratui subiecto, erunt bona maioratus absque noua licentia Principis, seruato tamen eidem Principi iure, & dominio, quo potitur in his metallis: Pelaez *de maioratu, part. 1. quæst. 10. ex num. 118. ad num. 124.* & Molin. *lib. 1. de primog. cap. 23. fol. 168.*

Nona resolutio sic habet: Clausulæ in maioratibus tendentes ad perpetuitatem, in omnibus vocationibus censentur repetitæ: Molina *lib. 1. de primog. cap. 4. num. 39. & cap. 6. num. 24. & 25.* cùm enim constet testatorem instituisse primogenium, ex eo consequitur voluisse bona illa in sua familia conseruari: quod fieri nequit, nisi conditiones ipsam perpetuitatem significantes repetantur. Vnde ex verisimili voluntate testatoris conditiones adiectæ in vna substitutione, semper in alia repetitæ præsumuntur, *l. cum seruus, l. Iulius Paul. ff. de condit. & demonst.* Quare etiamsi prohibitio alienationis sit odiosa; si tamen ex causa expressa prohibitio facta fuerit, vt bona perpetuò in familia perseuerent, quamuis adiecta sit filiis duntaxat, in omnes alios descendentes in perpetuum præsumitur repetita: Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumptione 174. & 178.* Mascardus meliùs, quàm alij, *de probat. lib. 3. conclus. 1346. n. 1. cum seqq.* & Menoch. *cons. 85. n. 46. lib. 1. & cons. 152. num. 34.* 9.

Insuper conditiones in maioratibus debent esse vniformes, & perpetuæ in omnibus successoribus; ex eo quòd maioratus & fundationes eorum sint perpetuæ: sic qualitates, & conditiones in omnibus successoribus debent esse vniformes, & perpetuæ. Confirmatur ex doctrina Baldi *in l. precibus, num. 65. C. de impuber. & aliis,* vbi scribit qualiter fideicommissum sit reale: Bart. *in l. peto, §. fratre, num. 3. ff. de legat. 2.* idem tradit, quia qualitates sunt infixæ non solùm personis ad maioratum vocatis, sed etiam rebus; atque ita cùm maioratus institutio sit in rem, & res perpetua, vt ex pluribus probat Molin. *lib. 1. de primog. cap. 4. num. 21.* qualitas in vna oratione apposita, in alia repetita censetur. Ex quibus colligitur, si testator in successione maioratus filios, & nepotes masculos prætulit, & prædilexit; pronepotes, & deinceps vlteriores, fœminis sunt præferendi, etiam si nihil à testatore expressum sit: quod ostenditur *in l. liberorum. ff. de verborum significatione,* ibi: *Liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, cæterique ex eis descendentes continentur.* Nec visus fuit Papinio Iurisconsulto *sine liberis decessisse is, qui nepotem reliquit.* Faciunt pro supradictis, quæ notat Hugo Celsus *in cons. 49. num. 24. ad finem* generaliter dicens, quòd qualitas in prima persona instituti, vel substituti adiecta, præsumitur repetita in personam secundi, & vlteriorum substitutorum.

Decima resolutio: Clausula generalis apposita 10.
post

poſt expreſſam rem particularem non eſt generalis, ſed ſpecialis, quia reſtringitur ſecundùm caſum præcedentem: ita Angel. poſt Iacob. de Arenis *in l. obligationi generali, ff. de pignoribus*, & Decium *conſ.* 379.*num.* 12. nam clauſula generalis appoſita immediatè, & ſimpliciter, generaliter intelligitur: *l. emptor, §. Lucius, ff. de pactis*. Et ideò ad extraordinaria non refertur: *l. ſcio §. Medico ff de annuis legatis*, prout notat Oldrad. *in conſ.* 139. Item clauſula generalis reſtringitur ad ſimilia expreſſis, non ad diuerſa: *cap. ſedes, de reſcriptis, l. vltima §. cui dulcia ff. de vino, tritic. & oleo legat.* Vnde diſpoſitio quantumcumque generalis, ſi ſit odioſa, non extenditur ad ſuperlatiua, vel maxima, vel maiora expreſſis: vt notat Rebuff. *in tract. Nomination. q.* 8. *num.* 6. & vbicunque ſpecies pluſquam genus habet aliquam qualitatem, ſi caſus ſit in materia odioſa, appellatione generis non venit ſpecies: Abbas *in cap. bona, n.* 2. *de poſtulat. prælat.* Bellet. *diſquiſit. cleric p.* 1. *tit. de diſciplina clericali §.* 2. *num.* 28.

Ex quibus deduci poteſt, quando reſcriptum iuſtitiæ impetratur contra Titium, & alios; clauſula hæc generalis perſonas tantummodo æquales, vel inferiores Titio comprehendit; non autem maiores, vel digniores illo. Ratio, quia dum cauſa aliqua ſpeciatim committitur, & inſuper apponitur clauſula generalis, *& ſuper aliis, ſeu nonnullis cauſis*, ſub eadem non continentur cauſæ maiores, aut grauiores, ſed æquales ſolùm, vel minores expreſſa: per Gloſſ. *verbo, ſpeciali, in cap. vltim. de procurat. in* 6. Gloſſ. *penult.* & Scribentes *in Clementina penult. illo titulo*, Mandoſ. *in* 2. *forma commiſſionum, verbo, omnes alios.* Valaſc *de iure emphyt. q.* 27. *n.* 54. *in fine.*

11. Vndecima reſolutio circa clauſulam, quòd maſculus ſemper fœminæ præferatur; intelligi debet, ſi talis maſculus ſit in eodem gradu, tunc in ſucceſſione maioratus maſculus eſt præferendus; ſecùs ſi ſit in remotiori: cùm hoc ſit de iure, & verba priuilegij, quantum fieri poteſt, debent trahi ad ius commune, vt per Surdum *deciſ.* 175. *num.* 8. idem tradit Aloyſ. Riccius *in praxi aurea, reſolut.* 92. Garcias Gironda *de priuilegiorum ſeu exemptionum explicat. num.* 275. vbi vult, quòd verba reſcriptorum generalia reſtringantur ſecundùm ius commune: nam vbi aliquid iuxta illud diſponitur, eius ampliationes amplecti debet, cùm exceptio in eo non firmet regulam in contrarium: Valaſc. *conſ.* 42. *num.* 7. & Petrus Barboſ. *in l.* 1 *ff ſoluto matrimonio, p.* 1. *num.* 61. & ex conſequenti reſcriptum debemus interpretari, vt quanto minus ius commune lædat: per *caput, cum dilectus, de conſuetudine, & c. ad audientiam, de cleric. non reſident.*

Quare ſi in fundatione maioratus caueatur, quòd maſculus ſemper præferatur, intelligitur modo ſupradicto, quamuis maioratus ſimpliciter factus ab eo, qui illum ex Regia facultate poteſt conſtituere, ſecundùm ius commune cenſeatur, & actus ſemper factus præſumatur eo modo, quo eſt vtilior facienti, & ſic ſecundùm ius commune factus præſumitur: Bart. *in l. gerit, num.* 14. *ff. de acquirenda hæreditate, l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati*, Menoch. *præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.* 14. *num.* 8. Hinc fit, vt in dubio ſemper voluntas Principis debeat referri ad ius commune, ſi ita fieri poteſt: ita Innocent. Ioan. Andreas, & Anton. *in cap dudum, de decimis.*

Conſonat doctrina Molinæ *de primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 4. *verſ hæc autem*, vbi concludit, Maſculo, & fœminæ eiuſdem gradus; ac lineæ concurrentibus, maſculum in ea ſucceſſione præferendum, quamuis fœmina maior natu ſit: eò quia fœmina, quamuis primogenita exiſtente maſculo eiuſdem gradus, & lineæ; ad inſtar ſecundi gradus præſumitur in primogeniorum ſucceſſione: prout notat Paul. de Caſtro *in primogeniis Hiſpaniæ, in conſ.* 164. *num.* 18. *lib.* 2. quod etiam dixit Carol. Ruyn. *in conſ.* 120. *num.* 11. *lib.* 1. & alij quibus accedit Curt. iun. *in conſ.* 125. *num.* 5.

12. Duodecima reſolutio: Clauſula ſubſtitutionum hoc eſt ſecundarum inſtitutionum debet referri ad proxima præcedentia; & non ad caſum, de quo non loquitur: Paul. de Caſtro *in conſ.* 359. quem ſequitur Decius *in conſ.* 547. Pariſ. *in conſ.* 14. *num.* 2. *vol.* 3. & alij quos ſequitur Roland. *conſ.* 34. *num.* 35. *vol.* 4. & Pelaez *de maiorat n* 2. *p q.* 12. *num.* 65.

13. Sed quid dicendum de clauſula in principio poſita, an cenſeatur in fine repetita? Dico primò, quòd licèt clauſula appoſita in principio, vel in fine, referri ſoleat ad ſequentia, vel ad præcedentia: attamen non refertur, quando non eſt poſita per ſe principaliter: ſed apponitur ad qualificandum actum, cui adijcitur: nimirum ſi conditio apponitur vni legato: in eo caſu non refertur tunc ad aliud legatum: ita Bart. *in l. vltima, ff. de rebus dubiis.* Idem ſentit Alexand. *conſ.* 158. *num.* 7. *lib.* 6. Decius *conſ.* 92. *n.* 1. Ant. Capicius *deciſ* 108. *num.* 12. quos ſequitur Menoch. *conſ.* 86. *num* 56. *tom.* 1.

Dico ſecundò, quòd qualitas poſita in præcedenti diſpoſitione, cenſetur repetita in ſequenti, quando militat eadem ratio, non autem ad vnam partem tantùm: vt poſt alios tradit Corneus *conſ.* 114. *col. penult. lib.* 2. Decius *in conſ.* 15. *col. vltima*, & Ripa *in l ex facto, §. ſi quis rogatus, num.* 17. *ff ad Trebellianum*, quatenus dicunt qualitatem maſculinitatis, cenſeri repetitam ab vna parte teſtamenti, ad alteram, ſi eadem ratio militat in ea parte teſtamenti, quæ militat in altera: ſequitur Bald. *in l. Titius, in fine, ff. de oper. libert.* & Decius *in conſ.* 190. *col.* 4. *verſ. ſeptimo*, affirmantes quando eadem adeſt ratio qualitatem poſitam in vna parte diſpoſitionis, præſumi repetitam in altera.

14. Dico tertiò, Clauſulam in fine poſitam non referri ad præcedentia, quando ſunt contraria: Ruin. *in conſ.* 114. *num.* 3. *vol.* 2. Erunt autem contraria, quando in præcedenti dicitur cum grauamine: in fine autem ſine grauamine: accipienda enim eſt interpretatio, ne incontinenti quis videatur ſe corrigere, & ſibi contradicere: Gloſſ. *in l. non ad ea, ff. de condit. & demonſt.* Socin. iun. *in conſ.* 102. *num.* 3. *conſ.* 189. *n.* 2. *vol.* 2.

Dico quartò, quando præcedentia non ſunt contraria, clauſula in fine poſita refertur ad præcedentia omnia: vt per Scribentes *in l. talis ſcriptura, ff. de legat.* 1. Felio. *in cap. cum te, col.* 3. *de reſcriptis*, & pro regula tradit Aret. *in conſ.* 115. Socin. iun. *in conſ.* 139. *num.* 5. *vol.* 1. & Alex. *in conſ.* 66. *col.* 2. *vol.* 2. Quinimò clauſula in fine poſita non ſolùm refertur ad præcedentia; ſed poſita in medio, præcedentibus, & ſequentibus ſeruire poteſt: text. expreſſus *in cap. ... de appellationibus*, ibi: *Ad finem, atque principium ſæpe referri*, & tradunt Matienſ. *ad l.* 2. *gloſſ.* 2. *num.* 8. *tit.* 4. *lib.* 5. *noua recopil.* Burg. de Pace *l.* 3. *Tauri p.* 1. *concl.* 2. *num.* 67. Mat. Alter. *de cenſur. tom.* 1 *diſp.* 13. *lib.* 5 *cap.* 3. *lit. E.* & Cardin. Tuſchus *tom.* 1 *lit. C. concl.* 290. *à principio*, vbi *num.* 5. id declarat, quando clauſula apponitur inter plures articulos connexos, & dependentes ab vno principali.

15. Dico quintò, quando clauſula in fine poſita, eſt talis, quæ expreſsè ſe referat ad omnia præcedentia; tunc poſſe referri, & ad proxima, & ad remota, in principio poſita: ita Bart. *in l. talis ſcriptura, ff. de legat.* 1. *& in l. final. ff. de rebus dubijs*, Berous *in conſ.* 191. *col.* 1. *vol.* 3. quos ſequitur Roland *conſ.* 54. *num.* 23. *vol.* 4. vbi *num.* 25. addit clauſulam in fine poſitam, quæ de per ſe ſtat, nec qualificat proximè præcedentia, referri ad omnia ſuperiora, ad quæ referri

poteſt

potest ratione recti sermonis: per *l. 1. C. de liber. præter.* Bald. *in l. final. ff. de rebus dubijs*, Paris. *cons. 53. n. 31.* vbi docet prædictam clausulam in fine positam, & stantem de per se, & principaliter referri debere ad omnes casus, & ad omnes personas, secundùm quòd casus, & facti qualitas contigisset.

Confert Sanchez *lib. 8. de matrim. disp. 16. num. 11.* dum ait clausulam in vna parte dispositionis, siue sit in principio, siue in fine, referri ad omnia in ea clausula contenta, quando omnium est eadem ratio: idem repetit *lib. 10. disp. 17. num. 15.* vt multis citatis etiam tradit Menoch. *de præsumpt. lib. 4 præsumpt. 181. num. 2.*

16. Decimatertia resolutio circa clausulam positam à Principe in institutione maioratus, in rescripto ad id concesso, *Si preces veritate nitantur*, quomodo sit intelligenda: Respondetur assensum à Principe præstitum intelligi, si modò preces veritate nitantur. Et idcircò cuncta Principi exposita pro facultate obtinenda, esse probanda. Quare si plures causæ in supplicatione exprimantur, quarum vna non subsistat, assensus ipse corruit, vt volunt Marinus Freccia *in tract. de subfeudis, lib. 2. q. 26. pag. 212.* & Osascus *in decis. 106. n. 2.* qui alios refert.

Porro hæc clausula intelligitur in vnoquoque rescripto, & mandato ex mente concedentis, sempérque subintelligitur, & censetur apposita, quamuis non exprimatur, *si preces veritate nitantur*: hoc est, si ita fuerit; vel si vera sunt quæ in precibus, seu petitione narrantur: prout tradunt Marta *de clausulis, part. 2. clausula 72. num. 1.* Perea *ad l. 1. q. 14. tit. 12. lib. 3. ordin.* Mascard. *de probat. concl. 1210. num. 3.* Alex. Tremacinq. *var. lib. 1. de rescriptis*, Melch. Pœbus Lusit. *decis. 41. num. 2. & 3.* & in rescripto Regis etiam requiritur: Marchesan. *de commissionibus p. 2. pag. 374. num. 13.* Azeued. *l. 4. num. 2. & 3. tit. 26. lib. 8. nona recopil.* Et in omnibus precibus censetur apposita, semper, quamuis adiecta non fuerit, ex consuetudine Valer. Reginald. *in praxi fori pœnit. lib. 30. n. 268.* Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 29. n. 2.* Cabed. Lusit. *decis. 72. num. 1. p. 1.* & Gutier. *lib. 3. pract. quæst. 17. à num. 43.*

17. Decimaquarta clausula in materia feudali, *Pro te, & tuis heredibus, & quibus dederis*, æquiparatur clausulæ *pro te, & quibuscunque heredibus*, quæ potest accommodari fideicommisso, & maioratui instituto *pro te, heredibus tuis, & quibus dederis, vel pro te, & heredibus quibuscunque, seruato ordine primogenituræ ad conseruandam familiam*: Curt. *in cons. 4. col. 2.* Alex. *in l. Gallus §. quidam rectè, num. 100. de vulgar. & pupil.* Roland *cons. 79. vol. 4. num. 20.* vbi *num. 24.* addit quamuis feudum regulariter non veniat in restitutione fideicommissi, tamen id fallit, quando feudum susceptum est *pro se, & heredibus quibuscunque.*

18. Decimaquinta resolutio: Clausula, *Supplentes omnes defectus*, non extenditur ad defectus iuris naturalis: ita docuit Alexand. *in l. si filius à patre, §. vltimo, in fine, ff. de liber. & posthum.* Iason *cons. 86. col. penult. lib. 3.* Ruin. *cons. 36. num. 5 lib. 5.* Similiter hæc clausula nihil operatur, quando ius tertij læditur: ita Ruyn. *cons. 35. num. 35 lib. 1.* nec tollit defectum substantiæ: Paris. *cons. 1. num. 88. lib. 1.* Menoch. *cons. 1. num. 412. tom. 1.*

19. Decimasexta resolutio, pro clausula apposita in contractu de constituendo maioratu, quòd *apponantur omnes conditiones, quæ videantur necessariæ, vt maioratus crescat*, quid operetur? Ratio dubitandi est, quia institutor potest in institutione maioratus quascunque conditiones adiicere, dummodo à iure non sint reprobatæ: pro vt tradit Molin. *lib. 2. de primog. cap. 12. num. 32.* Respondetur conditiones positas de adiungendo aliqua pro augmento maioratus, esse validas, ac proinde seruandas: dummodò tamen quod adiungitur sit quid moderatum: quia verbum, *videantur*, importat arbitrium boni viri, & ex consequenti satis erit applicari tertium, aut tertium tertij à quolibet successore, ne maneat sine bonis de quibus possit testari, si forsan successor habeat filios, cùm sibi nihil reliquum sit ad testandum, nisi tertium, considerato iure Lusitano: Valasc. *consult. 153. ex num. 21. ad num. 26.* vbi refert sic fuisse iudicatum: consonat Pelaez *de maioratu 1. p. q. 10. num. 152.* vbi concludit, quòd virtute talis clausulæ, augmentum non debere esse tam amplum, quòd sit magis, quàm principale: argumento notatorum *in l. 1. C. de sacros. Eccles.*

Decima septima resolutio, per clausulam, quòd *in euentu alienandi bona maioratus, statim rei alienatæ dominium, & ius transeat in proximiorem, qui est successurus*: est vtilissima, vt arceat possessores maioriæ ab alienando bona maioratus: vt tradit Peralta *in rubric. ff. de hered. instit. num. 118.* Molin. *lib. 4. cap. 1. ante num. 23.* & prius *lib. 1. cap. 16. in fine*, quos refert, ac sequitur Cald. Pereira *de renouat. emphyt. q. 16. num. 34. vers. quamobrem.* 20.

Quinimò alienatio bonorum Maioriæ est nulla propter resistentiam, & expressam prohibitionem instituentis maioratum: per text. *in l. filiusfamilias. §. diui, ff. de legat. 1.* Gloss. & Scribentes *in l. ea lege, C. de condict. ob causam*, Gomes. *in l. 40. Tauri num. 81.* Molin. *lib. 1. cap. 3. num. 17. cum seqq.* & Pelaez *de maioratu lib. 4. q. 1. num. 3.* sunt enim bona illa inalienabilia propter vinculum; atque ita nequeunt alienari aliquo contractu, vel titulo oneroso, seu lucratiuo, ex quo sequatur translatio dominij. Quæ nullitas tanta est, vt neque pretium venditor teneatur restituere emptori; vt vult Paul. *in l. final. §. sed quia, num. 2. C. communia de legat.* & est communis resolutio secundùm Couar. *lib. 3. variarum, cap. 17. vers. ad eam quæstionem, col. 4.*

Insuper possessor maioratus alienans reuocare nequit, nec potest dicere de nullitate in vita, quia nullitas est inducta in fauorem successoris, non autem in fauorem ipsius alienantis: quod intelligitur, quando alienans non habet successorem, qui reuocet; tunc enim statim reuocare potest: *l. quemadmodum, C. de agricol. & censit.*

Decima octaua resolutio, circa quid operetur clausula, quòd *maioratus, seu emphyteusis reputetur antiqua?* In primis noua emphyteusis illa dicitur, quæ primo acquisita fuit, & in persona acquirentis principium habuit: si verò à successione progenitorum peruenit, antiqua dicitur: *cap. vnic. qui test. sint necessarij ad nouam inuestituram faciendam*, Oldrad. *cons. 175.* aliàs *178. Factum tale*, Iacobin. de S. Georgio *in tract. de feud. vers. in feudum, diuisione 6.* Idem suo modo dicitur de feudo, ac maioratu: Cald. Pereira *de renouat. q. 1. ex num. 3. cum sequent.* Recepta ergo est communis distinctio, nouam emphyteusim posse patrem à se ipso quæsitam in præiudicium filiorum liberè alienare, non autem ab Auis, aut Atauis, seu Maioribus procedentem: quæ resolutio communis est Feudistarum *in cap. primo, de alienatione feudi paterni*, vbi Afflict. *post num. 19.* tradit esse communem: & Alexand. *cons. 18. num. 5. & 6. lib. 5.* Cald. Pereira *de extinctione emphyteusis cap. 20. ex num. 1. & 2. & n. 44.* vbi de noua, & antiqua emphyteusi, & de clausula, quòd emphyteusis reputetur antiqua; dicens *n. 47.* emphyteusim antiquam esse quæ non est in potestate acquirentis: Valasc. *de iure emphyteutico, q. 42. num. 1.* Idem suo modo dicendum est de maioratu, quando successor, seu possessor non fuit institutor: nam à primo institutore maioratus iure hæreditario deferuntur, respectu autem vltimi possessoris iure 21.

sanguinis

sanguinis veniunt: Item vltimus possessor nequit successorem in bonis ipsius maioratus hæredem instituere, cùm succedat in iisdem bonis iure sanguinis: Molin. *lib. 1 de primog cap. 8. num.* 20.

22. Quid ergo si possessor maioratus tradat in emphyteusim bona aliqua, aut vendat? Resolutio sit nihil valere, quoties instituentes nominatim interdicunt: aliter enim si habeant facultatem iuxta illam poterunt emphyteusim concedere: Cald. Pereira *de renouat. q. 16. ex num.* 14. vnde clausula posita in his contractibus, *quantum de iure possum, non aliter, nec alio modo*, facit contractum conditionalem: prout notat Afflict. *lib. 3. constit. rub. 5. num.* 47. concordat Gregor. Lopez *in gloss. 3. col. 1. in fine tit. 8. part.* 5. quia est alienatio eò vsque suspensa: *l. si quis sub conditione, ff. si quis omis. caus. testam.* Cald. Pereira in specie, *de extinctione emphyteusis, cap. 6. num.* 36.

Nihil ergo valet circa prædicta factum à possessore maioratus, cùm bona maioratus ex propria natura alienari prohibita sint in præiudicium sequentium: nam eo ipso, quòd institutor dicat *ex bonis meis maioratum instituo*: illicò præcipere videtur, vt ea bona non alienentur, nec diuidantur, neque ad longum tempus locentur, aut in emphyteusim tradantur. Similiter, nec de rebus maioratus possessor potest transigere, nec compromittere: Molin. *de primog. lib. 4. cap. 1. num. 15. & cap. 9. & 11. per totum, vtrobique.*

23. Cæterùm clausula, *si sine liberis vxor decedat*, restringitur ad filios illius matrimonij; non ad filios ex alio: Cald. Pereira *de potestate eligendi, cap. 13. num.* 32. vbi *num.* 33. ait, quòd concessio à Rege facta, quod ad instar Maioriæ succedat filius primogenitus ex Titia, extenditur ad filios ex alia vxore susceptos, vbi prima sine prole decessit: eò quia à Rege facta est donatio in solidum marito, & vxori: *l. vnica, C. si imperia. liberal. lib* 10. idcirco, & vtriusque filiis etiam in solidum videtur facta concessio: Greg. Lopez *in gloss. l. 2. tit. 15. partita* 2.

24. Pro clausulis appositis ex communi vsu Tabellionum in instrumentis, illud obseruandum est, quòd debeant attendi quamuis partes non attendant: ita Ripa *in l si vnquam, q. 21 num. 44. C de reuocand. donat.* Facit text. pro hac opinione *in l. final. C. de fideiussoribus, cap. cum M. Ferrariensis, de constitutionibus, c. ex literis, eodem titulo, c. causam, de rescriptis*: per quæ iura probatur clausulas consuetas apponi de consuetudine priuilegiis, rescriptis, & instrumentis, censeri appositas; esto, non apponantur: argumento ab vsitato, seu à solitis, vel à consuetis fieri, quod valet: prout notant Menoch. *cons. 121 num. 50 lib. 1. & cons.* 322. *num.* 73. Vgolinus *de officio & potestate Episcopi cap. 16. §. 6. num.* 1. Cardin. Tusc. *tom. 1. litera A. concl.* 507. August. Barbos. *in suis remissionibus, & dictionibus, & clausulis, clausula 111. num. 2. & in d. cap. cum M.* & alij quos referens sequitur Ceuall. *commun. contra commun. q.* 179. vbi sequitur hanc partem, reiecta opinione Bart. *in l. 1. q. 6. in fine, ff. de iure codicillorum*, dicentis huiusmodi clausulas apponi solitas in instrumentis ex communi vsu Notariorum, non deberi attendi, sed haberi pro non positis: quæ opinio, secundùm Couarr. 2. *p. rubrica de testamentis num.* 14. est communis, illámque sequitur Matienso *in l. 1. tit. 4. gloss. 10. num. 65. lib. 5. recopil.* consonat Cabed. 2. *p. decis. 5. num. 3. pag.* 20. dum ait clausulas, quæ à notariis de consuetudine ponuntur, esse parum efficaces: quod etiam tradit Pelaez *de maioratu, p. 1. q. 5. num.* 3.

25. Quoad clausulam apponi solitam, *vt bona veniant de harede ad haredem* dubitari solet, quid intelligatur sub nomine *haredis*, videlicet, si pater dicat, *si filius meus sine harede moriatur*, valeat idem, quod *si filius meus sine filiis moriatur*? Importare idem, & facere eundem sensum tradit Vlpian. *in l. ex facto, §. final. ad Trebellian.* & tenet, *ibi* Gloss. *verbo, sine harede*, Ant. Rubeus *in repetitione legis, pater filium, num. 31. ff. de inoff. testam.* Vnde quoties in aliqua dispositione fit mentio hæredis, restringitur ad hæredes consanguineos, & excluduntur extranei, & importat idem *si sine harede moriatur*, ac si dicatur *si sine descendente*: sequitur Mant. *de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 11. tit. 1. num.* 9. vbi vult quòd si testator dicat, *si quis decesserit sine haredibus*, perinde esse ac si dixisset. *sine liberis*: atque ita intelligitur de liberis, qui sunt hæredes sanguinis: *cap. 1. vers. & si clientulus, de alienatione feudi.*

Oppositum contra prædictam Glossam docet Bart. & Alexand. *ibi, num.* 8. Marian. Socio. iun. *cons. 14. num. 1. vol.* 2. Costa *in cap. si pater, verbo, si absque liberis, num. 20. de testam. lib.* 6. sequitur Natta *cons.* 535. *num.* 21. per text *in cap. in præsentia, de probat.* his verbis, ibi: *intelligendum non erat sine harede decedere, qui monasterium sibi haredem instituit.* Quamuis enim hæc secunda opinio videatur probabilis; prima tamen est probabilior, quam sequitur etiam Decian. *cons. 98. num. 9. cons. 100. num. 12. vol.* 3. Quare clausula illa, *de harede in haredem*, interpretanda est, vt liberi sint hæredes.

Pro clausula sequenti *fundationis in casu dubio*, 26.
non est dubium illam magis esse declarandam respectu testatoris, quàm vltimi possessoris, quamuis possit adaptari ad vtrumque sensum: id tamen limitandum est in successionibus maioratuum Hispaniæ, quia eorum successio est perpetua, & per repræsentationem succeditur: vt tradit Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 46. & lib. 3. cap 9. per totum*, nisi colligatur contrarium ex voluntate testatoris: tunc enim illa est seruanda: *l. in conditionib. primum locum, ff. de condit. & demonst.* Ceuall. *commun. contra commun. q. 398. n. 7. cum seqq.*

Quæri potest an clausula *fundationis in casu dubio*, 27.
sit declaranda in fauorem consanguineorum? Responsio est affirmatiua testatori proximiorum, secundùm Gualdensem *de arte testandi, tit. 5. cautela 21. num.* 3. Bald. *in l. pero, § fratre, de legat. 2. & in l. cum ita, §. in fideicommisso, illo titulo*, & vocat veriorem Socin. *in l. hæres §. cum ita, ff. ad Trebellianum*, Spino *in suo speculo, gloss. 17. num.* 53. Couar. *in pract. quæst cap. 38. num.* 3. Roias *in epitome successionum, cap. 32. num.* 14. quam partem omnes Hispani sequuntur, vt tradit Molin. *lib. 1. de primog. cap. 6. num.* 49. & Peralta *l. cum ita, §. in fideicommisso, num. 22. de legat.* 2. Ratio, quia testator magis censetur diligere consanguineos suos, quàm alienos: atque ita fundata Capellania ab ipso, vocatis ad eam consanguineis, præsumitur vocasse potiùs suos, quàm consanguineos, qui vltimo Capellaniæ possessori sunt coniuncti.

Pro contraria parte non desunt, qui tradant proximitatem vltimi possessoris, & non fundatoris, esse attendendam; & dirimendam præsentem quæstionem; prout eam dirimit Pelaez de maioratu loquendo, *de primog. 2. p. q. 8. & in principio, num.* 33. Molin. *lib. 3. cap.* 9. & nouissimè Guttier. *lib. 3. q. 66. num.* 8. vbi refert duas communes opiniones contrarias: in qua varietate prima magis placet Ceuallo *in communib. contra communes, q. 398. num.* 4. Neque displicet si consideretur voluntas testatoris in fundatione capellæ, veluti si testator dicat: *Consanguineus meus succedat in hac capella*, quia verbum, *meus*, restringit dispositionem ad proximum disponentis: Bart. *in l. facto, ff. ad Trebell* Bald. *cons. 488. volumine* 3. & in dubio, quando clausula *fundationis* ad vtrumque sensum potest accommodari, magis inclinandum est ad propinquos testatoris: attamen id limitari debet

in

in successionibus maiotatuum Hispaniæ, in quibus successio est perpetua,& soecceditur pet repræsentationcm: vt docer Molin.*supra lib.1.cap.6.num.46*.hoc modo limitans commonem opinionem: & *in lib. 3. cap.9. per totum*, nisi aliud constet ex mente testatoris, *l.in conditionibus primum locum, ff.de condit. & demonst.* quæ omnia sunt obseruanda in fideicommissis,legatis,& aliis vocationibus præsertim in fundationibus capellaniarum, vbi vocantur propinquiores consanguinei: pro qoa resolutione bis fuit iudicatum in facti contingentia,auctore Aot. Thesauro *in decis.Pedemontanis decis.64*.

28. His accedit, an valeat clausula *fundationis capellæ*, cum prohibitione testatoris, *ne collatio illius subiaceat Episcopo?* Dico primò testatorem non posse prohibere, ne Ordinarius se intromittat circa implementum,& executionem,qoæ ad pias causas telinquuotur: *cap.tua nobis,de testamentis*,vbi habetur,qoamois testator prohibeat,oe Episcopoa se intromittat in execotione earom causarum, clausnlam illam haberi pro non apposita: Couar.*in d.c.tua nobis,num.6.* Cardio. Tusch.*tom.3. concl.193.* August.Barbol.*in d. cap.tua, n.2. & de officio,& potest. Episcopi p.3. allegat.* 82. *n.27. & n.28.* vbi resoluit non posse testatutem prohibere, ne execototes tationes reddere compellantur: post alios,quos referens sequitur *in remissionibus ad Concilium Trident. sessione 7. cap.15. num.2. fol.23.col.1.*

Dico secundò,Capellaniam constitutam, & fundatam à testatore cum onere Missarum,reputari beneficium, & ex consequenti non potest prohibere Ordinario, postquam Capellania est constructa,ne se intromittat in regimioe,administratione, & collatiooe ipsius:quia cùm ea dispositio sit iuri cootraria, non est seruaoda: nec valet talis clausula, sed tanquam inualida est reiicienda. Hæc resolutio est Innocentij *in cap. Lateranensi, num.5. de præbendis,& in cap.cum dilectus,num.24 de consuetudine*, Aogustin. Barbos.*ibi,num.4.*vbi tradit Patronum in fundatiooe beneficij posse appooere quascunque conditiones, quamuis sint contra ius commune, nisi sint oatura impossibiles, aut aliàs iure teprobatæ: quod etiam resoluit Lambert.*de iure patronatus,lib.1.p.1.art.1.q.9.n.32.*& alij,quos referens sequitur Ceual.*commun. contra commun.q.182.n.20.& 21.*

29. Clausula denique, *si sine liberis,& liberi sine liberis moriantur*, nunc vocet filios ad fideicommissum? Dico primò fideicommissum censeri iniunctum ei tantùm,qui decesserit sine liberis: verbi gratia,si testator instituit plures filios,& dixerit,si quis eorum decesserit sine liberis,volo meam hæreditatem distribui inter pauperes,intelligitur de parte tantùm hæreditatis illi relicta, qui sine liberis mortuus fuerit: ita Alexaod.*in l.Titia,num.2.ff.ad l.Falcid.*

Dico secundò sobstitutionem magis intelligi fideicommissariam,qnàm directam,ex conditione, *si decesserit sine liberis:* ita Bald.*cons.36.vol.5. & in cons. 55. n.5. vol.3.* eò qoia hæc conditio noo conuenit pupillari ætati, vt notat Gloss. *in l precibus,C. de impuber. & ali.substit.* Quod si hæc conditio adiiciatur directæ substitutioni,non reddit illaoı fideicommissariam: Bald.*in l.Centurio,n.1.*& Imol.*n.2. de vulgar. & pupillar.substit.*

Dico tertiò, conditionem, *si decesserit sine liberis*, ad alium non transferri; sed implendam esse in ea persona cui adscripta est. Quod si testator dixerit, *si decesserit sine legitimis hæredibus*, non solùm de liberis hoc est intelligendum, sed etiam de omnibus aliis legitimis successoribus ab intestato: Ruyn. *in cons.174 n.6.& 7.vol.2.*& Mant.*de coniecturis vltimarum voluntatum lib.11.tit.1.per totum ex n.2.*

DISPVTATIO XX.

De prærogatiuis,qualitatibus,& priuilegiis Primogenitorum.

§. I.

Quis,& quotuplex sit Primogenitus.

EPITOME.

1 *Primogenitus quis dicatur,& quotuplex?*
2 *Primogenitus dicitur etiam, qui primo natus est, quamuis eum nullus frater sequatur.*
3 *Primogenitus in gemino partu quis censeatur, & an vtrique ius primogenituræ quæratur, an neutri, & an ad sortes sit recurrendum.*
4 *Primogenitus vnde habeat primogenituram, ex concessione Regali,an ex paterna?*
5 *Primogenitus vnus est natura,alter à iure vocatus.*
6 *Primogenitus in regno an dicatur, qui ante dignitatem Regalem obtentam natus est?*
7 *Primogenitus an possit repudiare paternam hæreditatem,& primogenium acceptare.*
8 *Primogenitus an habeat nunc priuilegia quæ olim habebat,& quæ illa erant.*
9 *Primogenitorum prærogatiuæ nunquid hodie sint in vsu,& quid super his de iure censendum sit.*
10 *Primogenitus legitimatus per secundum matrimonium nunquid sit præferendus, alijs legitimis exclusis.*
11 *Primogenitus factus incapax propter delictum an possit restitui in præiudicium alterius?*
12 *Primogenitus propter quæ crimina, nec ipse, nec filius illius succedit?*
13 *Primogenitus an dicatur, qui in primogeniti locum subrogatur?*
14 *Primogeniti qui dicantur proximiores, qui reperiuntur tempore mortis, an tempore existentis conditionis?*
15 *Titius, qui renuntiauit primogenio in fauorem Sempronij,an Sempronio vita functo posset iterum reassumere illud?*

QVÆRITVR primò, primogenitos qois dicatur? Dicitur ille,qui primo natus est,ita Anchar.*cons.84.col.final.*per *cap.Ioseph.de verbor. signific.* Tiraquell.*hoc titulo,in præfatione, num.74 cum seqq.& quæst.1. num. 3. cum seqq. & q.3. in principio, & q.34. num.25.*Menoch.*cons.97.n.51.& cons.528.n.5.* Mant. *de coniecturis vltimar.volunt.lib.8.tit.10.n.6.* & rursùs *infra n.13.* 1.

Quæritur secondò, quotuplex sit primogenitus? Duplex est primogenitus, nimirum primogenitus natu, & primogenitus iuris. Primogenitus natu est, qui primò genitus est, & procreatus ab aliquo natoraliter tantùm, cui non fauet iuris beneficium. Primogenitus autem iuris est, qui à iure primò est cognitos: Bald.*in l.eam quam,num.44. C de fideicommissis.* & Bellamera, quem citat Rebuff.*in l in vulgari,163.§.si quis in testamento, pag.7-2. de verbor.signif.* Pelaea *de maioratu,2. p.q.3. num.58.* Ioann. le Cirier *de primogenitura,q.5.num.1.*vbi tradit ex Baldo *in d.l. eam quam*, quòd si Statuto,vel consuetudine primogenitus succedat,& Titius habeat duos filios,vnum naturalem primò natnm, & alterum oaturalem, & ex legitimo thoro,secundo loco oatum:oam is cùm

sit

sit naturalis, & legitimus; esto sit secundò natus, censebitur primogenitus: quoniam quamuis naturalis solùm sit primogenitus natu, non tamen primò recognitus est à iure, quia non fuit susceptus ex legitimis nuptiis.

2. Primogenitus ergo etiam dicitur ille, qui primò natus est, etiamsi nullus post illum nascatur: vt per Cosm. *in pragmaticis sanctionibus, in proœmio, §. in qua quidem, verbo, primogenitum, fol. mihi* 17. Quinimò primogenitus dicitur filius secundogenitus, si superstit, aut si primus decesserit, vt notanter vult Bald. *in l.* 2. *n.* 5. *de iure emphyt.* vbi tradit, quòd si quis accipiat fundum in emphyteusim cum hoc addito, quòd *non transeat nisi ad primogenitum,* intelligatur de illo, qui superstes fuerit mortis tempore, quamuis non esset primò, sed secundò natus, vel vltimò genitus: quia attenditur ad tempus, quo quis debeat succedere, vt primogenitus nominetur ille, qui alium tunc non habet ante se: ita Alciat. *in cons.* 101. *n.* 31. *lib.* 9. Alexand. *in l. ex facto §. si quis autem n.* 3. *ff ad Trebell.*

Quæritur tertiò, an primogenitus dicatur filius primogeniti defuncti, aut frater ipsius, & vter eorum vti primogenitus præcedat? Oldrad. *in cons.* 94. *n.* 5. *& in cons.* 124. *per totum,* vbi *in fine* tradit pro nepote fuisse pronuntiatum: quia nepos repræsentat patris personam, & sic ingreditur locum ipsius: argumento *l.* 1. *§. si filius, ff. de suis & legitimis heredibus, §. cum filius, Institut. de hereditatibus quæ ab intestato deferuntur:* Abbas *in c. licet, de voto,* vult nepotem repræsentare personam patris: *l.* 1. *§. si sit filius, ff. de coniungendis cum emancipato liberis,* Bald. *in l. si emancipati, C. de collat.* vnde cùm ius in succedendo concedatur ex institutione maioratus, seu ex testatore filio maiori, cum prærogatiua exclusionis alterius fratris; bene sequitur quod per repræsentationem fungatur nepos ex prædicto filio primogenito, seu maiore natu, eodem priuilegio, quo pater si viueret fungeretur: text. expressus *in l.* 2. *tit.* 15. *partita* 2. vbi nepos præfertur in primogenio filio secundo: quæ sententia est magis communis; vt volunt Couar. *in pract. q. c.* 38. *n.* 5. Et esse veriorem dicunt Ant. Gomes. *in l.* 40. *Tauri n.* 65. Molin. *de primog lib.* 3. *cap* 6. Costa *in tract. de successione Regni Portugaliæ, secunda, & vltima parte,* & Iacob. à Saa *in tract. de patruo, & nepote,* & alij quos relatos sequitur Cardin. Mantic *lib.* 8. *de coniecturis vltimar. volunt. tit.* 10. *num.* 9. post Gammam *decis.* 307. Cabed. 1. *p. decis.* 147. *ex num.* 1. *cum tribus sequentibus,* vbi concludit sæpe fuisse iudicatum pro nepote contra patruum exclusum à successione maioratus.

In puncto iuris communis difficillima fuit semper hæc altercatio, & communissimæ opiniones contrariæ pro vtraque parte discussæ, quæ pro patruo, & pro nepote responderunt grauissimi Patres vtriusque iuris peritissimi. Simpliciter tamen vsitatior est opinio, quæ suffragatur nepoti, præsertim in Hispania propter *l.* 40. *Tauri,* vbi Tauristæ fundamentum iaciunt: vide Flores *in additionibus ad Gammam, decis.* 174. *& decis.* 308. non tamen suum interponit iudicium, cùm quæstionem hanc adeo dubiam existimet, vt dubium sit, quæ sententia inter Scribentes hac de re sit communior, & sæpe in controuersiis, & concertationibus occurrentibus refert iustus Lipsius *de monitis, & exemplis politicis, lib.* 2. *cap.* 4. *monito* 3. ferro potiùs, & armis, quàm iudicio ancipiti Doctissimorum, rem fuisse expeditam.

In nostra tamen Lusitania occurritur tantò dubio per legem latam *lib.* 4. *tit.* 100. per hæc verba ibi: *por tirarmos as duuidas, que se mouem em alguns casos sobre a successam dos morgados, Ordenamos que na successam delles, e dos bens vinculados, posto que o filho mais velho morra em vida de seo pay, ou do possuidor do morgado, se o tal filho mais velho, ou neto, ou descendentes legitimos, estes tais descendentes por sua ordem se preferiram ao filho segundo:* & infra *de maneira que sempre o filho, e seos descendentes legitimos por sua ordem representem a pessoa de seu pay, posto que o dito pay nam ouuesse succedido no tal morgado.*

Quibus verbis apud Lusitanos tollitur omnis controuersia inter patruum, & nepotem: nam in regulis ordinariis pro patruo etiam non desunt grauissimi patres, inter quos Gamma *decis.* 174. *num.* 5. & in eandem sententiam magis inclinat *decis.* 307. *num.* 16. Valasc. *de iure emphyt. quæst.* 50. *num.* 30. *& cons.* 171. *num.* 27. Pater Molin. *de iustitia tract.* 2. *disp.* 626. *num.* 11. *& disp.* 630. *cum sequenti:* Ea ratione moti sunt, quia opinantur repræsentationem non habere locum in successione maioratus, & ex consequenti nepoti præferendum esse patruum: sequitur Mantica *vbi supra lib.* 8. *tit.* 9. *num.* 10. Cald. Pereira *de nominat. emphyt. quæst.* 27. *num.* 14. *& quæst. forens. lib.* 1. *q.* 19. *num.* 20. & Cardos. *in praxi Iudicum, verbo, filius, num.* 72. quibus accedunt multi relati à Spino *in suo speculo glossa* 19. *num.* 56. ex alio fundamento, videlicet; quia quando attenditur proximitas cum vltimo possessore, præfertur filius secundonatus, cùm sit proximior in gradu patri suo, & sic fundatori: per *l. si libertus præterito, §.* 1. *de bonis libertorum.* Vbi ostenditur quando vocatur filius ad succedendum, præferendum esse filium nepoti ex alio filio: sed vt dixi apud Nostros, sublata est per legem nouam *lib.* 4. *tit.* 100. *in princ.* omnis difficultas.

Hæc autem procedit absolutè pro nepote ex filio primogenito decedente, etiam viuo patre, & multo fortius, si primogenitus moriatur in bello, habebit locum: quia mortuus in acie belli pro Republica, & pro bono publico, habetur pro viuo, & existimatur viuere in gloria, seu per gloriam; & ita fuisse iudicatum attenta consuetudine huius Regni in iudicando: huiusmodi casus tradit Valasc. *consult.* 148. *num.* 33. *&* 34. Cabed. 1. *part. decis.* 147. *n.* 2. vbi *n.* 5. ambigit an censeatur mori in bello, qui mortuus est ex vulneribus in prælio acceptis, extra tamen prælium, domi; & ait non vidisse decisum.

Nihilominus idem credit dicendum, quando statim mortuus fuit ex vulneribus acceptis in prælio: tunc enim videtur in prælio cecidisse: secùs si ex internallo, *c.* 2. vbi Gloss. & Doctores *de clerico percussore.* Absolutè tamen est tenendũ, censeri mori in bello: ita Ferdinand. Paez Lusitanus *in tract. de excusandis parentibus ob numerum liberorum, num.* 39. vbi *n.* 40. id concludit obisse scilicet in acie, qui vulneratus in prælio domi fuit mortuus: quod etiam putat Paul. Montanus *de tutelis & curis, c.* 35 *n.* 64. Valasc. *consult.* 148. *num.* 37. *vers. & id ipsum magis dico in vulneratis in bello, & mortuis in castris,* quos sequitur Manuel Barbosa *in remissionibus ad ordin. Regiam lib.* 4. *tit.* 104. *in princ. n.* 8. eò quia mors causata ex bello censetur habere eandem naturam, & priuilegium, quo frueretur si contingeret in bello mors: imo captus ab hostibus, vel simpliciter captus in bello, & mortuus in captiuitate videtur potiri hoc priuilegio, vt excludat, cùm sit nepos primogeniti, filium secundogenitum, à successione maioratus: vt inclinat Valasc. *d. consult.* 148. *n.* 37. vbi vult non solùm vulneratum, & mortuum in bello, potiri priuilegio, vt per gloriam viuus esse fingatur, maximè apud Lusitanos, sed etiam ad bellum euntes, & in itinere morientes, nec non vulneratos, & captos, & in captiuitate decedentes, eodem priuilegio gaudere, & pro viuis haberi.

Non ignoro tamen ante legem nouam *lib.* 4. *Ordinationum, tit.* 100. *in principio,* ortã controuersiã, An nepos patruo esset præferendus, cuius pater in bello

captus ab hostibus fuerat & in captiuitate mortuus, iudicatum fuisse pro patruo; quòd in hoc casu non haberet locum ratio legis bello amissi, vt per gloriam viueret & intelligeretur, qui non in bello, sed in captiuitate mortuus fuerat: vt refert Cabed. 1. *part.decis.*137.*num.*6. An verò pro eo tempore, quo iudicatum fuit pro patruo bene fuerit pronuntiatum, est locus ambigendi; iuxta tradita per eundem Cabed.& eius fratrem Gondisaloom Mendes de Vasconcellos *in suis qq.lib.*3.*cap.*3.*num.*13.& Valasc.*consult.*148. *per totam.* Hodie tamen secundùm prædictam legem nouam similes casus apud Nostros decisi sunt.

3. Quæritur quartò, an primogenitus in gemino partu, quis censeatur? & an vtrique ius primogenituræ competat, an neutri, & quid in hoc casu decidendum sit? Tiraq. de iure primigeniorum *q.*17.*opin.*9. *num.*1. tradit, si ignoretur de duobus simul natis, quis sit primogenitus, ille censetur, quem populus elegerit: vbi loquitur quando Magnates, & populus eligunt sibi Regem, seu Gubernatorem.

Menoch tamen *de præsumpt.lib.*6.*q.*51.*à n.*13.*&* 14. vult, si masculus, & fœmina nati fuerint, & agatur de libertate, iudicandum est in fauorem libertatis: quòd si non agatur de libertate, censendus est masculus priùs nasci: quando autem vno partu duo masculi nati sunt, præsumitur priùs natus, qui vel fortior, vel pulchrior altero est, secundùm Tiraq. *supra in præfatione, n.*67.*&* *q.*17.*in* 7. *opinione, n.*1. *&* 2. quia naturaliter, qui fortior est vincit id, quod minus potens est, vt *in c. medicamentum. de pœnitentijs, dist.*1. *c. quod in dubiis, de consecratione Ecclesiæ, vel altaris,* Petrus Gregor.*de Repub.lib.*7.*c.*5.*n.*16.*&* 17.

Secundùm alios præsumitur, quando duo in lucem editi sunt, & ignoratur quis priùs natus fuit, quòd filius pulchrior succedat in maioria: quæ opinio est omninò contraria præcedenti, cùm pulchriores vix fortes reperiantur. Quando autem contentio est de dignitate, ex duobus eligitur ille, cuius aspectus inducit amorem in subditos, & timorem in hostes: Gumes.*in l.*40.*Tauri n.*68.*col.*3.

His positis, potest dici primò, vtrique istorum geminorum deberi ius primogenituræ: ita Bald *in l.ex duobus, ad principium, ff.de vulgar.& pupil. substit.* quia in hoc casu quando non apparet quis prior, vel posterior natus sit, vterque vocatur, quasi vterque sit primogenitus: idem Bald. idem tenuit *in Authen ex testamento, C.de collat. col. final. vers decimum octauum capitulum.* subiungens non esse nouum. Nam duo leguntur simul præesse posse Imperio: atque ita concludit *in l.ex hoc iure, ff de iustitia & iure, col.*2.*& in l.si quis ingrati, §.verum, ff. ad Sillan.* vtrumque esse Regem, per *l.diui fratres, ff.de iure patronat.* & hoc modo erunt pares in iure, qui sunt pares in natiuitate: sequitur Angel.*in d.l.ex duobus, ad principium, ff.de vulgar. & pupil. substit.* dicens hoc procedere in successione Regni, quia quando nescitur quis primùm natus fuerit, vtriusque erit pariter regnum: sequitur Alex.de Imol.ibi, per *l.*2.*§.hereditas, ff de suis & legitimis, & l.cum iter, C.de fideicommiss.libert.* quæ opinio multo æquior est, quam contraria, quæ negat deberi vtrique, imo affirmat neutri primogenituram esse concedendam, & neutrum dicendum esse primogenitum. Argumento de duobus currentibus ad brauium, quòd nullus admittitur, quia concursu mutuo se impediunt: prout tenuit Alberic. de Rosat *in quæstionibus statutarijs q.*106. vbi resoluit, quòd nullus habeat brauium.

Secundò dici potest, in hoc casu locum esse gratificationi, posséque eligi vtrum ex duobus à Superiore, quem voluerit: argumento *c.duobus, §. final.de rescriptis in* 6.*& l.si quis seruum, §.si inter duas, ff.de legat.* 2. ita Ioan. Andreas *in rubrica, de feudis, per d.l.si quis seruum:* facit Bald. sibi contrarius *in l.in quibus, C.de secundis nuptijs, vers materia huius legis;* vbi ait, quòd in illa lege ostenditur, quòd genitori integrum est eligere, quis eorum possit esse Rex.

Tertiò dici potest, recurrendum esse ad iudicium sortis: de qua sententia vide Ioannem Andream *in rubrica, de feudis, in additionibus ad Specul col.*5. vbi dicit se audiuisse in aliquibus locis, quando est contentio super re indiuisibili, contentionem iudicio sortis fuisse decisam: quæ forma conuenire videtur, quando pares certant de Regno, seu de maioratu, vt præcludatur suspicio sinistra contemptus, cùm iudicium Deo committitur per medium sortium in paribus: Petrus Gregor.*in tract.de electione, c.*3.*n.*10. *& lib.*34.*syntagmat c.*5.

Neque hoc nouum fuit: nam olim electio Regis Israël per sortem diuinam, antequam regnum confirmatum esset: celebrata fuit: à principio, populo petente Regem, Samuel diuina sorte fuit vsus, vt legitur 1.*Regum cap.*10. *vers.*20.*& seqq* ibi: *Applicuit,* inquit, *omnes Tribus Israel, & cecidit sors super Tribum Beniamin,* congregato populo per Tribus & familias, & rursum, *Applicuit Tribum Beniamin, & cognationes eius, & cecidit sors super cognationem Metri, & peruenit vsque ad Saul filium Cis* quam electionem per sortem tribuit Deo Samuel, vt constat *ex d.c.*10.*vers.*24. ibi: *Certè videtis, quem elegit dominus, quoniam non sit similis illi in omni populo:* consonat, quod scribitur *Prouerbiorum c.*16.*vers.*33. ibi: *Sortes mittuntur in sinum, sed à Domino temperantur.* Vnde apparet iudicium sortis in rebus indiuisibilibus admitti meritissimo: qua de re etiam Ceuall. *in practicis commun. contra commun. q.* 218.*ex n.*20. latè & Petrus Greg.*de Repub.lib.*7. *c.*14. *per totum, & lib* 4.*c.*5.*n.*33.*&* 39.

Quartò nihilominus dicendum est ex his opinionibus potiorem esse sententiam, quæ tradit duobus simul natis ex vno partu, vtrique maioratum, seu regnum esse deferendum, vt primo loco ostendimus; quo casu vterque habebit administrationem in solidum, vel poterunt inter se partiri per regiones: argumento textus *in l.*1.*ff.de officio consulis:* iuuat text. & not. *in l.inter tutores, ff. de administrat. tutorum,* vbi deciditur plures posse esse tutores alicuius pupilli: & vtrumque habere ius tutelæ in solidum, tanquam quid indiuiduum, & vtrumque posse in solidum fungi administratione, nisi administratio partita sit inter illos per loca, vel per regiones: Bart. *ibi,* & communiter Scribentes *in l.decreto, §. si duobus, ff. eodem titulo.* Vnde si duo fratres simul habeant iurisdictionem, quæ diuidi non potest, poterunt diuidere, vt alternis annis administrent: vt ait Bald *in cap.*1.*§. præterea, de prohibit.feudi alienatione.*

Iuuat hanc partem, quod traditur ab Imol.& Philippo Franco *in c.cùm quis, de sepultur.lib.*6. vbi volunt quando contenditur inter duos Parochos de iure sepulturæ, Confessionis, & administrationis Sacramentorum, & aliorum iurium parochialiũ, quando quis habitat in finibus vtriusque parochiæ, ita vt non cognoscatur in qua earum habitet, ea iura esse diuidenda inter concertantes alternis vicibus propter incertitudinem. Qua resolutione vsi sunt Thyestes, & Atræus fratres, qui regnarunt Mycenis, alternis, annis, vt videre est apud Senecam Tragediographum, *in Thyeste,* sequitur Ant. Gomes. *in d.l.*40. *Tauri, num.*68. *col.*4. *vers.sexta principaliter opinio est,* & Palacius Rubeos *ibi, num.*6. & Cifuentes *quæst.*3. & Gregor. *in l.*12. *tit.final.partita* 7. *verbo, ambos ado denem auer,* ibi: *nascem alas vegadas dos criaturas de vna vez del vientre de alguna mugere acontesce, que es duda qual dellas nasce primero, dezimos que se el vno es varone, el otro hembra, que deuemos entender, que el varon nascio*

scio primero, pues no se puede aueriguar lo contrario: esi fueren ambos varones, e no puede ser sabido qual dellos, nasceo primeramente, entonses ambos deuen auer aquella honra, y heredamiento, que auria el que antes nasciese, aqui en disen en latin, Primogenito. per quam legem tollitur omnis ambiguitas, vt volt Molin. *lib.3. de primog.cap.t.n.20.* ex textu *in l.2. §hereditas, ff.de suis & legitimis heredibus.*

Suffragatur *l.cum inter, C.de fideicommiss. libertat. & l.si fuerit legatum,* 10. §. *planè, ff. de rebus dubijs,*ibi: *Planè*, inquit, *si ita libertatem acceperis ancilla, si primum marem peperit, libera esto. Et hac vno vtero marem, & fœminam peperisset: siquidem certum est, quid priùs edidisset, de eius statu non debet ambigi, vtrùm libera esset nécne: sed nec filia; nam si postea edita est, erit ingenua: sin autem hoc incertum est, nec potest, nec per subtilitatem iudicialem manifestari: in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet: vt tam ipsa libertatem consequatur, quam filia eius ingenuitatem: quasi per præsumptionem priore masculo edito.* ita Lex, vbi Vlpiani responsum videtur admonere quid statuendum sit, quando libertas fuit relicta posthumo nascituro; & simul plures nascantur vno partu, vt omnes consequantur libertatem: text.*in l.ter enixa, ff.de verb.signif.*Ceuall.*vbi supra q.248.n.71.*& Petrus Gregor *de repub.lib.7.c.5.n.17.*

Maior ambignitas otiri posset, si duo ex vtero matris secto in lucem venerint, & non nati sint, cùm ignoretur quis sit primogenitus? Bart. hac de te *in l. Arethusa, ff.de statu hominum*, Petrus Gregor. *de Repub. lib.7. cap.5. num.*18. Nihilominus ex dictis secundum sententiam, quam sequimur, inter vtrumque maioratus, seu regnum debet diuidi, & vterque admitti, quantumcunque sit indiuisibile, quia æqualiter est proximior, & primogenitus. Vide Gregor. Lop.*l.2.tit.15.p.2.in gloss.sino el fijo.*

Ad opinionem, quæ tenet quando nescitur vter eorum sit primogenitus, neutrum esse successurum, sed Regnum, seu maioratum remotiori in gradu deferendum, extantibus proximioribus, nullo modo est admittenda, qui constat esse proximiores, & sequitur maximum inconueniens, illis existentibus proximioribus, deferri Regnum, vel primogenium remotioribus in gradu: Gomes.*in l.40.Tauri,n.68.*

Ad alteram opinionem quod formosior ex duobus censeatur primogenitus, nullo iure probatur. Nam formositas, vel deformitas non est causa successionis, sed sanguinis coniunctio, & graduum proximitas, quando primogenitura deuoluitur ab intestato; aut voluntas testatoris defuncti, quando defertur ex testamento: vt *in l.1.& per totum, ff.vnde cognati:§.1.& per totum, Instit.de legit.agnat.success.*

Ad id autem, quod dicitur, quòd filius robustior censetur priùs exire de vtero, quia naturaliter id, quod est potentius vincit minus potens; vt ait Bald. *in 1. consistue.ff.veteris, in §.itaque, n.15.* dicitur nihil probare, quia nullo iure, nec ratione probatur. Item quia in ea tenerrima ætate non deprehenditur illa qualitas, ideo accedente ætate est inconueniens adhuc expectare euentum, in quo de fortitudine iudicium, & periculum fiat, nisi per pugnam, & certamen, quod est illicitum, vt *in c.1. & per totum, de clericis pugnantibus in duello.* Atque ita ex dictis nostra conclusio magis placet, cùm iure probetur: quam sequitur post alios relatos *supra* Ioan.le Citier *de primogenitura, concl.1.q.11.n.1.* vbi concludit, quando in geminis, est qualitatum naturalium paritas, vtrumque in diuisibilibus primogenitum esse censendum.

4. Quæritur quintò, vtrùm primogenitus habeat primogenituram, ex concessionéne Regali, an ex paterna? Respondetur habere primogenituram ex regali beneficio, quando Princeps donat aliquid Titio, vel eius filio, apposito pacto, quòd in donatione succedat primogenitus: tunc enim donatarius nequit hanc donationem reuocare: ita Socin. iun. *cons.*110. *num.*28.*lib.*2.Roland.*cons.*10. *num.*37. *lib.*3. Cephal.*in cons.*336. *n.*5.*lib.*3. vbi probat non esse integrum donatario patri reuocare concessum filio ius primogenituræ, nec posse præiudicare filio primogenito: idem voluit priùs Carol.Ruyn.*in cons.*38. *num.*12. *lib.*1. ea ratione, quia primogenitus non habet primogenituram ex concessione paterna, sed ex beneficio Regio: secùs quando maioratum obtinuit ex indulgentia patris: Menoch.*cons.*331.*num.*83.*lib.*4. vbi vult, quòd quando traditione rei, eiusque dominij translatione habuit effectum suum priuilegium, & executionem, non posse amplius reuocari: Bald.*in l.qui se patris, num.2. in fine, C. vnde liberi*, vbi quamuis dixerit posse Principem priuilegium merè gratuitum absque vlla causa reuocare, hoc non procedere quandò mediante concessione ipsa Principis dominium siue vtile, siue directum translatum fuit. Molin. *de primog lib.4.cap.3.num.*21. & Pelaez *de maioratu q.26.num.1.&* 2.

Quæritur sextò circa primogenitum, quando vnus est naturæ, & alter à iure vocatus, de quo diximus *supra, vers.quæritur secundo.* Addi tamen potest, si primogenitus sit demens, vel mente captus, inter filios Regis, non deberi illi regnum, sed secundogenito qui est sanæ mentis: vt notat Bald.*in Authen.hoc amplius, C.de fideicommis.col.*11. habetur enim pro primogenito secundogenitus; eò quia iure primogenituræ ius ipsum fuit consecutus, & ratione illius pro primogenito recognoscitur. Iuuat responsum, quod dedit Iacob patri suo Isaac, dicens se esse Esau primogenitum: in quo non est mentitus, quia non dixit se esse primogenitum natu; sed ius primogenituræ fuisse consequutum: & ideò tanquam primogenitum recognosci, vendente scilicet Esaü ius primogenituræ: Ex quibus probatur duplicem esse primogeniti speciem: Iacob autem primogenitus natu non fuit, sed iuris. 5.

Quæritur septimò, an censeatur primogenitus in regno, qui antequam pater ad Regalem apicem fuisset euectus, natus est: Guido de Suza *in l.Senatoru filium, ff.de senatoribus* tradit natum ante regnum adeptum dici primogenitum: sequitur Alex.*1. p. statutorum q.157.* Contrarium sequitur Bald.*in l.Imperialem, §.vlt.in vers.Et ideo si sit consuetudo, C.de nuptijs, & in l.cum satis, n.11.C.de agric.& censit.lib.11.* post Bart. *ibi.*Idem videtur sentire Cifuentes *in l.40.Tauri q.40.* 6.

Alij distinguunt inter regnum auitum, quod Auorum prouenit successione; & inter regnum paternum, seu aduentitium, quod à patre horum filiorum inter quos de primogenitura contenditur, cœpit, putà si regnum patri fuit donatum, aut ex causa aliqua de nouo ad illud fuit assumptus: dicunt ergo, quando regnum est auitum, natus ante regnum adeptum, dicitur primogenitus. Quòd si regnum est paternum, natus post regnum adeptum primogenitus erit Regis. Huius opinionis auctor est Cynus *in l. Imperialis, C. de nuptijs*, sequitur Petrus de Bellapertica *in eadem l.Imperialis, in fine.*

Dicendum ergo est secundonatum, postquam pater successit in Regno, vel Ducatu, vel Comitatu, vel maioratu, esse primogenitum: per text.*in l si Senator.C.de dignitatibus, lib.*12. vbi dicitur, quòd filius natus, & conceptus antequam pater habuisset dignitatem, non gaudere eius priuilegio, & *ibi* notat Bart. & communiter Scribentes.text. *in l. filij, vers. senatores, el 1.ff.ad municipalem*, vbi habetur filium, vel nepotem senatoris gaudere eius priuilegio, quando natus est post dignitatem consecutam: quod etiam notat Gloss. *in l.2. §.in filius, ff. de Decurionibus*

& Gloss. quæ censetur singularis *in d.l.imperialis, in gloss.1. C.de nuptijs*: adiuuat hanc partem text. *in d.l. senator, C.de dignitatibus lib.12.* vbi non sequitur dignitatem patris, nisi qui post dignitatem fuit susceptus: item non dicitur filius sacerdotis, qui natus est ante sacerdotium: Facit text. *in l.neminem, & in l.vltima, C.de Decurionibus, lib.10.* quibus cauetur natos post decurionatum gaudere priuilegiis dignitatis paternæ: sequitur Lucas de Penna *in l.quicumque, vers. si vero postquam adeptus fuerit principatus, C.de princip. agent.in rebus, lib. 12.* vbi decidit nihil dignitatem patris afferre filio nato ante dignitatem. Hæc sententia est valde probabilis propter auctoritatem tam Doctorum, quàm iurium, seu legum, quibus fulcitur.

Probabilior tamen est sententia, quæ vult præferendum esse tam in Regno, quàm in cæteris dignitatibus indiuiduis, & in primogenio primogenitum omnium etiam antè natum, quàm patris principatus haberetur: per *l.senatoris filium, in fine, ff. de senatoribus*, cuius sunt hæc verba: *Nec interest an in senatoria dignitate constitutus eum susceperit, an ante dignitatem senatoriam*: fauet text. *in l.2. C. de aduoc. diuers.iudicior.* vbi loquitur cum liberis iam natis, & postea procreandis; ex ea ratione, quia successio post mortem competit: *l.1.§. si impubes, ff.de collat.bonor.* Cùm ergo natus ante Regnum adeptum inuenitur primogenitus mortis tempore, est præferendus: *l. capitis, C.vnde cognat. & l.non intelligitur, §. quando, ff. de iure fisci*, vbi proximus quis per hoc tempus requiritur, quo mortuus est ille, de cuius hæreditate quæritur: atque ita non est necessarium quærere de conditione alicuius, priusquam hæreditas, vel maioratus illi competat: *l.non oportet, ff.de legat.2.* quia non inspicitur, neque consideratur hæres, quod priùs fuerit, sed quod nunc est: *l.quod ita, ff de ædil. edict. & cap.ferrum, 50.distinct. & c.eam te, de rescriptis.*

Accedit, quia ius succedendi non prouenit, nec causatur à dignitate, sed à iure sanguinis, & est qualitas inseparabilis: Ita volunt Salic. *in d.l.imperialis, § illud.in fine, C. de nuptijs* sequitur Ioan. le Cirier *in tract.de primogenitura, quæst.12.primi libri*, dicens hanc partem probari consuetudine, quæ est optima legum interpres: idem tenet Tiraquell. *de iure primigeniorum, quæst.31.ex num.12.vsque ad num.24.* vbi probat id de iure, & exemplis: sequitur Ant.Gomes. *in d. l.40.Tauri, num.67.vers.sed aduertendum*, vbi ait filium antea natum in vtroque casu succedere in Regno, vel dignitate, cùm habeat ius succedendi in bonis futuris, acquirendis per patrem: idcircò debet succedere in illis, quamuis in eis sit dignitas annexa: idem vult petrus Gregor. *lib.7.de Repub.c.9.vbi n.2.* distinguit, & ex *n.14.* fert indicium pro nato ante adeptionem, quibus accedit Pelaez *de maioratu 2.p.q.4. illat. 5. n.1.* post Guidonem de Suza *in d.l. senatoris filium, ff.de senatoribus*, ibi hanc partem constanter defendentem.

7. Quæritur octauò, an primogenitus possit repudiare hæreditatem paternam, & primogenium acceptare? Gregor. Lopes *l.4. tit.15. partita 2.col.2.* ait ex sententia Doctoris antiqui, quòd quando maioria esset noua per viam prælegati, seu meliorationis in Tertio, & Quinto bonorum; tunc si successor haberet cohæredem posset se abstinere ab hæreditate, & consequi prælegatum: *l.qui filiabus, § final. ff de legat. 3. & l.filio ff. eodem.* si autem esset solus, non posset: quare non poterit defunctus grauare successorem maioriæ, quando non est eius hæres, vt singulo quoque anno soluat aliquid, quando maioria esset antiqua; etiamsi posset, quando esset eius hæres: vt vult Bald *in cap. 1. in fine Principij, de successione feudi, vers. quæro, vasallus.*

Ex quibus, quamuis Anchar. *in cap.licet, de voto,* neget; dicendum est posse successorem acceptare maioriam, & repudiare hæreditatem; nisi ex aliquo capite impediatur: quia talis repudiatio non includit, nec comprehendit bona primogenituræ sibi debita, cùm sint diuersa: vt *in Authen.hac res, C. de secundis nuptijs*, Bald. *in l. generaliter, §. in his, C. eodem titulo, & in l.2. circa finem, C. de iur. dot. & in Authen. si quis ruinas, C. de sacrosanct. Eccles.* cùm ex separatis non fiat illatio, vt *in l. final. ff. de calum.* Guillielmus à Mont. Ferrat. *de successione regum, in respons.ad primum dubium, num.30.vers.ex quibus* Cald. Pereira *de potestate eligendi, cap. 17. ex num. 27. cum duobus sequentibus.*

8. Quæritur nonò, an primogenitus habeat nunc priuilegia, quæ olim habebat, & quænam illa erant? Respondeo, vt iam dixi §. 1. olim primogenitos præ aliis in Festis priori loco sacrificia obtulisse. Item sedere ad dexteram Patris. Tertiò cibos duplicatos habere. Quartò benedictionem paternam recipere. Quintò duplicem partem in hæreditate patris sibi assumere. Sextò primogenitus benedicebat fratres suos, & secundùm aliquos recipiebat primogenita pecorum, & post mortem ipsius patris, ius succedendi primogenito erat patri ipsi, de quo *in cap. licet, de voto*, quorum meminit Bald. *in l. cum in antiquioribus, C. de iure deliberandi*, vbi distinguit priuilegia antiqua patris à priuilegiis post mortem patris. Pererius *cap.40.in Gen.* octo prærogatiuas memorat.

Quinimò primogeniti olim sacerdotes erant, & sanctificabantur Domino: per id quod habetur Exod.13. *Sanctifica mihi omne primogenitum, quod aperit vuluam in filijs Israël, tam de hominibus*, & Exod.22. *Primogenitum tuorum filiorum dabis mihi*, & Numer. 8. *Mea sunt omnia primogenita filiorum Israel: tam ex hominibus, quàm ex iumentis, ex die quo percussi omne primogenitum in terra Ægypti, sanctificaui vos mihi, & tuli Leuitas pro cunctis primogenitis filiorum Israel.*

9. Hodie autem huiusmodi prærogatiuæ, quæ conueniunt primogenito, non sunt ferme in vsu: & secundùm varias Nationes, primogeniti gaudent nonnullis priuilegiis: Ioan. le Cirier *vbi supra q.3.lib.2.ex num.1.* hac de re laté. Et quamuis prima prærogatiua etiam ante legem Mosis erat, quòd primogenitus esset sacerdos, loco primogenitorum Leuitæ assumpti sunt, vt essent sacerdotes in cultu Dei: vt 2. *cap.Numer.* traditur.

Sed hoc in dubium potest vocari, siquidem certum est, quòd Abel secundus natu filius Adam, non solùm sacrificauit, sed etiam sacrificasse fertur coram fratre suo primogenito Caio: quod sacrificium à Deo fuisse cœlesti signo approbatum, constat ex Sacra Pagina: vbi Caietan. ita scribens ait. *An primogenitura esset non venalis, eo quòd sacerdotium haberet annexum, Sacra Scriptura non tradit: imò Rubenita aduersus Moysem, non pro sacerdotio, sed pro Principatu tanquam debito primogenito contendebant: vt patet ex cap. 16. Numerorum. Et nisi Iacob ob reuelationem factam matri diuinitus excusetur a prouocatione fratris ad huiusmodi primogenituram vendendi, excuset ipsum, qui nouit: ego enim aliter excusare nescio.* hactenus Caietan. Oleaster autem non dubitanter hoc negauit, *ibidem* ita scribens per hæc verba: *Sacerdotium putarem non fuisse ante legem Mosis debitum primogenito, post legem tamen primogeniti illud requirebant, quasi sibi iure debitum. Patet etiam de Eleazaro, qui patri suo Aaron successit in sacerdotium, cùm esset primogenitus eius filius. Et quamquam ante legem multi asserunt hoc fuisse obseruatum in populo Dei, mihi tamen non liquet, quicquid fuerit*

apud

apud Gentiles: cùm videam Abel, non ſecùs quàm Cain ſacrificaſſe Deo. Neque filij Ruben vnquam, quod ego ſciam, de ſacerdotio contenderunt. Sed enim poſt ſacerdotij Moſaici inſtitutionem, cùm filius eſſet heres in patris dignitate, credibile eſt primogenitum, etiam ſacerdotium hereditaſſe. ita Oleaſter.

Sed contra ſtat communis ſententia, quæ tenet ante legem Moſis, & poſt diluuium, omnes primogenitos fuiſſe ſacerdotes ſimul, ex traditione antiqua Hebræorum: cuius meminit D. Hieronymus *in epiſtola 126. ad Euagrium,* in hæc verba: *Tradunt Hebræi, quod vſque ad ſacerdotium Aaron, omnes primogeniti ex ſtirpe Noe, cuius ſeries, & ordo deſcribitur in Scriptura, fuerint ſacerdotes, & Deo victimas immolarint: & hæc eſſe primogenita, quæ Eſau vendiderit fratri ſuo Iacob.* ſic ille.

Ex cuius verbis aſtruitur ſolutio obiectionis de Abel, qui ſacrificauit coram fratre ſuo primogenito Cain: eò quia, quod ſacerdotium fuiſſet annexum primogenito, id fuerit inſtitutum poſt diluuium in poſteris Noë, ſecundùm eundem Hieronymum: & ideò ante ipſum licitum erat ſecundogenito ſacrificare.

De eiſdem prærogatiuis meminit Lippomanus *in Catena, ſuper hunc locum Geneſis, cap. 25. verſ. 32. Primogenitura,* inquit, *de qua hîc agitur, fuit ſucceſſio patris in principatu, atque honore eius, ita vt cæteri fratres ei aſſurgerent, & miniſtrarent, ſicut filij patri. Accipiebat item primogenitus ex omnibus bonis paternis duas portiones. Præterea in ſolemnitatibus, & conuiuijs publicis ſolitus erat benedicere iunioribus, & Deo victimas, ac ſacrificia offerre. Quocirca primogenitura aliquid ſpirituale includebat, maximè verò ſacerdotium, & authoritatem benedicendi. Quomodo ergo Iacob petijt ſibi talem primogenituram vendi, cùm hoc eſſe ſimoniacum videatur? Reſpondetur, Iacob docente matre cognouiſſe ius primogenituræ Dei voluntate, & decreto ſibi eſſe delatum: vnde ſuam intelligitur vexationem redemiſſe, reuocando prudenter ad ſe, quod ſibi ex gratia Dei competebat, licet tum ab Eſau occuparetur;* ſic Lippomanus.

Illud autem tanquam in dubium dici poteſt, meliorem ſcilicet eſſe conditionem primogenitorum, iuxta Oldrad. *in conſ. 124.* Andr. de Iſernia *in cap. 1. §. ſed & res, titulo, Inter quos fiat inueſtitura,* & alios plures, quos refert Tiraquell. *de primog. in præfatione à n. 3.* vbi *n. 4.* meminit conſuetudinis Hiſpaniæ, & aliarum Nationum, dicens *ex l. 2. tit. 15. partita 2.* filios primogenitos parentibus eſſe chariores, & in locum parentum ſuccedere. Eſſe autem chariores primogenitos parentibus, probatur *2. Regum c. 13. circa medium;* concordat Guillelmus Benedict. *in c. Raynutius, in verbo, in eodem teſtamento relinquens. 1. n. 172.* Nam in filio primogenito præſumitur prædilectio paterna: & eſt veriſimile, quòd pater, quamuis alios filios haberet, primogenitum nihilominus ad maioratum elegiſſet: item parentum intereſt, quòd in maioratu ſuccedentes nomen ſuum, & gloriam in perpetuum repræſentent.

10. Quæritur decimò, an primogenitus legitimatus per ſecundum matrimonium præferendus ſit alijs filijs poſtea legitimè natis? Exemplum ſit: Titius habuit filium ex concubina: poſtea ex iuſtis nuptijs alios filios, mortua iuſta matrefamilias, duxit vxorem concubinam: quæritur an filius ex hac primò natus ſit præferendus? Pars affirmans probatur *ex c. tanta, Qui filij ſint legitimi,* vbi per ſubſequens matrimonium filius naturalis natus ante matrimonium fit legitimus, ſi illud poſtea inter parentes ſubſequatur: Couar. ita *de ſponſal. p. 2. c. 8. §. 2.* Card. Mant. *de coniecturis vlt. volunt. lib. 11. tit. 12.* Menoch. *de præſumpt. lib. 4. q. 81. & remed. 1. adipiſc. n. 42. & conſ. 15. n. 19. & conſ. 16. & conſ. 174. n. 16.* Surdus *de alimentis, tit. 1. q. 5. n. 102. & tit. 5. q. 15. n. 32. & tit. 8. priuilegio 67.* Campanil *in diuerſorio iuris Canon. rubrica 11. cap. 15. num. 24.* D. Barboſ. *in rubrica, ff. ſoluto matrim. p. 2. n. 109.* Azor. *inſtit. moral p. 2. lib. 2. c. 13. col. 175.* & Reginald. *in praxi fori pœnit. lib. 30. & n. 69. & lib. 31. n. 357.*

Ampliatur hæc reſolutio non obſtantibus nuptijs intermedijs: quod ſit ſi quis contrahat matrimonium cum alio, vel cum alia poſt ſuſceptos filios; ſi tamen defuncto altero coniuge inter ſe concubinus, & concubina celebrent nuptias, filius antea ſuſceptus non obſtante matrimonio interpoſito, fit legitimus: ita Couar. *d. §. 2. n. 15.* Sayr *de cenſuris, lib. 6. c. 10. n. 19.* Petr. Gregor *in ſyntagm. iuris vniuerſi p. 2. lib. 10. cap. 4. n. 2.* Tiraq. *in l. boues § hoc ſermone, limit. 3. num. 8.* Cald. Pereira *de nominat. emphyt. q. 13. num 54.* Campanil. *d. rubrica 11. cap 13. num. 131.* & Bellet. *diſquiſit. cleric. part. 1. titulo, de diſciplina clericali, §. 3. num 10. verſ legitimantur.*

Item, quia ſic legitimus ſufficit, vt ſuccedat ex teſtamento, & quòd ſit capax tempore teſtamenti, & tempore mortis, & tempore aditæ hæreditatis: vt Inſtitut. *de hæred. qualit. & differ. §. in extraneis:* ergo præferendus eſt legitimatus per ſubſequens matrimonium, cùm hæc legitimatio ſit ex beneficio iuris: atque ob id eſt largiſſimè interpretanda vt *ff. de conſtitutionib. Princip. l. beneficium: & extra de donat. cap. cum dilectus in fine, & 16. q. 11, c. viſum.*

Accedit, legitimatus per ſequens matrimonium poſſe promoueri ad ſacros ordines, & eligi in Epiſcopos: Menoch. *conſ. 16. n. 5. & conſ. 799. n. 12. vol. 8.* Azor. *d. c. 13. q. 14. verſ præterea,* Valerius *ſupra lib. 30. n. 70.* Tiraq. *de primog. q. 34. num. 55.* Campanil *ſupra d. rubrica 11. c. 13. n. 117.* Atque ita filius naturalis primò natus ex concubina, debet præferri filio ſecundogenito, ſi mortua vxore prima, pater contrahat ſecundas nuptias cum concubina, & admittendum eſſe ad ſucceſſionem maioratuum: ita docent in ſpecie Tiraq. *eodem tractatu q. 34. à principio,* Molin. *de primog. lib. 5. cap. 11. num. 23.* ſed re benè conſiderata ipſi loquuntur in diuerſo caſu, quando ſcilicet legitimatus præfertur filiis ſecundis; qui nati ſunt ex eiſdem parentibus legitimo matrimonio iam coniunctis: non autem ex diuerſis matribus.

Dicendum nihilominus eſt filium ſecundo natum ex legitimo matrimonio præferendum eſſe filio naturali primò nato, facto tamen legitimo ex matrimonio poſtea ſubſecuto cum concubina: quæ ſententia eſt magis communis verior, & receptior: quia ſecundò natus, priùs habuit ius quæſitum ad prædictum maioratum conſequendum: quod ius non poteſt ab eo auferri: præſertim quia natus ex concubina non eſt verè legitimus à die natiuitatis, ſed à die, quo matrimonium fuit celebratum, & tunc habetur tanquam legitimus, ratione matrimonij per quandam retrotractionem, quæ in tertij præiudicium non debet, nec poteſt operari: vt *in l. 2. & 4. ff. de natalibus reſtituendis.* Vnde quamuis filius concubinæ poſt matrimonium ſit legitimus, quoad ſui commodum, non tamen erit talis in præiudicium illius filij, qui priùs ſine fictione aliqua fuit legitimus. Item quia quando qualitas in aliquo articulo temporis eſt neceſſaria, ſi illud tempus elapſum ſit, quamuis poſtea ſuperueniat, nihil prodeſt: per text. *in l. matrem, C. de probat. & in l. his verbis, §. interdum,* vbi Angel. *ff. de hæred. inſtituendis.* Quare cùm primogenium, & legitimitas, ſint qualitates requiſitæ ad ſuccedendum in maioratu, quæ debent concurrere tempore natiuitatis, ſequitur quòd nihil operantur; maximè cùm eo tempore ſucceſſio iam fuerit præoccupata à filio ſecundò legitimè nato, qui eo tempore eſt maior, & legitimus ſimul: ita Ioan. Roias *in epitome ſucceſſionis cap. 11. n. 16.* Molin. lib. 5.

lib.3 de primog.cap 5.Spin.*in suo speculo,gloss.*13.*n.*126. Ceuall.*in pract commun.contra commun.q.*606.*n.*25.*& seqq.*Barbos.*in cap.tanta,Qui filij sint legitimi,ex num.* 23.post alios *ibi* relatos.

11. Quæritur vndecimò, an primogenitus factus incapax propter delictum, possit restitui in præiudicium alterius? Respondet Afflictus *in cap.*1.§.*præterea si vasallus, in gloss.* 3. *num.*59.*in titulo:Quæ fuit* 1. *caus. benef.amittend.* cum distinctione: si filius restituatur munitum ad gratiam patre adhuc superstite; tunc cùm tempore mortis patris mediante restitutione capax inueniatur,succedere in feudo,& in maioratu, quem pater obtinebat; perinde ac si nunquam fuisset incapax. Contra verò, si filius restitutus sit defuncto iam patre,& ita postquam feudum, seu primogenium est delatum ad secundogenitum; in hoc euentu ait non admitti ad feudum, seu primogenium: quia hæc restitutio est in præiudicium secundogeniti,cui iam quæsitum fuit feudum.Idem tradit Gigas *in tract. de crimine læsæ maiestatis*, *lib.*2. *sub rubrica*, *de pœnis committentium crimen læsæ maiestatis*, *q.*20. *in fine*, vbi tradit has restitutiones non adimere ius tertio quæsitum: ita Gaitaula *num.* 58. post alios *in l.Gallus*, §. *& quid si tantum*, *ff de liberis & posthumis*, & *ibidem* Iason *num.* 63. Menoch. *cons.*105. *num* 25. *lib.*1. *& cons.* 275.*num.*42. Pelaez *de maioratu part.*1.*quæst.*2.*num.*62.*vers.& in testamenti actione.*

12. Huc accedit ambigere, propter quæ crimina primogenitus fiat inhabilis, vt nec ipse, nec filius illius possint succedere in maioria? Responsio sit, primogenitum commisso crimine læsæ maiestatis tam diuinæ, quàm humanæ, non succedere in maioratu, nec filium illius: sunt enim iure primogenituræ priuati tam masculi,quàm fœminæ: *cap.statutum*, *de hæreticis in* 6. *l.quisquis*, §.*filij*, *C. ad l. Iuliam Maiest.* *l.*2. *tit.* 13. *partita* 2. *in verbo, no auiendo echo cosa porque lo deuiesse perder*: & *ibi* Gregor. Lopez *l.* 2. *tit.* 2. *partita* 7. quod est speciale in his criminibus propter immanitatem, & grauitatem illorum:quod in specie obseruat Tiber.Decian.*in practica crimial. lib.*5. *cap.*45.*de filiis,num* 6. Rolandos *cons.*8. *ex num.* 43. *vol.*3. post alios *ibi* relatos ideò in his criminibus fiunt incapaces tam delinquentes, quàm eorum filij ad succedendum in Maioriis, & inhabilitas ad filios porrigitur.

An idem dicendum sit de crimine sodomiæ? pars affirmans probatur ex pragmatica Regum Catholicorum,quæ habetur *in l.vnic.*, *tit.*21.*lib.*8.*recopil.* vbi delictum sodomiæ æquiparatur crimini hæresis: nihilominus non reperitur iure expressum, quòd filij sodomitarum ita sint puniendi, sicut filij Reorum vtriusque læsæ maiestatis. Nec est eadem ratio in crimine sodomiæ, quæ apparet in prædictis aliis criminibus,& priuatio non habet locum nisi in casibus à iure expressis: vt vult Glossa, & communiter Scribentes *in cap.vltimo*, *de iure patronatus*, vbi dicitur priuationis pœnam non aliter imponi: Tiraquell. *in l. si vnquam*, *verbo,reuertatur*, *à num.*249.Nauar. *cons.*13.*num.*3. *sub titulo,de præbendis*, Cotta *in memorabilibus*, *verbo*, *pœna*, *pag.* 673. Roland.*cons.*86. *num.*22. *vol.*2. Gutier.*de iuram.confirmat part.*1.*cap.*1.*num.*63. *& in pract.lib.*2. *quæst.*65. *num.*11. Valasc.*de partitionibus,cap.*6.*num vltimo*: atqui non est cautum iure, quòd ad filios sodomitæ sicut ad filios hæretici extendatur pœna priuationis:ergo sequitur quod si hæc pœna imponatur,non intelligitur ipso iure: Anchar. *cons.*145.*num* 1. Rota apud Farinacium *decis.*8 *num* 2. *part.* 1. *recent.*& alij, quibus accedit P. Augustin.Barbosa *in d.cap. vltimo, de iure patronatus,num.*3. Idcirco cùm nullo iure constet filios Sodomitæ propter hoc crimen nulla affici infamia, aut aliqua succedendi incapacitate; dicendum est illos in maioratum posse succedere: ita Sanches *in præcepta decalogi lib.* 2. *cap.* 30. post Molinam, quem refert *ibi*, *num.*1.*lib.*4.*de primog.cap. vltimo num.*51.

Non obstante tamen decisione, quòd filij illius, qui commisit crimen hæresis, aut læsæ maiestatis, non sint capaces successionis maioratus,vt vult Pelaez *de maiorata*,2.*p.q.*4.*illat.*2.*num.*1.*& num* 9.rursùs expediri oportet,an ob hæresim possessoris,qui non instituit maioratum, priuentur illius filij, & nepotes via masculina, & filij via fœminea, maioria, seu maioratu, qui non habet iurisdictionem annexam, & his exclusis transferatur ad sequentes vocatos? Pro patre affirmatiua iouat, patrem hæreticum esse inhabilem ad succedendum in maioratum: *cap. vergentis, de hæreticis*, ibi: *Debent bonis temporalibus spoliari*: ergo & filij geniti ante, & post delictum: vnde filij etiam Catholici paterna hæreditate priuantur propter hæresim patris: Couar. *lib.*2. *variarum,cap.*8. *num.*2. *vers.primùm,an ob crimen*, Menoch. *de arbitrar. casu* 546. *num.* 11. Simanc.*de cathol. tit.*9. *à num.*4.*& tit.*29. *à num.*1. Iul.Clar.§.*hæresis,num.*12. *vers & scias.* Sanchez *vbi supra lib.*2.*cap.*27. *num.*15. *&* 16.*cum seqq.*

Item filij etiam orthodoxi priuantur legitima propter hæresim paternam,D.Barbos.*in l.*1.*p.*4.*n.*84. *&* 85. *ff. soluto matrim.* P. Rebell. *de obligat. iustitia, p.*2. *lib.*5. *q.*4. *num.*33. Cald.Pereira *in comment. ad l. vnicam, C. ex delictis defuncti. part.*5.*num.*10. Sanch. *d.lib.*2. *cap.*16. *à num.*25. *& cap.*27. *à num.*16. post alios,quos refert P.Augustin.Barbos.*in d.c.vergentis, num.*23. *&* 26. *de hæretic.* quin etiam filij priuantur alimentis propter hæresim paternam,& filiæ dotem non consequuntur:Cald.Pereira *d.part.*5.*num* 10.Rebell.*d.quæst.*4.*num* 32. vbi resoluit non teneri fiscum filiabus hæretici dotes præstare, sed potiùs dotes ab hæretico post casum in hæresim datas repeti per fiscum,quamuis filiæ dotandæ ante commissum crimen natæ sint:prout etiam vult Sanchez *in præcepta Decalogi,lib.*2.*cap.*16.*num.*23.ergo filij nequeunt succedere in maioratum, quia pater viuens tempore delationis est succedendi incapax.

Suffragatur Molin.*lib.*1.*de primog.cap.*13. *num.*12. & Molin.Theolog.*tom.*3.*de iustitia,p.*1. *disp.*620. *n.*4. per hæc verba, ibi: *si talis est infamia, quæ infamem reddat successionis incapacem, priuatur infamis successione maioratus: sicut alia quacunque successione. Quod in infamia ex crimine læsæ maiestatis diuinæ, vel humanæ, prouenienti, & similibus delictis obseruandum erit.* Ex quibus verbis ostenditur per vtrumque Molinam, non succedere scilicet filios horum: & eam expressè tenet Meres *de maioratu in* 1. *editione part.*2. *quæst.*4. *illatione* 2. *num.*1.*&* 3. quod limitat *num.* 6. videlicet si filij sint concepti post parentis delictum.

Contraria tamen pars, quæ tenet hos filios, siue natos ante, siue post hæresim paternam non deiici, à successione maioratus iurisdictione carentis, est verior. Vnde maioratus propter delictum possessoris,qui eius primus institutor non est,confiscari non potest,vt per Simanc. *de catholicis instit.tit.*9. *à num.* 252. Quantera *in suis quæst. criminalibus*, *tit. de quæstionibus tangentibus punitionem delictorum*, *cap.* 1. *à num.*51.Azor.*instit.moral part.*1.*lib.*8.*cap.*12. *quæst.*13. & Sanch. *d lib.*2. *cap.*18. nec etiam ipsius maioratus fructus durante vita possessoris confiscantur, sed statim cum ipso maioratu ad sequentem vocatum deferuntur:prout volunt Clarus § *final q.*78. *num.*10. Menoch *cons.*104.*num.*42 Sanchez *d.lib.* .*c.*18. *n.*15. & nouissime Mendes à Castro *in praxi Lusitana lib* 1.*cap.*2.*num.*11.

Fundamen

Fundamentum esse potest, quia Maioratu erecto, tot donationes factæ sunt, quot eatant in perpetuum vocati, perinde acsi quælibet specificè, ac nominatim factæ essent: atque ita quilibet vocatus adipiscitur dominium in eodem articulo temporis, ac puncto, quo appropinquat dies vocationis, & hoc idem ex persona propria excluso de medio successore præcedenti, non tamen ex iure ab eodem transfuso in semetipsum: vt docet Molin. Theolog. *tom. 3. de Iustitia, part. 1. disput. 577. num. 3.* post Bart. *d. 1. §. si nepotes, paulò post principium, ff. de collatione dotis*, Manrica *de coniecturis vltimar. volunt. lib. 8. titul. 18. num. 45.* Vasquez 1. *2. quæst. 96. art. 5. disput. 169. n. 31.* quod procedit non solùm in natis tempore institutionis, sed etiam in nasci turis: vt docet Molin. *lib. 1. de primog. cap. 1. num. 18.*

Quare cùm in similibus successionibus non veniant successores, provt ex nune, sed provt ex tunc, hoc est à principio fundationis; vt vult Tiraquell. *de primog. quæst. 40. num. 99.* Paris. *consf. 23. num. 131. lib. 1.* nullum parentis crimen potest successionem impedire: per text. *in l. 3. ff. de interdictis, & relegatis*, vbi probatur, publicatis parentis bonis, filium amittere tantùm bona, quæ à patre procedunt: quæ autem non à patre, sed à genere tribountur, ea manere penes filios: fauent, quæ tradunt Aluarot. & Iacob. Ardiso; quorum meminit Curt. Ion. *de feudis, part. 5 concl. 1. limitat. 1. num 3. verf. quod quidem*, dicentium, quando verba inuestituræ feudi ita se habent, vt in persona vniuscuiusque videatur esse suo modo concessio noua, vel vt omnes descendentes videantur esse primi conditoris successores, crimen vnius non præiudicat alteri, & ex consequenti non impedit propter quodcunque parentis delictum successionem in Maioratum.

Ex dictis paulò antè, Maioratum, qui propter crimen possessoris, qui eius primus conditor non est, confiscari non posse, vt ex aliquorum sententia traditum est, locum habet quando Maioratos clausulam habuerit in institutione, *vt bona procedente, ante delictum patratum, maioria deferatur ad sequentem successorem*, quæ clausula apponi potest in huiusmodi institutione, ac valida est, nec propterea censebitur apposita in fraudem fisci, quamuis in vita criminosi fiscus priuetur commoditate Maioratus: Greg. Lopez *l. 6. verbo, que la no pudiese, tit. 11. partita 6.* Molin. *de primog lib. 2. cap. 12 num 56. & lib. 4. c. vltimo, n. 16.* D. Barbosa *in l. si ab hostibus, §. final. num. 21. ff. solut. matrim.* Cabed. Lusit. *part. 1. decis. 96.* Sanchez *in præcepta Decalogi, lib. 2. cap. 18. num. 25. & cap. 30. n. 4.* Gutter. *pract. lib. 2. quæst. 66.* & Peregrin. *de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 103.*

Porrò si non apponatur prædicta clausula, esto Maioratus confiscari non possit, quod est probabile, nec ipsius Maioratus fructus vita possessoris durante publicari: Contrarium est probabilius durante scilicet vita possessoris fructuum commoditates ad fiscum pertinere: ita Molin. *de primog lib. 1. c. 20. n. 9. & lib. 4. cap. final. num. 11.* sequitur Molin. Theolog. *de Iustitia, tract. 2. disp. 470. verf. id præterea, & disp. 656. num. 6.* Baiard. ad Clarum *§ final. quæst. 78. num. 29.* Peregrin. *de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 101.* Sayro *in claui Regia, lib. 9. cap. 7. num. 7. in fine.* Ratio, quia vsusfructus applicatur fisco, & computatur inter bona delinquentis, cuius bona confiscata sunt, & mortuo delinquente, regreditur vsusfructus ad proprietatium: & interindum vinit tota commoditas pertinet ad fiscum: sic ipse post Gomesium *tom. 2. variar. cap. 15. num. 16.* & alios quos ibi referens sequitur.

Sed quid dicendum de Maioratu habente iurisdictionem annexam, nunquid filij ob crimen hæresis patetuæ fiect inhabiles ad huiusmodi Maioratum? Pattita est quæstio: quæ negat esse capaces, ostenditur, quòd huiusmodi Maioratus sapiant Dignitates: at infames quales sunt filij hæreticorum, dignitatum sunt incapaces; vt notat Bartol. *in l. 2. C. de dignitatibus, num. 1. lib. 12. & l. 1. C. de infamibus, lib. 10.* item idem constat *ex l. Regia 3. tit. 3. lib. 8. noua recopil.* vbi de filiis, & nepotibus hæreticorum via masculina, & filiis via fœminea dicitur: *No pueden ser ni sean de nuestro consejo, ni tener officio publico, ni real*: ac constat dignitates esse Comitatus, Ducatos, & Marchionatus: ergo filij reorum vtriusque læsæ Maiestatis, nequeunt habere Maioratum habentem annexam iurisdictionem: nam iurisdictio non inhæret territorio, sed personæ eam habenti; eiúsque dignitati: cùm ergo iurisdictio non inhæreat bonis Maioratus, non dicitur transferri accessoriè, cùm bonis: atque ita esto, iurisdictio esset bonis accessoria, ex capacitate bonorum non deducitur capacitas iurisdictionis.

Quæ tamen affirmat filios horum reorum (quamuis nati sint ante, & post hæc crimina paterna) esse capaces succedendi in Maioratum habentem iurisdictionem, est probabilior. Non enim filij hæreticorum sunt infames, secundùm veriorem, vt tradit Sanchez *d. lib. 2. cap. 28. num. 5.* quia nullo iote hæc infamia est statuta: & pœnæ, quæ filiis innocentibus propter delicta parentum inferuntur, sunt odiosæ; & à regulis iuris communis exorbitant: ideò non sunt ampliandæ vltra casus expressos: & ea consequenter non est, cur à Maioratu habente iurisdictionem, repellantur. Item, quia certi iuris est principale ad se pertrahere accessorium; *regula, accessorium 42. de regul. iuris, in 6.* sed quoties quis est capax principalis, in consequentiam fit capax accessorij: argumento iuris patronatus, quod principaliter vendi non potest; Vendita tamen bonorum vniuersitate, cui annexum est, transfertur in consequentiam cum illa: vt dicitur *in cap. ex literis, de iure patronatus*: conformi Molin. *lib. 1. de primog. cap. 13. num. 14.* Cùm ergo iurisdictio annexa Maioratui non veniat principaliter, sed in consequentiam successionis; vt notat Abbas, *consf. 47. num. 2. verf. ad idem facit, vol. 1.* & Boër. *decis. 24. num. 35.* bene potest exerceri à possidente Maioratum; sicut exercetur à fœmina, quæ iudicandi, & cuiusvis muneris publici est incapax: *l. 2. ff. de regul. iuris*, quæ nihilominus capax est illorum, quando iurisdictio venit ad illam in consequentiam successionis, & accessoriè: atque ita si Regnum assequatur, regia iurisdictione fungetur: ita Iacobin. de S. Georgio *in l cum prætor, § iudicem dare, num. 6. verf. aduerte tamen, ff. de iudiciis*, & Angel. *ibidem, §. non autem, num. 2.* & Cagnolus *l. 2. num. 4. ff. de regul. iuris.*

Ad argumenta contrariæ partis dicendum est primò, legem illam intelligi, quando esse Regium Consiliarium conceditor per se; secùs quando accessoriè: & ad confirmationem respondet Menoch. *consf. 805. num. 69. & consf. 808. num. 73. & 74. vol. 9.* non esse abs re, quòd multo faciliùs excludatur aliquis ab officiis, & dignitatibus ab ipsa Republica ereatis, & erectis, cùm sint bona ipsius Reipub. vt conferantur suis membris; quàm excluditur à iurisdictione adiuncta bonis particularium; quæ cùm non sint Principis, non possunt ita facilè amoueri: quamobrem nati hæreticorum filij etiam post hæresim censentur capaces horum Maioratuum, siue in testamento, siue in contractu instituotorum: Menoch. *d. consf. 808. & num. 9. vsque in finem*; eo quòd dignitas illa sit accessoria: & *num. 39. & 40. & 41.* addit hoc præsertim procedere, quando ante paternam hæresim sunt concepti: ideò idem apertè videtur tenere de postea genitis.

Idem dicendum est de filiis reorum læsæ Maiestatis humanæ, & de nepotibus via masculina, & de filiis via fœminea, esse scilicet capaces succedendi in Maioratum institutum, siue in testamento, siue in contractu, etiam quando iurisdictionem habuerit cum titulo quocunque Comitatus, Marchionatus, & Ducatus; siue filij concepti fuerint ante, siue post crimen paternum. Quæ resolutio procedit non obstante incapacitate succedendi ex testamento. Ratio, quia esto sint infames; hæc infamia excludit à Dignitatibus, quæ primariò & principaliter per se tribuuntur, non autem quæ veniunt accessoriè: Anton. Gomes. *l.45. Tauri, num.112. ad finem, vers. sextò, pro hac mea sententia*, vbi vult dignitatem etiam Regalem, & cuiuscunque Maioratus, ipsámque iurisdictionem, quæ veniunt iure successionis, transferri in omninò incapaces: sequitur Lucas de Penna *l.1. col.1. post medium, C. de reis postulatis, lib.10.* quatenus tradit infames, sicut à successione paterna ad alia bona non excluduntur, ita etiam nec expellendos à Regni successione: fauet Molin. *lib.1. de primog. cap.13. à num.13.* vbi probat infames non priuari successione in Maioratum, quantumcunque dignitatem annexam habeat: idem repetit *lib.4. cap. vltimo à num.15. vsque ad num.54.* vbi in hanc partem subdubius inclinat: Menoch. tamen *d. conf.805. à n.3. vsque in finem, vol.9.* idem sine dubio aliquo tradit.

Cæterùm quando primus Maioratus conditor propter crimen læsæ Maiestatis damnatus fuerit, siue Maioratus habeat iurisdictionem, siue non, & fuerit institutus in vltima aliqua voluntate; filij, siue concepti ante, siue post illud crimen parentis, nullo modo succedent: quia in eo casu confiscatur in perpetuum ob subsequens institutoris crimen, & fiscus ea bona, cùm non sint vlli obligata, auferens, nemini præiudicat: ita Molin. *de primog lib.4. c.vltimo, n.20. & 21.* Sanchez *in præcepta Decalogi, lib.2. c.18. n.63.* Eodem modo non succedent filij, quando Maioratus fuit erectus in quocunque contractu irreuocabili post hæc delicta parentis, eò quia simili modo confiscatur in perpetuum exclusa tota posteritate, facta delicti declaratione. Nam à die commissi criminis erant bona fisco obligata, & huic iuri quæsito non potest nocere institutor: ita Vasquez *1. 2. quæst. 96. art.5. disp.169. num.39.*

Contra verò, si hic Maioratus instituatur ante crimen institutoris ab ipso institutore, & in contractu inter viuos irreuocabili, aut reuocabili; & quando reuocabili, non fuerit reuocatus ante condemnationem parentis, non excluduntur filij à successione in illum, siue concepti fuerint ante ea crimina, siue post; & siue Maioratus habeat annexam quamcunque iurisdictionem, siue dignitatem, siue non: semper enim filij succedent, prout dictum est, eos succedere in Maioratus omnes ab aliis institutos; quia non confiscantur in perpetuum, vt tanquam verius tradit Sanchez *d.c.18. num.66.* eò quia is contractus, cùm fuerit perfectus ac validus, quamuis reuocabilis, superstite institutore, successores ius fuerunt consequuti: quod ius, quia est personale, non transit in fiscum: quare ob subsequens delictum institutoris non confiscabitur: ita Molin. *de primog. lib.4. c.vltim. n.23.* & alter Molina *eodem titulo, disp.659. num. vltimo*, quos referens sequitur Sanchez *suprà, d.c.18. num.66. & c.30. num.14. ad finem*, qui omninò est videndus.

13. Quæritur duodecimò, an dicatur primogenitus, qui in primogeniti locum subrogatur? Dico primò, primogenitum dici, qui natus est primo loco: Item primogenitus is dicitur, qui tempore aduenientis casus reperitur: Similiter ille dicitur, qui cùm secundò natus esset, mortuo primo eius locum est ingressus: vt scribunt Alciat. *in l. proximus, de verborum significatione*, & Guillelmus Benedictus *in c. Raynutius, in verbo, in eodem testamento relinquens primo, num.156. de testamentis*, Menoch. *in conf.97. col.1.2. & 3. & conf.220. num.58.* vbi ait non vocari propriè primogenitum, qui ingreditur primogeniti locum, sed re vera gaudet primigenituræ prærogatiua, quando id contingit vel tempore mortis testatoris, vel tempore delatæ successionis: idem Menoch. *n.101. & 125. & conf.269. num.19.*

Dico secundò, ex dictis dici primogenitum, qui in primogeniti locum subrogatur, vt probat Andreas de Ysernia *in cap.1. §. præterea, col. penult. vers. sed quia ponitur, quæ sit prima causa benefic. amittend.* & alij relati per Tiraquell. *in tractat. de primog. quæst.3. num.6. cum seqq. & quæst.40. num.44.* Menoch. *conf.97. num.9. cum seqq. lib.1.*

Ea enim est virtus subrogationis, vt res subrogata dicatur eadem cum prima: ita Cephal. qui plura refert *in conf.58. num.32. lib.1.* Card. Mantica *de coniectur. ment. defunct. lib.6. tit.12. num.6.* atque ita subrogatus regulariter sapit naturam illius in cuius locum subrogatur: *l. vnica, §. vt plenius, C. de rei vxoriæ actione, l. ita constante, l. res in dotem data, l. ex pecunia, ff. de iure dotium.* Vnde si ciuitati destructæ alij ciues subrogentur, fruentur priuilegiis concessis ciuibus illius ciuitatis, secundùm Rebuff. *in concordantiis in rubrica, de Regia ad prælaturas nom. in vers. & Perusinus*, vbi ex eodem Perusino *in c. cum persona, de priuilegiis, in 6.* docet, quòd quando Ecclesia gaudet exemptione, & translata est in alium locum, adhuc gaudet exemptione.

Hinc fit, vt Iudex Ecclesiasticus subrogatus in locum Iudicis sæcularis debeat procedere eodem modo, quo sæcularis: ita Abbas *in cap. cum Ecclesia sancta Maria, num.31. de constitutionibus*, & Rebuff. *in tract. de nominat. n.25.* Quintill. Mandos. *conf.65. n.16.* Item terra ex cuius pascuis, seu herbis decima soluebatur, si redigatur ad fertilitatem frugum, de fructibus deberi decimam tradit Anchar. *conf.404. n.15.*

Similiter res permutatæ cum rebus liberis gaudent eadem libertate, Gutier. *conf.5. num.21.* Fauet *l.12. tit.4. lib.3. fori*, dicens fundum emptum ex pecunia facta ex venditione cuiusdam fundi pertinentem ad alterum coniugem, non fieri communem, sed fieri proprium illius, cuius fundus fuerat: ita Chassaneus *in consuetudines Burgundiæ, rubric.4. §.2. num.10.* Nec non domus hypothecata, si destruatur per combustionem vsque ad fundamentum, & in area domus altera erigatur, hypothecata manet: *l. final.* vbi Bart. *ff. de pignoribus, l. Paulus, §. domus, ff. eodem*, siue ædificetur per debitorem, siue per alium tertium: iuuat Afflict. *decis.83. num.12. & decis.392. num.12.* Garcias *de expensis, cap.15. num.17.* Quare res subrogatæ in locum aliarum manent eiusdem conditionis, quando subrogatio fit per corpora eiusdem speciei; quia idem ædificium, & domus dicitur, & eadem res: Menoch. *in conf.390. num.10. cum seqq. lib.4.* Proinde subrogatio in locum aliarum rerum facta, quæ erant vinculatæ ex principis facultate, manent similiter vinculatæ, si subrogatio fiat per corpora eiusdem speciei ab habente potestatem faciendi subrogationem; nam in quolibet actu, quem quis vult facere, non solum voluntas, sed etiam potestas exigitur: *l. cum te,* vbi Bald. *C. de donat. ante nuptias, c. cum super, de officio delegati*, vt per Socin. *regula 30. vers.3.* Couarr. *in c. cum esses, de testamentis, n.7. & lib.3. variar. c.6. n.9.* Menoch. *conf.1. n.259. & de præsumpt. lib.1. præsumpt.80. n.11.* idem Menoch. *conf.75. n.34. conf.158. num.30.* vbi addit, ad omnes actus humanos tria requiri, vt conficiantur & consistant; nempe conficientis voluntatem, eiusdem potestatem, ac tertiò causam honestam, & iustam.

Quæritur

14. Quæritor decimotertiò, an primogeniti dicantur proximiores, qui repetiuntur tempore mortis, an tempore existentis conditioois? Dico primò, proximiorem tempore testameoti præferendum aliis existentibus tempore conditioois eueoiennis, secondùm Bald. *in l. prædia, n.4. C. de fideicomm.* Cephal. *cons.*318. *lib.*2. Socin. iun. *in cons.*172. *n.*30. *lib.*2. Nihilominus cùm in soccessione ex testamento sit considerandum tempus cooditioois existentis, ad effectom, vt quis proximior dicator; secùs in successione ab intestato: vt tradunt Decius *cons.*217. *in fine*, Paris. *cons.*36. *n.*10. *lib.*2. Iason *cons.*159. *n.*3. *lib.*4. quos seqoitur Menoch. *cons.*211. *n.*94. *lib.*3. ideòtè tempus euentus conditionis debet attendi, & sic inspicitur, quis tunc sit ex proximioribus, & descendentibus: atque ita in specie vltra præcitatos censuerunt alij, quos sequitur Menoch. *ibi*, nisi ex verbis testatoris contrariũ appareat.

15. Quæritor decimoquartò, an quando Titius, qoi renontiauit primogenio in fauorem Sempronij, si ille moriatur priùs, possit Titius reassumere illud? Ex dicendis, quid agendum sit ostenditur, argumento renontiantis beneficiom sioplicier: is namque non potest absque noua collatione redire: ita Paris. *in c. cum venerabilis, n.*42. *de exceptionibus*, & est communis opinio: extinctus eoim fuit titulus, quem habebat per renuotiationem; quare nouus requiritur: vt probat idem Paris. *in eo loco, n.*44. *vers. non propterea.* Idem tenet Gloss. *in c. quod, De stat. Monach.* & Nauar. *in c. acceptas, num.*31. *oppos.*7. *de restitutione spoliatorum.*

Item renuncians sine Superiore beneficium, non potest sine Superiore ad illud redire: Gloss. *in d. cap. quod*, & Naoarr. *vbi proximè, oppos.*7. *num.* 25. 28. & 31. *in d. c. accepta.*

His positis dicendum est, renunciantem primogenituram, non debere renunciare, nec posse ad libitum in fauorem cuiuscunque; sed in fauorem sequentis in gradu, hoc est in filium, vel alium, qoi vocatus est ex dispositione testamentaria, aut ex contractu, aut beneficio Principis: ex traditis à Gamma *in decis.*338. *n.*8. & à Cald. Pereira *de renouatione emphyteusis, q.*13. *n.*4. & 5. argumento feudi prohibiti alienari, quod potest tamen alienari in personas coniunctas, ad quas post mortem alienantis, feudum venire debet: vt dicitur *in l. pater, §. quindecim, ff. de legat.*3. *l. final. C. de fideicommiss. cap.*1. *de alienat. feudi.*

Hinc sequitur, si primogenitus habeat filios, non posse renuntiare primogenituram in filiorum præiudicium, prout volunt Bald. *in cons.* 389. *Consuetudo est in nonnullis*, *vers.*16. *lib.*2. Præpositus *in c.*1. *de feudo March.* Menoch. *in cons.*211. *num.*15. & *n.*40. *lib.*3. post Bart. *in l. liberorum, col.*4. *n.* 12. *vers. his præmissis, ff. de verb. signif.* & Decium *cons.*597. *num.*8.

Cæterùm, si contingat primogeoitum renunciare, cùm non habeat filios, in fauorem secondogeniti; & secondogeoitos præmoriatur, potest primogenitus reassumere ius primogenituræ: probatur *ex l.*1. *si vnl. de eo, qui finem facit agnat.* & *ibi* Bald. & *in l.*1. *quæst.*50. *ff. de rerum diuisione*, Tiraquell. *lib.*1. *de retract.* §.1. *gloss.*9. *num.* 44. in quo euentu primogenitus reassumit primogeoituram, vt agnatus.

Nec obstat *cap. si de terra, de priuilegiis*, vbi dicitor liberum esse vnicuique iuri suo renunciare: qood tradunt etiam Scribentes *in l. si iudex* 42. *ff. de minoribus*, Tiraquell. *de iure primog. quæst.*24. *à n.*4. Azor. *instit. moral. part.*1. *lib.*5. *c.*22. *quæst.*10. & P. Soar. *de legibus, lib.*8. *c.*33. Quia id intelligitur, posse renunciare sine præiudicio tertij; quare si secundogenitus in cuius fauorem primogenitus renunciauit præmoriatur relictu filio, primogenitus noo reassumet Maioratum: item si primogenitus fuerit minor non poterit renunciare ius primogenituræ sine decreto Iudicis, cum causæ cognitiooe, & auctoritate tutoris, vel curatoris: prout vult Iason *in cons.*207. *num.* 2. *vers. item licet Imperator, lib.*4.

---

§. II.

De cæteris prærogatiuis, & excellentiis, quæ competunt primogenitis.

EPITOME.

1 *Pater regulariter nequit auferre à filio suo iura primogenituræ antiquitus constituta.*

2 *Princeps præsumitur noluisse nocere illis, qui spem habent succedendi in Maioratum, seu feudum.*

3 *Præeminentia ex primogenitura non expirat cum persona ipsius primogeniti, sed remanet cum successore in primogenitura.*

4 *Pater an possit ius primogenituræ transferre in filium secundogenitum, præsertim ex causa furoris, aut ob inobedientiam primogeniti?*

5 *Primogeniti furiosi filius an excludatur, si fuerit sanæ mentis?*

6 *Primogenitus an possit à Principe, vel à Rege, vel à Summo Pontifice suo iure priuari?*

7 *Primogenituræ ius an competat primogenito filio Imperatoris?*

8 *Imperium olim quærebatur successione: hisce temporibus aliter fit, per electionem scilicet.*

9 *Electores Imperij quot sunt, & Imperator ante coronationem an administret, & an Electores possint eligere ex se vnum, ipsisque an sit præfixum tempus eligendi?*

10 *Primogenitus si factus sit Monachus, vel Canonicus regularis, an ad Regni administrationem admittatur?*

11 *Primogenium factum eodem tempore in filium maiorem, & aliud in filium minorem, quodnam ex istis præualebit?*

12 *Primogenium factum in duobus filiis pro indiuiso, altero vita functo, an ad alium sibi coniunctum, vel ad alios filios deuenire debeat primogenium? Et quid si vnum ex filiis postea exhæredauit?*

13 *Primogenitura an debeatur filio maiori etiam nato in infidelitate, & postea nascatur alter post conuersionem patris?*

14 *Primogenium factum in filium maiorem natu, & in eius descendentes; & in eius defectum in alium filium secundogenitum, & in eius descendentes; an ipsis omnibus deficientibus expiret primogenium, an verò deueniat ad fratrem illud constituentis?*

15 *Primogenitus natus ex parentibus consanguineis conceptus antequam Pontifex dispenset, an præferatur natus post dispensationem, si tenor primogenij exigat, quod sit conceptus, & natus ex legitimo matrimonio?*

16 *Primogenitus multorum naturalium, qui sunt legitimati, nullo legitimo existente, an ius primogenituræ obtineat?*

17 *Primogenitus si priuetur iure primogenituræ an retineat legitimam suam?*

18 *Quid si vir, & vxor maioriam instituant, in qua succedant filij vtriusque, & in defectum filiorum, & descendentium consanguinei proximiores.*

QVæritur primò, an pater possit auferre filio suo iura primogenituræ aotiquitus coostitutæ? Responsio est oegatiua. Ratio, quia primogenito ipsi ios est qoæsitum absque facto ipsius patris; ita Alex. *in cons.* 87. *col.*1. *lib.* 6. post Oldrad. *in cons.* 94. *col.*4. & Ioaon. Andream *in c. licet, de voto*, seqoitur Tiraq. *in tract. de iure primogenij, quæst.*21. vbi *num.*4. receoset 1.
Oldradum

Oldradum *vbi proximè*, idem respondet Natta *in cons. 505. col. vltima, lib. 3.*

Sed contra ostenditur *Gen. 48.* vbi Iacob dedit Iosepho ius Primogenituræ, dicens: *do tibi partem vnam extra fratres tuos, quam tuli de manu Amorrhæi in gladio, & arcu meo.* Et constat Ruben fuisse primogenitum; Sic enim dixit Iacob, *Gen. 49. in principio: Ruben primogenitus meus: tu fortitudo mea, & principium doloris mei: prior in donis, maior in Imperio.* Idem probatur ex historia Dauidis, qui plures habuit filios, & primogenitus fuit Amon ex Achinoë, & Salomon, fuit quartus ex Bersabee filius; primus namque fuit Simaa, secundus Sabau, Natan tertius, & Salomon quartus, minimus tamen filiorum Dauid, illique successit in Regno ex dispositione ipsius, vt habetur *3. Regum, cap. 1.*

Nihilominus Ioseph fuit Præpositus Ruben ex causa, quia Ruben ascenderat cubile patris sui, & violauerat thorum illius, vt habetur *Gen. 49.* vbi Iacob ad Ruben, sic affatus est: *Non crescas, quia ascendisti cubile patris tui, & maculasti stratum eius:* Quæ ratio ab Oldrad. assignatur *cons. 94. col. pen.* satis sufficiens ad exhæredandum filium, *§. causas, in Authent. vt cum de appell. cognosc.* Gl. *in c. Quintanallus, de iureiur.*

Ad Constitutionem Regis Salomonis, quem prætulit Dauid cæteris filiis, cùm esset minimus, dicendum est; id factum fuisse instinctu Spiritus sancti. Probatur *ex 3. Regum, c. 1.* vbi Dauid ad Bersabee sic ait: *Viuat Dominus, qui eruit animam meam de omni angustia: quia sicut iuraui tibi per Dominum Deum Israel dicens: Salomon filius tuus regnabit post me, & ipse sedebit suprà solium meum pro me, sic faciam hodie.* Per quæ verba, *per Dominum*, ostenditur rem factam esse diuina iussione, vt notat frater Ioann. Ennius *in commento Philonis, in breuiario temporum, cap. 11. pag. 11. in fine*, in cuius confirmationem adducitur text. *Paralipomenon, c. 27.* quando Dauid morti iam vicinus affatus est Principes in hunc modum: *Dominus elegit Salomonem filium meum, vt sederet super solium meum, & dixit mihi. Ego firmabo Regnum eius in æternum, si perseuerauerit custodire legem meam.*

Quare resolutio sit, non esse in arbitrio Patris priuare Primogenitum iure primogenituræ, nisi ex causa, non quacunque, sed digna exhæredatione; & nisi etiam non esset idoneus administrando Regno: tunc enim potest pater primogenito, secundogenitum anteponere, quia consuetudo præferens primogenitum non est interpretanda aduersus commoditatem Regni: per *l. quod fauore, ff. de legibus*, exemplo Dauid Regis, qui Salomonem omnium filiorum nouissimum, omnibus tamen antetulit, vt scribitur *3. Regum 1.* Sequitur Matt. Laud. *in tract. de Principibus, vers. vigesimasecunda consuetudo Regni*, & Gasp. Valasc. Lusit. vir doctrina insignis *in repet. l. Imperium, col. 24. vers. & Reges dicuntur*, & rursus *col. 84. vers. circa secundam conclusionem, ff. de iurisdictione omnium iudicum*, & Ioann. Lup. *in repet. cap. per vestras, § 26. col. 3. de donat. inter vir. & vxor.*

Vtrùm autem ingratus eo ipso, quòd talis sit, possit priuari iure primogenituræ per patrem? Respondetur non omnem ingratitudinem esse sufficientem, vt ait Bald. *in l. fratres, col. 11. in quarto notabili, C. de inoffic. testam.* sed, quæ digna est exhæredatione. Nam inobediens patri dicitur ingratus largo modo: aliàs esset ad arbitrium patris exhæredare, & filium priuare iure primogenituræ quando vellet præcipiendo rem arduam, & valde difficilem: pro quo est bonus text. *in l. si quis sub conditione, & l. conditiones, 1. & 2. & l. filius*, cum similibus *ff. de condit. instit.* item, quia pœna priuationis nunquam est à iudice imponenda, nisi reperiatur expressum in iure, per Gloss. singul. *in c. final. de iure patron.* Ergo per solam inobedientiam non potest pater priuare filium suo iure primogenituræ. Erubescimus enim sine iure loqui: atque ita cùm hoc non sit cautum in iure, & res sit dubia, in dubiis benigniorem partem tenere debemus: *l. benignius, ff. de legibus.*

Quæritur secundò, an Princeps in dubio præsumatur velle officere illi, qui habet spem succedendi in Maioratu, seu feudo? Respondetur negatiue. Imo præsumptio est nolle illi nocere: ita Aret. *cons. 7. col. 2. vers. præterea*, quem sequitur Socin. iun. *in cons. 95. n. 34. lib. 3.* & Cagnol. *in l. vlt. n. 184. C. de pactis.* Nam spes obtinendi primogenituram, est in magna consideratione: Tiraq. *de primog. quæst. 40. n. 96. & 97.* sicut dicitur esse considerabilis spes succedendi in fideicommissis: Alex. *in cons. 61. n. 6. vers. hoc expressius, lib. 1.* Nec non spes succedendi in feudo; vt respondet Cagnolus *vbi suprà, in d. l. vltim. n. 184.* & Ruyn. *in cons. 3. n. 31. & in cons. 36. n. 16. lib. 1.* Hæc autem spes succedendi in primogenio est in filio primogenito, patre viuente firma, & certa, & immutabilis, quam non potest pater, vel alius primogenito filio inuito sine causa tollere: Tiraq. *de primog. q. 21. ex n. 1.* quia hoc firmatum videtur iure diuino, Canonico, & Statutario: argumento *l. nemo potest, ff. de legat. 1. & c. si diligenti, de foro competenti, c. requisisti, in fine primi respons. & c. sua, de testamentis*, sequitur Oldr. *cons. 94. col. 3.* & iterum *col pen. vers. quod pater ex causa*: quasi sine causa nequeat pater priuare filium spe sua certa succedendi: Tiraq. *d. quæst. 21. num. 4. & q. 40. n. 96. & 97.* 2.

Non esse spem succedendi in filio viuente patre, neque legitimam, neque vllo modo considerabilem, ostenditur per *l. post emancipationem*, ibi, *id enim: & ibi*, Bart. *ff. de liber. legat. & l. vltima, in verbo, acerbissima spe, & ibi* idem Bart. *in 1. oppos.* & iterum *in vlt. quæst. C. de pact.* eò quia patre superstite filius nulla bona habere dicitur, atque ita hanc spem esse omninò inanem asserunt alij plurimi, inter quos Specul. tit. *de execut. sentent. §. sequitur, vers. quid si filiusfamilias.* Bart. *in Authent. si qua mulier, col. vlt. vers. quare quando filij, C. de sacros. Eccles.* Quòd si dicas propositionem hanc esse veram: viuente patre, filius potest succedere patri: tamen ista potentia ferè nihil est: Tiraq. *de primog. q. 40. n. 220.* Consonat Molin. *de primog. lib. 1. c. 13. n. 33.* vbi ex Platone vocat spem futuræ hæreditatis, somnium vigilantium: prout refert etiam Iacob. Philippus Portius *cons. 23. n. 46.* Ideò cùm spes non est probabilis, ratio illius non est habenda: eamque auferre posse Principem responderunt Decius *cons. 169. n. 7. & cons. 390. n. 11.* Gozad. *cons. 9. n. 39.* & Crauet. *cons. 135. n. 7.* quos intelligit Menoch. *cons. 20. num. 39. lib. 1.* quando spes successionis non est probabilis; aliàs secùs.

Quamobrem indistinctè dicendum est tanquam verius spem succedendi in fideicommissis esse considerabilem, vt tradit Alex. *cons. 61. n. 6. lib. 1.* Et idem in primogenitura scribit Menoch. *cons. 211. n. 98. lib. 3.* qui ex aliquibus quorum meminit, idem tradit in feudi successione Matienso *in l. 7. tit. 8. lib. 5. recopil. gloss. 3. n. 17.* Couarr. *lib. 3. resolut. c. 5.* & in successione primogenituræ idem vult Carol. Ruyn. *in l. Gallus §. sic ius, n. 71. ff. de liber. & posth.* & hanc spem succedendi esse valde considerandam scribit ex pluribus Curt. sen. *in cons. 16. d. n. 26.* atque ita de spe certa iudicandum est, sicut de præsenti resoluit Ant. de Quesada *lib. pract. quæstion. c. 6. n. 30.* nam vbi primum filius editus est in lucem, occupat ius prioritatis, & in eo fundatur primogenitura iure naturæ: sequitur Tiraq. *d. quæst. 40. n. 200.* vbi tradit spem succedendi in primogenitura non posse à patre, nec à Principe auferri: & hoc confirmat ex doctrina Anchar. *in cons. 339.* incipit, *Pro maiori, in secundo dubio, num. 5.* decidentis, quod in bonis in quibus pater est grauatus onera fideicommissi,

fideicommiſſi, & primogenituræ, non habere poteſtatem diſponendi in præiudicium ſequentium.

Quod procedit ex eo, quòd nemo poteſt diſponere de iure tertij eo inconſulto; quamuis ius ſpe quæſitū ſit duntaxat; modo ſit ſpes iuridica, ſeu probabilis, prout vult Peregr. *in tract. de fideicomm. art. 52. n. 16. & n. 35.* Præpoſ. *in titulo, ſi de feud. fuerit controu. c. Titius filios, n. 3. in fine.* Idem dicendum eſt quando conſanguineus habet ſpem ſuccedendi ab inteſtato: dicitur enim habere ſpem probabilem ſuccedendi, & multo fortius habebit ſpem, qui ex teſtamento, & diſpoſitione teſtantis eſt vocatus ad Maioratum: fauet *l. & quia plerunque, ff. pro ſocio,* ibi: *Quaſi debita nobis hereditas obueniat.* Item dicitur ſpes bona, quæ exiſtit ſuprà aliquod fundamentum, vt notat Bart. & alij *in l. quod ſeruus, ff. de condictione ob cauſam:* ſicut ius quæſitum vocatur quando ſucceſſio tolli non poteſt: Menoch. *conſ. 181. num. 50. lib. 2.*

Nec eſt dubium ſpem ſuccedendi in Maioratum eſſe firmam, & probabilem; vt docet Matienſo poſt Tiraq. Molin. & Burg. de Paz, quos refert *in l. 7. gloſſ. 5. n. 6. tit. 7. lib. 5. recopil.* vnde ſpes ſuccedendi in Maioratu eſt firma, & inuariabilis, ita vt adimi nequeat: Tiraq. *de primog. q. 40. n. 9.* Quod maximè procedit, quando Maioratus fuit factus per contractum præſertim, ſi Maioratus fiat cum regia facultate in contractu celebrato cum ipſo Rege, vt paſſim fit in Hiſpania; vbi oppida, villæ, & aliæ res cum iuriſdictione emuntur; necnon & officia: nam tunc ſpes ſuccedendi in Maioratu eſt firmior, & certior: Pelaez *de Maioratu, in principio ſecundæ partis, num. 523. & ſequent.* Atque ita non præſumitur Princeps velle tollere ius tertij, quæſitum ex cauſa oneroſa præſertim, niſi habeat notitiam claram illius iuris, & ex plenitudine poteſtatis: vt obſeruat Felin. *in cap. vltim. num. 3. verſ. ad illud autem, de conſtitutionibus.*

3. Quæritur tertiò an præeminentia ex primogenitura proueniens expiret cum perſona ipſius primogeniti? Reſponſio eſt negatiua, quia remanet cum ſucceſſore in primogenitura, & non extinguitur; cùm primogenitura ſit dignitas quæ non moritur, vt notat Iaſon *in l. is poteſt, ff. de acquirenda hereditate.* Ioan. Le Cirier *de primogenitura, q. 16. lib. 1. n. 5.* & debetur ſub die incerta: Guillielmus à Monteferrat. *de ſucceſſione Regum, in reſponſione ad primum dubium, n. 15.* per Gloſſ. *in c. quam periculoſum, 7. quæſt. 1.* quam omnes Scribentes commendant. Nam primogenitura eſt cauſa proxima huius præeminentiæ, & prælationis, non autem perſona ipſius primogeniti: & ideò præeminentia non expirat cum perſona ipſius primogeniti, ſed perſeuerat apud eum, qui primogenituræ dignitatem obtinuit: Menoch. ita *de arbitrariis iudicum, lib. 1. quæſt. 68. & conſ. 211. n. 2. lib. 3.* argumento *c. quoniam Abbas, de officio delegati, & c. ſi gratiosè, de reſcriptis, in 6.* Azeued. *l. 1. n. 157. & ſequenti, tit. 4. lib. 8. noua recopil.* vbi probant delegationem factam Dignitati, non expreſſo nomine proprio, tranſire ad ſucceſſorem. Concordat apud Hiſpanos *l. 47. tit. 18. part. 3.* vbi Greg. Lop. *verbo, nombre,* Nicol. Garcias *de beneficiis, part. 6. c. 2. n. 29. cum ſequent.* & Petr. Barboſ. *in l. quia tale, n. 41. 78. & 80. ff. ſoluto matrimonio,* Sanchez *de matrim. lib. 8. diſp. 27. n. 6. cum ſequent.* & Bellet. *diſquiſit. Clerical. p. 1. tit. de Clerico debitore, §. 4. num. 8.* vbi *n. 9.* cum Decio *in d. c. quoniam Abbas n. 15.* volunt non extingui delegationem, ſeu commiſſionem factam Dignitati, quamuis reſcriptum prædeceſſori non fuerit præſentatum. Cùm ergo primogenitura ſit Dignitas, præeminentia dignitati debita non extinguitur cum perſona, ſed tranſit ad ſucceſſorem.

4. Quæritur quartò, an poſſit pater ius primogenituræ transferre in filium ſecundogenitum, præſertim ex cauſa furoris, aut ob inobedientiam? Bald. *in c. 1. de ſucceſſione feudi,* affirmat: Quod procedit quando primogenitus eſt inhabilis à natura, à principio: ita Mart. Laud. *de primogenitura, quæſt. 40.* Secùs ſi ex pòſt facto furioſus, aut inobediens, aut demens reddatur, poſtquam fuit in poſſeſſione primogenituræ: tunc enim dabitur ei curator: ſequitur Dominic. Gemin. *in c. grandi, de ſupplenda negligentia prælatorum, in 6.*

Nam furioſus à natura, & à principio, ſeu demens, quamuis primogenitus natus ſit, ſecundogenitus ſuccedet: Ioann. Andr. *in c. cum inter, de electione,* Corſet. *de poteſtat. & excellentia Regia, § quæro 10.* quem referens ſequitur Le Cirier, *q. 4. lib. 3. de primogenitura, n. 1.* vbi tamen *n. 3.* addit: Sed aduerte ſi ex tranſlatione primogenituræ in Regno ad ſecundogenitum ſequatur ſcandalum, melius eſſe relinquere primogenitum adhibito curatore: ſecundùm *c. grandi, de ſuppl. negl. prælat.* pro qua reſolutione facit text. *in c. Iulianus, 11. q. 3.* vbi probatur Iulianum Apoſtatam Imperatorem fuiſſe ab Eccleſia toleratum, vt ſcilicet (vt ait Gloſſ. *ibi*) non daretur ſcandalum contra Chriſtianos: igitur primogenituræ excellentia propter furorem, ſeu dementiam non eſt alicui auferenda; quia daretur afflicto maior afflictio. Conſonat text. *in l. Diuus, ff. de officio præſidis,* vbi furioſus ſatis ſuo furore cruciatur: vnde ſecundùm hanc partem dicendum eſt, ſecundùm ſe primogenituræ ius competere dementi, & furioſo; argumento bonorum allodialium.

Verius tamen videtur, & probabilius de iure primogenitum dementem, ſeu furioſum, non habere ius primogenituræ, quando ſic natus eſt; neque eſſe dignum prærogatiuis, quæ primogenito competunt, quia id concedere carenti vſu rationis penitus eſt abs re; ex ea ratione quia diſpoſitio generalis non comprehendit inhabiles, & minimè idoneos: *l. vt gradatim, §. ſed ſi, ff. de muneribus & honoribus,* Bart. *in l. 1. §. nuntiatio, ff. de noui operis nuntiatione,* Bald. *in l. omnes populi, ff. de Iuſtitia, & iure, col. 9. verſ. Eſt & aliud exemplum,* vbi in particulari vult, dicente ſtatuto, quòd primogenitus ſuccedat; habere locum quando ſucceſſurus eſt habilis: beneficia enim legum habilibus ſunt addicta: ſequitur Baptiſta de S. Seuerin. *in repetitione, d. l. omnes populi, col. 74.* Similiter ſtante ſtatuto, ne poſſit ſuccedere filia extante maſculo: tamen ſi maſculus exiſtat, ſed inhabilis, quia eſt Frater ex familia minorum, filia ob incapacitatem maſculi poterit ſuccedere: ita Bart. *in l. 1. §. quidam filium,* per text. *ibi, ff. de bon. poſſ. contra tabul.* & Bald. *in l. fratres, ad finem, C. de inoffic. teſtam.*

Reſtat adhuc dubium, ſi contingat primogenitum furioſum, habere filium ſanæ mentis, an filius excludat patruum ſecundogenitum? Reſponſio eſt affirmatiua: ita Bald. *in rubrica, An mutus, vel ſurdus,* vbi decidit, quando ille ad quem debebat deferri feudum, eſt incapax ex aliqua cauſa naturali, quòd ſcilicet ſit mutus; tale feudum ad filios ſuos proprios poſſe tranſire. Nam patre vita functo filius primogeniti antefertur patruo, ſecundùm Ioann. Andr. *in rubrica de feud. in addit. ad Specul.* ſequitur Socin. *in conſ. 48. col. 5. verſ. ſuper quæſtione propoſita,* ergo pari modo, ſicut quis tenetur poſt mortem reſtituere, ita & ſi fiat inhabilis: teneturque ſtatim reddere: vt notat Ioann. Andr. *in rubrica de nuptiis,* & alij, quibus accedit Le Cirier *de primogenitura, quæſt. 5. lib. 3. num. 1. & 2.*

Nihilominus obſeruandum eſt, quòd quamuis Tiraq. *de primog. q. 40. ex n. 68.* conueniat cum ſupradictis, tradatque filium furioſi à natura poſſe ſuccedere in primogenituram, etiamſi pater illius ſuccedere nequeat: quod etiam affirmat Menoch. *conſ. 211. n. 18.* vbi concludit mutum, & ſurdum naturaliter, quamuis in feudo ſuccedere non poſſint; tamen non impedire quin eorum filij ſuccedant.

Magi

Magis tamen placet negare huiusmodi doctrinam, quia naturaliter furiosus non potest validum matrimonium contrahere, nec filios legitimos procreare: sunt enim incapaces ad succedendum in Maioratu, vt probatur ex *c. dilectus, de sponsalibus, & in c. neque furiosi, 32. q. 7.* Couar. *de sponsalibus, p. 2. c. 2. n. 5.* Sanch. *de matrim. lib. 1. disp. 8. n. 15.* vbi volunt furiosum naturalem non posse contrahere matrimonium: secus si post matrimonium celebratum incidit in furorem perpetuum: tunc enim filij cùm non sint illegitimi, capaces erunt successionis: Pelaez *de Maiorat. 2. p. quæst. 4. illat. 2. num. 48. & seqq.* vbi loquitur de muto, quando possit validè contrahere.

6. Quæritur quintò, an primogenitus possit à Rege, vel à Summo Pontifice suo iure priuari: Ex causa affirmat Bald. per text. *in c. 1. de natura feudi, in vsibus feudorum.* Quamuis enim Principes suis legibus sint soluti, secundùm tamen leges viuere solent, & subijciuntur contractibus, & laudabilibus consuetudinibus: text. *in c. 1. de probat.* Quinimo non possunt reuocare priuilegia, seu concessiones illas, quæ in naturā, & vim contractus transeunt, vel pro quibus pecunia interuenit: Gomez. *l. 40. Tauri, n. 89. ad mediū,* Mench. *illustrium, c. 3. n. 2.* Valasc. *consf. 72. n. 5. & consf. 120. n. 9.* Molin. *de primog. lib. 4. c. 3. n. 18. & sequent.* Aloys. Ricc. *in collect. decis. p. 4. collect. 862.* Maria *de clausulis, p. 1. clausula 195. n. 1.* Soar. *de legibus, lib. 8 c. 37. n. 4. & 10.*

Datâ tamen causâ iusta, possunt contractus à se initos cum subditis celebratos limitare, illisque modum, & conditionem præscribere: Mariens. *l. 1. gl. 8. n. 4. tit. 7. lib. 5. noua recop.* Peregr. *de iure fisci, lib. 1. tit. 3. n. 67.* Cabed. Lusit. *decis. 68. p. 2.* quin potiùs etiam in totum reuocare: ita Tiraq. *de pœnis temperandis, in præfat. n. 41.* idem Cab. *decis. 19. n. 8. & decis. 75. p. 2.* Pinel. *ad l. 1. C. de bonis maternis, p. 3. n. 62. illat. 16. vers. Ego:* & Nauar. *in c. si quando, de rescript. except. 13. vers. ad 4.*

Quare esto, Principes nequeant suo iure priuare primogenitū sine causa, neque ex leui causa propter pericula imminentia, vt tradit Mart. Laud. *in epitome de primog. col. 7. in fine:* tamen ex euidenti causa non est dubium posse: sequitur Le Cirier *eodem tit. q. 7. lib. 3. n. 2.* inest enim naturaliter primogenito ius primogenituræ, quia prior natus est, vt illi debeantur aliqua iura reuerentialia, quæ non possunt tolli sine causa, vt tradunt Scribentes *in c. quæ in Ecclesiarum, de constitutionibus,* præsertim Felin. *col. 17. ad finem,* ibi, *Tertia conclusio:* vbi ratio tribuitur, quia ius naturale est immutabile, *§. sed & naturalia, Instit. de iure natur. gen. & ciuil.* Panorm *in d. c. quæ in Ecclesiarum,* vbi asserit propter hanc rationem id esse commune inter Scribentes vtriusque iuris, dicentes; Si constet causam non subesse, non posse Principes statuere in damnū priuatorum, in his, quæ sunt de iure naturali. Fauet *Clementina, Pastoralis.* Idem videtur dicendum considerato iure primogenituræ pro rebus tēporalibus, quæ cōpetunt primogenito ratione iuris primogenituræ. Nam si res sunt iam quæsitæ, non possunt auferri ab illo sine causa, ex quo dominium iam quæsitum est: *l. ex hoc iure ff. de Iustitia & iure,* & ibi Bart. *col. 1.* & Bald. *in l. 11. vers. sed contra prædicta, C. de iuris & facti ignorantia.* Iam verò si ius non est quæsitum, sed quærendum auxilio legum, vel consuetudinis; tunc potest Princeps sine causa, vel ex leui, pro voluntate sua nocere cuicunque rumpendo leges, vel consuetudines, quæ nituntur iure ciuili: *l. ebuenisset, ff. de verborū significatione* Facit Bald. *in l. final. col. pen. vers. sed immediatè oppono, C. sentent. rescind. non poss.* dum ait, iura, quæ quis potest ennequi contra Principis voluntatem, & quæ comparantur contra Principis voluntatem de iure naturali, vel gentium, non posse tolli sine causa à Principe. Contra verò, quæ acquiruntur auxilio legum, vel consuetudinis, quæ est affinis legum, in istis enim potentior est auctoritas Principis.

Quæritur sextò, an ius primogenituræ competat filio Imperatoris primogenito? Resolutio est negatiua. Ratio, quia Imperium per electionem, non autem per successionem quæritur: *c. venerabilem 34. de electione,* vbi dicitur esse iuris Canonici, vt Imperator per electionem, non autem per hæreditariam successionem creetur: Azor. *instit. moral. p. 2. lib. 10. c. 3. à principio,* & est communis, vt volunt Card. Zabarel. *in d. c. venerabilem, in 3. notabili,* Anchar. *in 2. notabili,* vbi signanter tradit non solùm Imperium non deberi per successionem, imo etiam nec per electionem pluribus de eadem stirpe, seu domo, ne videantur Dignitates hæreditariæ, & delatæ potiùs ex successione, quàm ex electione, contra *c. penult. de præbendis.* Idem vult Panorm. *in d. c. venerabilem, col. 5.* Cùm ergo hodie per electionem transferatur Imperium, non debetur ius primogenituræ filio primogenito Imperatoris: vocatur tamen Primogenitus *Augustus:* vt docet Gloss. *in c. Adrian. num. 3. distinct. 63.* & *ibi* Illustrissimus olim Bracharensis, hodie Olissiponensis. 7.

An autem possit Imperatoris primogenitus eligi In Imperatorem? Non est dubium posse: notat Greg. Lopez *l. 2. tit. 1. partita 2. gloss. vlt.* per text. *in cap. 6. num. 3. dist. 16.* dicens posse eligi immediatè in Imperatorem post mortem patris.

Quæritur septimò, cur olim Imperium per successionem quærebatur, nunc autem per electionem? 8.
Ex dictis responsio colligetur: nam olim per successionem veniebat ex patre ad filios, teste Azone *in summa, C. ad legem Iuliam de adult.* pro quo est text. *in Canone, Adrian. 1. dist. 63.* ibi: *& ad filios eius Constantinum, Leonem, Augustos Constantinopolim, direxit,* iuncta Gloss. *in verbo, Augustos,* quæ vult filios Imperatorum dici *Augustos:* quia sperabant se futuros Imperatores: & sicut Imperator vocatur Augustus, quòd illius mens debet esse augere Imperiū; sic etiam filij Imperatoris simili cognomento appellabantur, vt augerēt Imperium, cùm Imperatoria dignitate fungerentur.

Item, quia Imperium Romanum, partim fuit acquisitum vi armorū; & quamuis non habuerit principium à iustitia, sed à violentia, vt vult Alber. de Rusa. *in l. 1. C. de Summ. Trin. & fid. Cath. col. 5.* Subdit tamen paulò pòst per consensum Prouinciarum, & populorum voluntariè se submittentium Romano Imperio, dissensum transisse in cōsensum vnanimem, & hoc modo Imperium iustum censeri: Concordat Panorm. *in c. venerabilem, col. 6. supra,* vbi tradit illud, quod habetur *vigesimaquarta, q. 1. §. 1.* Romanos scilicet *virtutibus* quæsiisse Imperium; intelligendum esse de virtutibus politicis, non autem Theologicis. Vnde hoc modo Imperatores, per successionem imperabant, & filij in Imperio tanquam in re sua vi armorum comparata, & de consensu populi partim concessa succedebant, iure quasi hæreditario.

Hisce autem temporibus per electionem creatur Imperator, & ius eligendi datum est Germanis, seu Theutonicis. Vnde non prohibet ius, quominus Germani Principes ex alia gente eligant Imperatorem: ita Card. *in d. c. venerabilem.* Licet alij aliter sentiant, ad Germanos scilicet, & Theutonicos Imperium esse translatum, & ex consequenti Imperatorem creandum ex Germana gente, & id esse iuris Canonici: *in d. c. venerabilem,* vbi dicitur *ibi,* de Apostolica Sede, *quæ Romanum Imperium in persona Magnifici Caroli, à Græcis transtulit in Germanos.* Vbi Gloss. in verbo, *transtulit,* sic ait: *Ergo Regnum mundi translatum est ad Theutonicos: nam ipsi habent Regnum Romanæ Ecclesiæ.* Quòd si contingat inter Germanos nullum reperiri Imperio dignum, integrum in hoc euentu erit Electoribus Romanorum Regem ex alia natione eligere: argumento *c. ne pro defectu, de electione,* vbi dicitur, Episcopus

pus eligeodus de numero Canonicorum, si in Capitulo idonens reperiatur; aliàs extra Capitulum eligi posse: vt per Duen. *regul.* 205. & *ibi* August. Barbos. *num.* 3. Quod etiam colligitur *ex c. 1. distinct.* 63. *in verbo, erigatur.*

9. Quæritur octauò, Electores Imperij, quot sint de Iure, & an possint eligere ex se ipsis vnum Imperatorem, & intra quod tempus, & an Imperator possit administrare ante coronatinnem? Quoad primnm non coustat ex iure expresso, quot debeant esse Electores, & quinam? Glossa *in c. ad Apostolica, de sententia, & re indicata, in* 6. in verbo, *illi autem*, septem Principes enumerat ad eligendum, nimitum tres Ecclesiasticos, Archiepiscopum Coloniensem, & Treuerensem Præsulem, & Moguntinum Antistitem: Quatuor verò sæculares, Palatinum Comitem Rheni, Ducem Saxoniæ, Marchionem Brandeburgensem, & Regem Bohemiæ, olim Ducem. Ita referunt Nanarr. *in c. nonit, notabili* 3. *a n.* 154. *de indiciis*, Molin. *de Iustitia tract.* 2. *disp.* 20. *vers. ad primum, quod in tertio: & disput.* 24 Card. Bellarm. *in controuersia tertia generali sub titulo, de Romano Pontifice, lib.* 5. *c.* 8. *vers. septimum, cum seqq & in tractatu de translatione Imperij, lib.* 1. *c.* 4. *cum seqq.* iuncto *c.* 15. *& lib.* 2. *per totum*, atque etiam *lib.* 3. *præcipuè, c.* 3. Petr. Matixins *in suis Dialogis variæ historiæ, Dialogo* 2. *c.* 5. *& c.* 6. & alij, quos referens sequitur August. Barbos. *in d. c. venerabilem, n.* 3. & Azor. *instit. moral p.* 2. *lib* 4 *c.* 19. *quæst* 7. *& lib.* 11. *c.* 8. *quæst.* 4. Miranda *de ordine iudiciario, quæst.* 2. *art.* 3. *concl.* 5. *in fine.* Quibus accedit doctissimus Petrus Gregorius *de Republ. lib.* 6. *cap.* 13. *num.* 25. *vers. audiamus nunc tertio loco*, vbi de hac re latè, *& num.* 19.

Ex quibus quáuis Dignitas Imperialis ante translationem Imperij, non à Summo Pontifice, sed ab Omnipotenti Deo, inre gentium mediante fuerit instituta, vt probat Velasquez Mencbac. *lib* 1. *Illustrium, c.* 21. *à n.* 23. post tamen dictam translationem à Summo Pontifice factam, Imperialis Dignitas ab ipso Pontifice baberor, & ab ipso cum prædictis conditionibns, ac dependentiis ab eodem in hunc sensum censetur institnta: Soar. *de legibus, lib.* 3. *c.* 7. *sub n.* 7. 12. *&* 13. Molin. *suprà, d. disp.* 24. *& disp.* 19. *vers ex dictis infero* Quamobrem cùm hoc ita sit, magis Imperium Germanicum dici potest post dictam translationem pendere à Romano Pontifice, quàm quodcunque aliud Regnum, vt obseruant Nauarr. *in c. nonit, notabili* 3. *n.* 187. & Molin. *vbi proximè.* Nihilominus si electio Impesatoris facta ab illis septem Principibus non conoeniat, sed ipsi sint pares vtrioque, potest Romanus Pontifex ea illis, quem voluerit eligere, Gloss. & Panorm *in d. c. venerabilem:* sequitur August. Triumphus *in Summa, de potestate Eccles. q.* 35. *art.* 5. & dedoci videtur *ex c. venerabilem, de electione*, illis verbis: *Fauere possumus alteri partiũ*: sequitur Axor. *instit. moral p.* 2. *lib.* 10. *c.* 4. *q.* 4. *vers. ansi electores dissentiant.*

Quoad secundum, an possint Electores eligere vnũ ex se ipsis? Ratio dubitandi, quia nemo seipsum potest eligere, Gloss. *in c. ad Apostolica, de sentent. & re iudic.* & in electionibus beneficiorum Ecclesiasticorom, causa ad Summum Pontificem deuolui potest: sed ex hoc non tollitur dubium; ideò Gloss. *in c. per nostras, de iure patronatus*, absolutè loquitur neminem scilicet posse se eligere, vbi patronus non potest seipsum præsentare, quamuis sit Clericus, Ecclesiæ vacanti, vt per Flam. *de resign. lib.* 9. *q.* 17. *n.* 112. Campan. *in diuersorio iuris Canonici, rubr.* 12. *c.* 13. *n.* 398. August. Barb. *de officio & potestate Episcopi, p.* 3. *allegat.* 72. *n.* 85. Quinimò non potest Patrnous constituere procuratorem, qui eundem constitnentem nomioet ad Ecclesiam vacantem: Flam. *d. q.* 17. *n.* 113. & est communis: itavt nec procurator constitutus à patrono ad præsentandum possit seipsum præsentare: idem Barbos. *d. allegat.* 72. *n.* 88. & Gonzal. *ad regul.* 8. *gloss.* 2. *n.* 57. *& sequentib.*

Dicendum ergo est Electores Imperij posse nihilominus vnum ex se eligere: ita Bald. *in l. planè, in prima lectura, ff. quod cuiusque vniuersitatis, in fine*, subditque ita factum esse suo tempore: de quo etiam meminit Ioann. de Anan. *in c. Ecclesia vestra*, quod est *cap. fin. de sortileg. extra col.* 3. *ad principium*, sequitur Le Citier *de primogenitura, quæst.* 15. *lib.* 2. *num.* 37.

Quoad tertium, an sit præfixum tempus eligendi Imperatorem, non constat de iure, vt ait Gloss. *in d. c. ad Apostolica, de re indicata, in* 6. *in gloss final.* non fuisse scilicet statutum a iure tempus certum Electoribus ad Imperatorem eligendum. Vnde Summus Pōtifex non potest eligere, nisi Principes priùs admoneat, vt *in d. c. venerabilem*, sequitur Panorm. *ibidem, col.* 4. *vers. noto*, ibi, *si principes admoniti*: Le Citier *vbi proximè, n.* 37. quem sequitur Axor. 2. *p. instit. moral. lib.* 10. *c.* 4. *q.* 3. vbi addit rationem ipsam naturalem præscribere, vt electio Imperatoris fiat quamprimùm fieri potuerit: eo quòd Imperator eligitur, vt patronus, defensor, & propugnator Ecclesiæ: atque ita dilatio electionis, si differator per longum tempus, poterit Ecclesiæ nocere. Quapropter negligentibus Electoribus suum officium, ad Summum Pontificem deuolnitur potestas eligendi, à quo accepta est, ex Gloss. *in d. c. ad Apostolica*, Axor. *supra, d. cap.* 4. *quæst.* 6. *vers. respondeo cum gloss.*

Quoad quartnm, an Imperator ante coronationem possit administrare Imperium? Respondetur ante coronationem dici tantùm nominatum, siue electum, & non vocari simpliciter Imperatorem, sed delegatum duntaxat: Azor. *d. lib.* 10. *c.* 6. *q.* 1. August. Barbos. *in d. c. venerabilem, num.* 8. Quinimo *ex c. venerabilem, de electione, & ex Clementina* 1. *de iureiur.* colligitur electum in Regem Romanorum posse dici futurum Imperatorem, & ex consequenti ex sola electione non posse imperium administrare, loquendo de iure, non autem de consuetudine; eò quia ex sola electione Imperator non est.

Quamuis ergo ita videatur hæc pars cum ipso iure Canonico magis conuenire; quoniam electus in Regem Romanorum, nisi coronetur à Pontifice, Imperator non sit, quamuis designatus, seu electus vocari possit; ex consequenti res Imperij nequit administrare Nihilominus ex sola electione ritè, & legitimè facta, non est dubiũ quòd habeat ius, & auctoritatem administrandi Imperium postquã est electus, & confirmatus: argumento Episcopi electi, & confirmati, qui ea, quæ sunt iurisdictiouis, administrat ante consecrationem; non ea quæ sunt Ordinis. Ergo Imperator, vbi primùm est electus, & confirmatus in Regem Romanorum, potest res Imperij admioistrare: ita Castald. *in tractat. de Imperatore, quæst.* 46. vbi ait hanc partem esse Archidiaconi, Baldi, Abbatis, & aliorum, quos *ibi* referens sequitur. Fauet consuetudo, & vsus, ratione cuius Imperator ex sola electione Imperiom gubernat re ipsa; cum primùm auctoritate Sedis Apostolicæ est confirmatus, etiamsi nondum sit vnctus, consecratus, nec coronatns; nam hæc sunt signa, & insignia iuris iam obtenti.

Et ex consequenti potest Rex Romanorum electus, quamuis non sit à Summo Pontifice confirmatus priuilegia concedere, videlicet, legitimare, emancipare, Magistratus ereare, Dignitates concedere, & cætera, quæ sunt iurisdictionis volnntariæ exercere: vt vult Specul. *in titulo, de rescripti præsentatione, §. vlt. vers. item quod obtenenum*; non tamen posse, quæ sunt contentiosæ iurisdictioois ait; verius tamen est non posse de iure concedere priuilegia, siue spectent ad voluntariam, siue contentiosam iurisdictionem: Ex vsu tamen, & consuetudine vtrumque potest.

10. Quæritur nonò, an primogenitus, si fiat Monachus, vel Canonicus regularis admittatur ad Regni administrationem, si filius Regis sit: Mart.Laudens. *in suo epitome, in tractatu de Principibus, quæst.*175. negat; sed alius filius sequens capax debet admitti: quòd si nullus sit præter Monachum, tunc Magnates Regni eligent, & confirmabit Imperator, vel Romanus Pontifex, in terris Ecclesiæ vel Imperij: Bald. *in c.cum nostrum, de electione*, idem Bald. *in Authent. hoc amplius, C.de fideicommissis*, sequitur Ioann. Le Cirier *de primogenitura, q.*5.*lib.*1.*n.*3. vbi ait primogenitum Regis gaudere iure primogenituræ factum Monachum; non tamen esse primogenitum iuris, & ideò huic primogenito Regis non debetur Regnum, sed secundogenito: Greg.Lop. *in l.*2.*gloss.*19.*tit.*15.*partit.*5. *ad finem, vers. sed quid si successor*, aliàs *similiter etiam, quæst.*3. Idem suo modo dicendum videtur de Canonico regulari, esto laxiorem vitam profiteatur, ob tria vota, quæ emittuntur ab ipso.

11. Quæritur decimò, an quando duplex primogeniũ factum sit eadem die, vnum in filium maiorem, & alterum in filium minorem, quodnam ex istis duobus prævalebit, cùm Maioratus fiat ex eisdem bonis? Videtur præferendum filium maioré, per *legem* 2.*tit.*15. *partita* 2. & *ibi* Greg.Lop. *q.*4. per Bart. *in l.*1.§.1.*ff. de bon possess. secundùm tabulas*. In dubio namque primogenitus præfertur, & in dubio capax præsumitur: Pelaez *de Maioratu*, 1.*p. q.*4.*illat.*1.*n.*58. In ambiguo enim præferendus est primogenitus, quia perfectior præsumitur, & testatores præsumũtur magis diligere primogenitos, quàm secundogenitos, vt per Guillelmum Benedict. *in d.c. Raynutius, in verbo, in eodem testamento, in* 1.*n.*1.*cum seqq. de testam.* Accedit Stephan. Bertrand. *cons.*1.*lib.*1 *n.*8. dicens in dubio præsumendum patrem facere donationem primogenito. Nec solùm quis præsumitur diligere primogenitum, sed etiam illius liberos, & descendentes: idem Pelaez *sup. q.*4.*n.*5. Vnde si fuerit contentio inter filium primogenitum, & filium secundogenitum, & inter filios vtriusque, super successionem Maioratus, quòd non possit venire ad primogenitum; in dubio in fauorem primogeniti, & in fauorem filiorum eius, pronuntiauit Roland. *cons.*59. *num.*49. *lib.*3. *&* *cons.*97.*num.*98. ex Corneo *cons.*186. *num.*11. *lib.*3.

12. Quæritur vndecimò, an primogenium factum in duobus filiis pro indiuiso à patre, qui voluit id fieri in duobus filiis maioribus: alios autem filios diuisione facta inter ipsos pariter instituit, si contingat alterum ex duobus filiis maioribus mori, nunquid portio primogenij accrescet omnibus fratribus, aut fratri, cum quo habuit bona primogenij? Respondetur debere accrescere fratri socio in primogenio: per text. *in l.vtrum, ff. de assignat. libert.* text. *in l.cohæredi, §. qui discretas, ff. de vulgar. & pupillar.*

Sed quid si alter ex duobus filiis maioribus, qui superuixit, & totum Maioratum obtinuit, exhæredetur iustè à patre in sua hæreditate, an videatur ex hoc Maioratum reuocare? Negat Gregor.Lopez *l.*2. *tit.*15. *partita* 5. *quæst.*6. *vers. quid autem si, col.* 2. per *l.*1.*ff. sed si exhæredato, ff. de assignat. libertor.*

13. Quæritur duodecimò, an primogenitura debeatur filio maiori nato in infidelitate, si postea nascatur alter post conuersionem patris? Dico primò filium conuersum ad fidem Catholicam, patre Iudæo in sua infidelitate persistente, consequi ius primogenituræ, ac si perseuerasset in paterno errore, nec propterea debet esse deterioris conditionis, sed multo melioris: text. *in c.iudæi, de iudæis*, vbi dicitur, filios ad nostram Religionem conuersos, relicta secta paterna, ex integro percipere portionem hæreditariam, & omnia bona sua retinere, & ex consequenti ius primogenituræ, vt antea; imò fortiùs retinebit, prout vult Ioan. de Ana. *col.*11. per text. *in d.c.iudæi, verbo, ex integro:* nam res *ex integro* dicitur illa, quæ cum omnibus iuribus, pertinentiis, & fructibus restituitur, per *l.*11. & *ibi* Scribentes, præsertim Bart. & Angel. *C.de bon. vac. lib.*12. Dico secundò, posse filium conuersum à patre iudæo, durante vita ipsius, petere, vt sibi legitima assignetur: quod tamen quamuis fiat in fauorem Christianæ religionis, non ideo posse fieri autumo, quia iudæi vtuntur iure communi Romano, & iuxta ius ciuile eorum contentiones sunt dirimendæ: vt *l. iudæi, C.de iudæis*, quamuis minus bene Illustrissimus olim Bracharensis contradicat *dist.*12.*c.*15.*n.*2 *pag.*70. prout est Gloss. *in c.ius Quiritum*, 1 *dist.* & Gloss. *in c. final.* & *ibi* Archid. 8 *dist.* Atqui filius de iure communi nequit viuente patre legitimam petere, per text. *in l.*1.§.*si impuberi, ff. de collat. bonor.* & Scribentes communiter *in l.is potest, ff. de acquirenda hæreditate*: ergo filius conuersus non potest legitimam postulare.

Quare iudæi filius baptizatus retinet iura successionis erga parentes, & reliquos, non secùs ac priùs; ita Marquard. *de iudæis, p.*3. *c.*2.*n.*12. Ant.Ricc. *lib.*2. *c.*19.*n.*9. *&* 10. *de iure personarum extra gremium Ecclesiæ existentium*, vbi *n.*11. dicit illum retinere iura suitatis, necnon ius sanguinis, quod est indelebile: *vulg. l.iura sanguinis, ff. de regul. iuris, l.ius agnationis, ff. de pactis.* Idcirco filius iudæus retinet iura successionis in bonis parentis ad Fidem conuersi §.1. *Instit. de legit. patr. tutela*, Ant.Ricciul. *d.lib.*2.*c.*47. quamuis renuat Bertrand. *cons.*226. *lib.*4. *part.*1.

Bene tamen fateor posse petere alimenta à patre, tenerique ea præstare, nec posse patrem filium ad Fidem conuersum prætextu ingratitudinis exhæredare: Surd. *de alimentis, tit.*7.*quæst.*1.*n.*44. & Ant.Ricciul. *d.cap.*29. *num.*12. *&* 16.

Conclusio ergo sit, directè huic quæsito respondens cum Gregorio Lopio *partita* 2.*tit.*15.*l.*2.*verbo, si no el fijo maior, vers. & aduierte:* si aliquis infidelis more suæ patriæ possidens Maioratum, habuerit filium maiorem ex vxore, & conuertatur ad fidem vir ipse, & eius vxor, & postea nascatur filius alius; filius primò natus succedet in maioriam, quamuis natus in infidelitate, eò quia ante baptismum susceptus est particeps hæreditatis paternæ: secùs si remaneat in infidelitate; nam tunc priuari debet hæreditate paterna, & materna: *l.cognouimus, C. de hæreticis.*

Quæritur decimotertiò, an primogenium creatum in filio natu maiori, & in eius descendentibus, & in defectu illius, in alio filio secundogenito, & in eius descendentibus; an ipsis omnibus deficientibus extinguatur primogenium; an verò deueniat ad fratré illud constituentis? Responsio sit expirare maioriam, si contingat omnes mori; neque succedere fratrem constituentis Maioratum: ita Bald. *in text. in §. his vero, de successión. fratru*, Idem Bald. *in §. hoc quoque, de successione feudi, col.* 1. *vers. & nota pro intellectu.* Vnde manebunt bona libera, poteritque illa relinquere, cui voluerit: *l.qui solidum, §.prædium, ff. de legat.* 2. 14.

In dubio namque bona libera præsumuntur: *l.altius, C.de seruitutib. & aqua.* Nihilominus, quia magna est vtilitas, quæ resultat Reipublic. Hispanorum, & agnationibus, cognationibus, & generationibus, ex conseruatione bonorum Maioratus; in dubio semper iudicandum videtur, non esse extinctum maioricatum, & potiùs bona esse vinculo, & maioriæ subiecta: quàm bona esse libera: vt colligitur *ex l.*2.*tit.*15.*partita* 2. Ex ea namque ratione, quia maioria debet esse perpetua de natura sua, quando aliud non repugnaret, per id quod ait Bald. *in d.c.*1. *de feudo Marchiæ, & in §.hoc quoque, in fine, de successione feudi*, l. 7. *Tauri*, Decius *cons.*85. *col.* 2. & Gregor.Lopez *in d.l.*2.*tit.*15. *partita* 2. *vers. si quis faceret maioriam in filium maiorem.*

Quæritur decimoquartò, an primogenitus natus 15.
ex

ex parentibus sanguine coniunctis,conceptos antequam Pontifex dispenset, præferatur natis post dispensationé,si tenor primogenij exigat quòd sit conceptus, & natus ex legitimo matrimonio?Pars affirmans,ex quo natus est tempore habili:text.*in l.2.§.1.ff.ad Tertull.* Contraria tamen pars est Baldi *in l.Paulus,in prima lectura,ff.de statu hominũ*,dicentis non obstante dispensatione in matrimonio,filium tanquam spurium non succedere:quia ante dispensationé fuit conceptus:sequitur Cynus relatus ab Baldo *ibi,& in l.& si contra,C.de nuptiis.* Doctrina tamen Baldi procedere potest in filiis conceptis, & natis antequam Pontifex Summus dispensauerit,non tamé in genitis antea,& natis pòst:pro quo facit *§. è contrario,Instit. de Ingenuis:*sequitur Sanch,dicens *lib.8.de matrimonio, disp.7.n.19.*quòd si proles illa etiamsi ante dispensationé genita,nasceretur post dispensationem expeditam ab Ordinario,& ante celebratú matrimonium, esset naturalis,& ex cõsequenti legitimaretur quoad omnia per subsequens matrimonium contractum ab eisdem paréntibus.Ratio,quia sufficit,vt sit naturalis, quòd tempore conceptionis,vel tempore natiuitatis potuisset esse matrimoniũ inter parentes fine dispensatione Põtificia:quod deducitur apertè *ex l.11.Tauri, & ex c.tanta.qui filij sint legitimi*,& est communis : ita Spino *in suo speculo testam.gloss.15.ex n.118.*P.Mulin. *tom.1.de Iustitia,tract 2.disp.172.vers. filius natur.*post Greg Lop.*l.2.tit.15.verbo,si no el fijo,q 9.vers sed pono, in fine,partit.2.*Satis enim est,quòd natus sit filius post dispensationem,quamuis ante illam conceptus esset.

Idem omnino dicendú de filio nato post dispensationem expeditam à Confessario in foro consciétiæ; quare cùm ea dispensatio expedita à Confessario valeat tantùm in foro cõscientiæ,in eo duntaxat filius legitimabitur,tá quoad spiritualia,quàm ad téporalia per subsequens matrimoniũ:iuxta *c.tanta,qui filij sint legitimi:*secùs quádo dispensatio fuit expedita ab Ordinario,tunc enim in vtroque foro filius esset legitimus:ex traditis à Sãch.*vbi sup.& lib.8.disp.34.ex n.47.*

Nihilominus si tenor maioriæ exigat ad succedendú,quòd filius,qui succedere debet,sit natus,& conceptus ex legitimo matrimonio,nõ poterit succedere,nisi vtrũque verificetur;ex traditis à Greg.Lop. *in l.1.tit.13.partit.4. vers.sed quid si dispositio maioria*,Gl. cú text.quæ vult nõ sufficere *in l.qui libert.§.postb ff.de oper.libert.*quá Gl.fatetur Greg.*ibi*,se alibi non vidisse.

16. Quæritur decimoquintò,an primogenitus multorũ naturalium, qui sunt legitimati,nullo legitimo existẽte,ius primogenituræ obtineat?Respõsio est affirmatiua:Pelaex *de Maioratu,4.p.q.2.n.165.*ex aliis,vbi concludit,quádo plures filij naturales ex eadem matre,qui legitimati sunt per subsequens matrimoniũ, solùm maioré,& antiquiorem consequi ius primogenituræ,dummodò alij nõ sit ius quæsitum,quia legitimatio non trahitur retro ad primogenitură in præiudicium illius,cui fuit ius quæsitum : vt Scribentes tradunt *in l.Gallus,§ & quid si tantũ,ff.de liber.& postb.*

Iuuat illud,quòd filij ex matrimonio prohibito nati,censentur legitimati,vbi fuit dispésatio impetrata ad validitatem huiusmodi matrimonij, & ad legitimandam prolem,etiamsi matrimonium non sortitũ est effectum propter alterius mortem superuenienté, sed quoad legitimationis gratiam potest executioni mandari,etiam in præiudicium ab intestato venientium:ita Posteus *decis.483.n.3.lib.2.* Iacob. de Graffis *tom.1.cons.sub tit.de consanguinitate & affinitate,cons.1. num.vlt.*& quoad hanc legitimationem potest Summus Pontifex dispensare,etiam post mortem alterius ex coniugibus in radice matrimonij , si in vita per parentes dispensatio petita fuit : Augustin. Barbos. *in d.c.tanta, qui filij sint legitimi,num.39. & 40.*

17. Quæritur decimosexto,an primogenitus,si priuetur iure primogenituræ possit retinere suam legitimam?Responsio est negatiua in casu,in quo propter delictum datur confiscatio omnium bonorum, vt in casu hæresis,& similiũ.Sed qualiter Hæreticus amittat bona sua,tradit Sanch. *in præcepta Decalogi,lib.2. c.22.à n.2.vsque ad n.5.& à n.6.vsque ad n.30.*Ná priuatio non habet locú,nisi in casibus à iure expressis, Pelaex *de Maioratu,1.p.q.1.n.359.*vt per Tiraq.*in l.si vnquam,verbo,reuertatur,à n.249.de reuoc.donat.* Cald. Pereir.*de resol.emphyt.c.1.n.15.& c.6.n.28.*Mant.*decis. 108.in fine*, Aug.Barb.*c.transmissa 31.de iure patron.n.3.*

Extra verò casus supradictos,priuationis pœna nõ comprehendit legitimam , quæ debetur necessariis hæredibus ex necessitate legis:per text.*in c.si hæredes, de testam.in 6.*Nam cùm textus iubeat priuare hæredem commoditate testamenti,vel rebus à defuncto relictis ipso iure, si defuncti voluntatem non adimpleuerit statuto tempore admonitione facta,vt probat *c.Syluester,11.q.1.*non extenditur ad legitimam, quæ magis censetur debita,quàm à defuncto voluntariè relicta:prout dicitur *in l.legatũ,§.final.ff.de falsis.*

Nec refert textus *in d.c.si hæred.de testam.*indistinctè iubens hæredes rebus omnibus priuari.Quia respondetur textum , esto videatur loqui de quibuscunque heredibus,siue suis,siue extraneis:priuare illos solùm illis bonis,quæ à defuncto pro libito fuerunt relicta: at verò,quæ ex necessitate legis debétur, qualia sunt portio legitima,potiùs præsumuntur à iure magis relicta,quàm à testatore data:proinde priuationis pœna legitimá non comprehendit : vt declaratur *in d.c. Syluester.* Denique an hæredes supremas testatorum voluntates nõ adimplentes,sint ipso iure priuari,vel per sententiá priuandi?Vide Spino *in specul.testam gl. 28.principal à n.67.* vbi pro vtraque parte quæstione discussa, veriorem sententiam tenere, non ipso iure hæredé non adimplentem supremá testatoris voluntatem,sed per sententiam esse priuandum concludit.

Quid si vir,& vxor maioriá instituant simul in vno 18.
instrumento,in quo instituerunt filiũ,& descendentes illius ordine successiuo,*iis autẽ deficientibus*,ita dixerunt,*veniat hæc maioria in consanguineũ nostrũ propinquiorẽ.*Ratio dubitandi est,quia hæc institutio continet duplex testamentũ,viri scilicet alterum,& alterũ vxoris,& videntur vocati cõmuni vsu loquendi omnes consanguinei propinquiores vtriusque coniugis.

His positis dico primò,in hoc casu esse duo testamenta propter duos testantes,quamuis sint in eadẽ charta ; Alberic.*in rubrica de legat.*& Bald.*in c.1.§.& quia vidimus,col.3.qui feudum dare possunt*,vbi tam vir, quàm vxor videtur prospicere suis cõsanguineis propinquioribus:text.*in c.vnico,de duobus fratribus à Capit.inuest.* Nihilominus cùm maioratus institutus ab vtroque coniuge sit vnicus,& indiuisus,& nequeant duo succedere alter in bonis viri , & alter in bonis vxoris:sed vnus,& idem debet succedere ; dicendum videtur præferendum proximiorem consanguineum cuiusque ipsorum:*l.cum ita,§.in fideicomm. ff.de leg.2.*

Dico secundò cõcurrentibus consanguineis vtriusque coniugis in gradu æquali obtinere primogenituram cõsanguineum viri, per *l.cum pater,§.à te peto, ff.de leg.2.* argumento maioriæ institutæ,vt in defectũ descendentium,veniat ad proximiorem de genere instituẽtis;ob quæ verba requiritur, quòd successurus debeat esse agnatus, non autem cognatus hoc est de genere ex parte matris ; ac proinde requiritur quòd sit coniunctus ex parte patris,& de genere patris:text.& *ibi* Bart.*in l.1.ff de iur.immunit.*sic in nostro casu concurrentibus consanguineis viri,& vxoris in gradu pari,ex quo vnus tantùm debet venire,cõsanguineus viri táquam dignioris præferendus est,quia caput est mulieris : vt *in c.final.32.quæst.6.*secùs si sola vxor fecisset maioriam , aut omnia bona fuissent

ipsius vxoris: atqui io hac qoæstione tam vir quàm vxor disposuit,& bona disposita vtriusque eraot, & quòd esset vnus Maioratus semper indiuiduus: ergo coosanguineus mariti, coosanguineis vxoris debet præferri, satísqoe erit, quòd noo stantibus io gradu pari proximior vxoris præcedat: Gregor. Lopez *l.2. tit.15. partita 2. col.13. quæst.5.* vbi etiam addit præferendum io gradu pari consaoguineum vxoris, quando vxor sola instituit maioriam, aut qoaodo fuit iostituta de bonis vxoris tantùm.

Ex dictis sequitur,qood paulò ante obiter tactum est, quòd quaodo in maioratu cauetur, quòd deficientibus filiis, & descendeotibus bona veniant in proximiorem de genere suo;non esse intelligeodum de coniuncto ex parte matris, sed ex parte patris; qoia verbum *generatio* ab homine debet intelligi de descendentibus per lineam masculinam, non autem fœmininam; cùm videatur habuisse respectum ad agnatos per qoos cooseruatur agnatio: Aochar. *in cons.159.* & deducitur *ex c. statutum, de hæreticis, lib.6.*

Nihilominus contrarium videtur esse io text. *in l.1. ff de liberal.causa*,vbi dicitur appellatione *generis* venire cognatos, hoc est natos, seu descendentes ex fœminis;dicuotor enim etiam cogoati de geoere,vt notat Bald.*in l.1.C.de probat.* allegans *ibi* text.&Gloss. *in Authent.de mandat.Princip.§.oportet*,Paul.de Castro *in l.1.col.1.C.de conditionibus insertis.* Ioann.de Imol. *cons.62.*vbi resoluit in contrariú adducta;& fortassis hoc est de iure tolerabilius,nisi ex conditionibus appositis appareat de contraria voluntate instituentis maioriam;oimirum, quia voluit portari Arma,& insignia de genere paterno; cùm hæc, & alia insignia non conueniant,nisi illis qui sunt de genere paterno, hoc est agnatis;ideò cogoati nó videntur vocati:quibus namque nó conueniunt verba,non debet dispositio cooueoire:*l.si seruum,§.non dixit, ff.de acquirend. hered.* Bald. *in l.1.vers.4. oppos. C.si quis omissa causa.*

De iure tamen Hispano *l.2.tit.15.partita 2. verbo, seyendo ome pera ello*,quando duo concurrunt pares io eodem gradu ad succedendom in maioriam in defectum filiorum,& descendentium,si fuerit alter masculus,&alter fœmina,masculus per hanc legem præferetur fœminæ, quæ præfert masculum fœminæ; cùm fœmina in multis deteriorem habeat cooditionem, quàm masculus; præsertim quando agitur de iurisdictione: *l.cum Prætor, §. non autem, ff.de iudiciis.* Si tamen ambo sint masculi,& alter minor natu, alter verò maioris ætatis,per eandé legem *Partitarum*, præferetur maior,ibi: *Seyendo ome pera ello,no auiendo ecbo coza porque lo deuiese perder*;hoc est sinó fuerit inhabilis ad gobernandum,veluti demens,vel furiosus, vt declarat Greg.Lopez *ibi*,& tenet Bald.*c.1.col.4.de success.feud.*quaodo vitiú est naturale,& perpetuum.

---

§. III.

Vtrùm primogenitus possit renuntiare iuri primogenituræ absolutè, vel in fauorem sequentis in gradu?

EPITOME.

1 *Repudiare Maioratum, & renuntiare, an differant?*
2 *Renuntiare in profanis, & in spiritualibus, in quibus conueniant, & qualiter differant.*
3 *Repudiare an sit species renuntiationis,& coram quibus sit facienda?*
4 *Renuntians primogenituram debet renuntiare in fauorem sequentis in gradu.*
5 *Primogenitus,an possit renuntiare ad tempus,aut pro vita renuntiantis?*
6 *Minor an possit restitui contra renuntiationem primogenituræ factam?*
7 *Renuntiatio maioriæ in vita possessoris ipsius facta in præiudicium sequentium in gradu, an sustineatur?*
8 *Renuntiatio primogenituræ per fratrem maiorem in fratrem minorem, an fieri possit in præiudicium filiorum filij maioris?*
9 *Filius renuntians maioratui,in quo fuit institutus, an possit pœnitere?*
10 *An renuntians filio Tertium,& Quintum sibi à patre concessum,abdicat se à possessione, ista,filio non acquiratur?*
11 *Renuntiatio facta per metum an sit valida, & quid quando non est pura?*
12 *Renuntiatio est stricti iuris, & ideò respectu vnius causa, & vnius successionis, non trahitur ad aliam.*
13 *Renuntians primogenituræ delata videtur prius adire, & successiuè renuntiare.*
14 *Renuntiatio patris non præiudicat filio in his, quæ filius consequitur ex propria persona.*
15 *Vtrùm carens filiis renuntiat validè in suum præiudicium successioni in Maioratu in fauorem alterius, & quid si postea habeat filios?*
16 *Renuntiatio facta a filio vtrùm præiudicet nepotibus, ac cæteris eiusdem descendentibus?*
17 *Renuntians paternæ successioni, si enormiter lædatur, potest infringere renuntiationem etiam iuratam.*
18 *Renuntiatio in vita patris legitima, an valeat, si sit iurata?*
19 *Ius primogenituræ inseparabiliter personæ filij senioris cohærens,renuntiari non potest in fauorem tertiogeniti, omisso secundogenito.*

QVæritur primò ao detur discrimen ioter Repudiare Maioratum,& Renuntiare? Marian.Soc. *cons.34. Visa repudiatione paterna hæreditatis, lib.4. & cons.183.* vult aliud esse repodiare primogenituram, seu hæreditatem; & aliud renuntiare: eo quòd, qui renuntiat præsupponit ios quæsitum, vt ostenditur *in l.fuit, ff. de acquir. hered.* Baëça *de non meliorandis filiabus, c.10.n.108.* relatus à Gottiertio *in c.quamuis pactum, de pactis,in 6.* Qui autem repudiat,non præsupponit acquisitionem: Gloss. *in l.1. ff. de pactis*, Rebuff.*in l.inter diuortium,n.191. ff.de verbor.signific.* Quare repudiatio noo est idem, quod renuntiatio, vt per Carol.Ruyo. *in cons.207. num.3. lib.1.* 1.

Contrarium tameo probatur *in l.18.tit.6. partita 6.* vbi dicitor,quod renontiatio est idem,qood repudiatio; & qoòd si quis recepta pecunia pro repudiatione,non censeatur hæreditatem adire,deducitor *ex l. fuit, ff.de acquir.hered.*docet Soc.iuo.*in cons.129.n.26. lib.1.*Quare videtur diceodum,oon esse idem renuntiatio, & repudiatio, solùm quando renuotiatio fit ante acquisitam hæreditatem,tunc eoim dicitur repudiatio:vt tradit Paol.de Castr.*in l.pact.quod dotali, C.de collat.*Matth.de Afflict.*decis.350.n.9.*Vode repudiatio videtur declaratio acquisitionis non factæ:vt Dec *in l.1.n.22.C.de pact.*Ceph.*in cons.440.n.40.lib.3.*

Quæritur secundò qualiter differaot renuntiatio in profanis, & reountiatio in beneficiis circa amissionem possessioois? Coostat possessionem,si quis à se abdicet,quamuis alter ooo accipiat,illá amittere; quia possessio etiam solo animo amittitor: *l.5.§.in amittēda,ff.de acquir.possess.*ideò reoontians beneficio, quamois reouotiatio effectú noo habeat,nequit propria auctoritate ad beneficium redire,quooiam amisit possessiooem,quam habebat,& animo tantùm illam perdidit:decisio Rotæ *in nouis, 1.tit.de rerum permutat.& decis.16.in antiq.*Rebuff.*in tract.de pacific.possess.n.194.* & est communis opinio,Ludouic.Gomes. *in regul.de trienn.possess.q.24.* Quod intelligitur,dummodò reoûtiatio fuerit facta in manibus Superioris; 2.

aliter

aliter enim non amittitur possessio, & erit in pendenti; donec adsit tacitus saltem consensus collatoris: & ante hunc consensum, ex traditis à Rebuff. *in c.pastoralis,de caus.possess.vers.capio*, Gloss. *in verbo, agi*, poterit intentari possessorium, D. Barbosa *in l.diuortio,in principio,n.45. ff. soluto matrimonio.*

Si tamen renontiatio facta sit per metum, non amittitur possessio, ex Abbate *in c super hoc,de renuntiatione*, & ex Aymon.*cons.299.n.6.vers.2.respondeo*, ex ea regula, quòd vbicunque ios non acquiritur per renuntiationem, remanet penes renuntiantem; secundum Batt.*in l qui Romæ,§.duo fratres,q.10.ff.de verbor. oblig.* Iuuat Lancell *in lib.de attent.p.2.c.18.de attent. restit.pendens.n.125.* vbi ait, quando qois antequam restitutionem petat, renuntiauit liti, si postea contra hanc renontiationem petatur restitutio ab ipso, si executio fiat, non reuocari tanquam attentatã. Quare in profanis bene differt renuntiatio, à renuntiatione in beneficialibus circa amissionẽ possessionis: vt tradit Abbas *in c.2.n.9.vers.ego puto,de restit spoliat.* quamuis Menoch. contrarium sentiat *de recuper.poss. remed.1.n.271.* sed temperari possunt ista, qoando renuntiatio nõ tenuit, vel fuit conditionalis, quia non impleta conditione effectus nullus fuit: idem Lancell.*tract.supr.2.p.c.4.de attent.lite pend.in præfat.n.39.*

3. Quæritor tertiò, an repudiatio sit species renuntiationis, & an præsumatur, & coram quibus sit facienda: Quoad primum, responsio est affirmatiua: nõ tamen præsumitur, vt probat Mascard *de probat.lib.3. concl.1267.n.1.* & bona hæreditatis, qui postea possidet, præsumitor in fraudem non adiuisse. Non præsumitur, inqoam, quia iuri suo nemo præsumitur renuntiare: vt colligitur *ex l cùm de indebito ff.de probat. c.quia circa, de priuilegiis, c.super hoc,de renuntiatione:* Ideò renuntiatio beneficij nõ præsumitur, quia quod fortè multis laboribus, & expensis quæsitum est, non præsumitur quis renuntiare: vt per Abbat *in d.c.super hoc.* Tiraq.*in l si vnquam,in præfat.n.128.& seqq.* Masc. *de probat.concl.554.& concl.1263.n.4* Flamin.*de resign. lib.8.q. final.n.59.* Surd.*decis.2.n.16.* Atque ita tam repudiatio hæreditatis censetur fraudulenta, quando repudians postea reperitor possidere bona hæreditaria; quàm repudians beneficium, qui post renuntiationem reperitur possidere illud. Quoad secundum repudiatio hæreditatis debet fieri coram Iudice, & simul coram Tabellione: Greg.Lop. *in l.14.tit.6.partita 6.in gloss.in verbo, desempararla:* & habetur *in l.*101. *tit.18.partit.3.* Renuntiatio autem beneficij potest fieri sine Superiore ab eo, qui habet ios ad rem: Flamin.*lib.7.q.1.n.76.* Quòd si habeat bonum ius in beneficio litigioso, non potest renuntiare sine Superiore: idem Flamin.*d.quæst.1.n.105.* & multo magis, quando possidet beneficium pacificè, regulariter reqoiritur præsentia Superioris: facta autem absque Superiore, tenet in præiudiciom resigoantis: idem Flamin.*suprà, num.12.* vbi de hac re plenè.

4. Quæritur quartò, ao renuntians primogenitoræ teneatur renuntiare in fauorem seqoentis io gradu? Ex dictis *suprà*, diceodom quòd sic: text.*in c.quam periculosum 7.q.1.* his verbis: *Quam periculosum sit in diuinis rebus, vt quis cedat iuri suo, & potestati, Scriptura sacra declarat; cùm Esau primatus suos inde perdidit, nec recipere postmodum potuit, quod semel essit*: Bald.*in c.1. § præterea,n.2.quibus mod.feud.amitt.* Mart.de Laud.*in tract.de primogeniis,q.23.* Cifoent. *in l.40.Tauri,q.14.* dummodò renunciaus sit primogenitus iã maior 25. annor. Secùs si fuerit minor; tonc enim restitoi potest, nisi iurasset: text.*in Authent.Sacramenta puberum, C si aduers.vend.* ita Iacob.de S.Georg *in l.cum in antiquioribus,C.de iure deliber.col.fin.n.21.* Quod procedit, quãdo primogenitus iam successit in Maioratu: nam quando pater illius viuit, reqoiritur voluntas, & consensus illius cum perseuerantia vsque ad obitum patris: Bald.*in Authent. hoc amplius, C. de fideicommiss. col.3.n.10.* Pelaez *de maiorat.3.p.quæst.18.n.10.& 13.*

Quæritur quintò, an primogenitus possit renuntiare primogenituræ ad tempus, seu ad vitam propriam? Videtor diceodum quòd noo: qoia ius primogenituræ est priuilegium personale, & ita adhæret personæ inseparabiliter: Bart. *in l.cum patronus, ff.de legat.2.* dicens priuilegium personale non transire ad hæredem: idem Bart.*in l.1. ff.de constit.Principum,& l.vnica,in 1.q ff.de priuilegio dotis*, vbi tradit Cyn. quòd priuilegia personalia non feroniur in cessionarium, quamuis expressè id agatur: per text. *in Authent. vt exactione instant dotis,in principio.Nouel.91.* 5.

Coottariom tamen, quòd ius primogenituræ cedi possit, ex eo probatur; quoniam priuilegium cedi potest, & cessum transfertur io cessionarium: per text. *in l. fin.C.de priuilegio fisci:* item beneficium restitutionis in integrum est personale, teste Dyno *in c priuilegium, de regul iuris, in 6.* veruntamen non extinguitur, cum persona, sed transfertur ad successores: *l.in integrum, ff. de in integrum restit.*

Nihilominus pro concordia dici potest priuilegiũ personale, quod debetur alicui ratione qualitatis à persona inseparabilis, non potest cedi ius illius, vt est primogenituræ: videlicet, quòd primus offerat; primus sedeat; & sic de similibus prærogatiuis: ita Paul. de Castr.*cons.165.lib.3.col.9.* vbi loquitur de præeminentiis personalibus primogenitorum, aitque talea non transmitti: per *l.quia personale. ff. soluto matri.* Alias autẽ prærogatiuas non ita cohærere personæ, vt nequeant esse transmissibiles, & cessibiles, vt dictũ est de beneficio restitutionis io integrum, quod est personale, & tamen oon extinguitur cum persona: Iuuat Batt.*in l.per diuersas,C.mandati,col.final.vers.17. quæro*, vbi tradit aliquod esse priuilegiom, quod cohæret iuri cesso, vt quòd ille cessionarius obtineat graodiorem portionem hæreditatis vltra alios ratione primogenitoræ, & in hoc euentu id priuilegium cedi potest, saltem quæsito illo iure.

Ex dictis sequitur, uon posse possessorem Maioratus alienare bona maioriæ, neque ad tempos, neque pro tempore vitæ suæ; & similis alienatio est nulla, propter resistentiam, & expressam prohibitionẽ instituentis: text. *in l.filiusfamilias,§.Diui, ff.de legat.1.* Molin.*de primog lib.1.c.3.n.17.* Gomes. *in l.40.Tauri, n.81.* Quæ oollitas est adeò magna, vt nec pretium restitoere emptori vendens teneatur: Cald. Pereira *de renouat.q.16.n.31.* vbi *n.35.* subiungit alienationem ita factam à possessore eo viuente duntaxat tenere, neque interim rem ipsam posse euinci ab emẽte, vbi id latè probat, neque alienans potest reuocare, nec dicere de nullitate in vita sua, præterquam si noo habeat successorẽ, qui reuocet; tunc enim reuocare potest quamprimùm: idem Cald.*d.q.16.n.32.vers.cæterũ.*

Sequitur item in Hispanorum primogeniis, cùm naturâ suâ sint perpetua, & ad omnes ex familia instituentis desceodẽtes successio deferenda sit, neminem eorum in præiodicium sequẽtium posse renuntiare successioni maioriæ, nec illam alteri cedere, aut vendere; imo successor modo supradicto poterit reuocare: Quare poterit renuntiare io filium, vel aliũ, qui vocatus est ex dispositiooe testamentaria, vel ex contractu, aut beneficio principis: Molin.*de primog. lib.1.c.6.n.45.& lib.3.c.2.n.21.* Ant.Gamma *decis.338. n.8.* Cald.Pereira *de renonat.q.13.n.4.& 5.* quos seqoitur Pelaez *de Maioratu,p.3.quæst.18.& n.12.*

Si tameo admittatur posse fieri renuntiationem ioris primogenituræ, seu alienationem, vt tradunt Tiraq.*tract.de primog.quæst.17.in princip.* Ant.Gomes. *in l 40. Taurina, n.70.* id intelligitur, dummodò alienatio fiat vocato successore, & oon in præiudiciom

vocatorum secundùm suprà dicta. Atque ita addi potest ius primogenituræ renuntiari posse pro vita renunriantis: argumento *l. peto, §. prædium, ff. de legat. 2.* & in præiudicium renontiatoris id sustinetur: argumento emphyteutæ vendentis emphyteusim habentis filios, qui solùm videtur vendere ius duraturum in vita sua: Socin. *lib. 1. consf. 50. n. 5.* vbi loquitur patrem vendentem emphyteusim sibi, & filiis concessam, solùm dici vendere ius sua vita duraturum; quare primogeniti renuntiatio, seu alienatio restringi debet ad ius suum, quod ipse habet seiunctum à iure successorum: vt probat Valasc. *de iure emphyt. q. 49. num. 6. vers. accedit.*

6. Quæritur sextò, an minor restitui possit contra renuntiationem primogenituræ factam? Conclusio est affirmatiua, argumento *l. 1. C. si aduers. donat.* ob quam, id etiam tradit Purpurat. *in l. 1. C. de pactis, n. 14.* quod habet locum, quando bona sunt iam delata; secùs si nondum fuerint delara: Ant. Gomes. *in l. 22. Tauri, n. 15. vers. secundo notabiliter*, dicens minorem non posse restitui vbicunque ius fideicommissi, & bona Maioratus non sunt iam delata. Quòd si minor renuntiauerit iuri primogenituræ bonis iam delatis, potest petere restitutionem in integrum: Matt. Laud. *de primogenitura, col. 6. vers. quæro an primogenitus.* Dicitur autem ius delatum vbicunque antecessor mortuus fuit, vel aliter fuit effectus inhabilis, quia *l. 45. Tauri*, ipso iure sequentem facit possessorem: quin etiam gaudebit minor beneficio restitutionis, cùm ius primogenituræ spectet ad successores ex prima fundatione: Molin. *de primog. lib. 3. cap. 2. à num. 25.* & Pelaez *in principio secunda partis, à num. 47.* Semper tamen necessarium erit decretum Iudicis, & cæteræ solemnitates, quæ requiruntur de iure communi, & speciali in alienationibus rerum minorum.

7. Quæritur septimò, an renuntiatio in vita possessoris facta in præiudicium vocatorum ad illam sustineatur? Respondetur negatiuè, per text. *in l. cum pater, §. à filia, ff. de legat. 2.* & *in l. filiusfamilias, §. Diuus Seuerus, ff. de legat. 1.* Batt. *in l. vnum ex familia, §. sed & si fundum, ff. de legat. 2.*

8. Quæritur octauò, an renuntiatio facta per fratrem maiorem, in fratrem minorem, præiudicet filiis fratris maioris? Respondeo renuntiationem huiusmodi per superuenientes filios ipso iure reuocari; ex pluribus quæ tradit Tiraq. *in l. si vnquam, verbo, donatione largitus, n. 178. C. de reuoc. donat.* & in terminis Greg. Lop. *in l. 8. in gloss. in verbo, dieste, vers. quid si filius, tit. 4. partita 5.* Burg. de Paz *in proœmio legum Tauri, num. 96.* Quod maximè procedit, quando is qui renuntiauit, iam possidebat bona Maioratus, & habebat ius quæsitum: Iuuat Molin. *lib. 1. de primog. c. 3. n. 36.* fauet Couar. *in c. Raynaldus, §. 2. n. 4. vers. septimum erit, de testam.* vbi volt filium non posse præstare consensum super grauamine imposito legitimæ portioni in præiudicium filiorum, & posse per filios reuocari ex titulo inofficiosæ donationis.

Hæc autem sententia fulcitur ex traditis à Ripa *in l. filiusfamilias, §. diui, n. 17. ff. de legat. 1.* dicentis, quamuis vltimus de familia valeat alienare rem alienari prohibitam, secundùm *l. qui solidum, §. pen. ff. de leg. 2.* si vltimus de familia, filios postea susceperit, posse reuocare alienata, quia causa rediit ad non causam.

9. Quæritur nonò, an renuntians maioratui, in quo fuit institutus, possit postea pœnitere, & reuocare renuntiationem? Respódeo si secundogenitus, & cæteri fratres acceptauerunt renuntiationem, seu ius ipsum renuntiatum, non esse integrum renuntianti pœnitere; secùs si nondum acceptauerunt, cùm res sit integra; præsertim si primogenitus sit minor 25. annis: quia potest in integrum restitui: Mart. Laudens. *in tract. primogenitura, col. 1. vers. quæro, an primogenitus.*

Non esse autem necessariam acceptationem, sed satis esse fieri renuntiationem, vt ius fratribus sequentibus, vel omnibus, vel vni acquiratur, remota omni spe pœnitentiæ; probatur per tradita *in l. 1. §. qui semel, ff. de success. edict.* per hæc verba, ibi: *Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, & si tempora largiantur: vbi enim noluit, iam cœpit ad alios pertinere bonorum possessio.* Consonat text. *in l. si coheredi, in princ. ff. quis ordo in bon. poss. seruet.* vbi sic dicitur: *Quandocunque coheres tuus constituerit nolle petere bonorum possessionem, tibi delata tota intelligitur: & coheres tuus amplius petenda bonorum possessionis facultatem non habebit.* Hæc ibi: per quæ iura ostenditur vbicunque est quispiam, ad quem ius defertur per renuntiationem alterius, statim ad illum ius ipsum deuolui ante vllam acceptationem: vt etiam vult Gloss. *in c. licet, in verbo, placebit*, & *ibi* omnes Scribentes, *de procur. lib. 6.* quæ pars quamuis videatur probabilis; probabilior est, quæ tradit acceptationem regulariter requiri in qualibet donatione: vt latè probat Pelaez *1. p. de Maioratu, q. 36. n. 1. & 8.* neque præsumitur in donatione acceptatio, nisi appareat, *ibi, n. 3.* & ante acceptationẽ licita est reuocatio: *ibidem, n. 10. & 11. cum seqq.*

Quæritur decimò, an renuntians filio Tertium, & Quintum, sibi à patre concessum, abdicet se à possessione, quamuis filio non acquiratur? Respondeo affirmatiuè. Facti species fit: quando quidam pater fecit filio meliorationẽ in Tertio, & Quinto, qui filius post acceptationem factam proprio suo filio, & nepoti illius, qui meliorationem fecit, renuntiauit Tertium, & Quintum, quæ renuntiatio non sortita est effectum, nec tenuit: In hoc euentu videtur dicendũ, quòd quamuis filius, in cuius fauorem renuntiatum est, non acquisiuerit possessionẽ; pater nihilominus, esto cessante causa renuntiationis, proprietatem nõ amiserit; possessionẽ tamen ob renuntiationem amisit: ideircò in iudicio possessorio non debet audiri: per tradita secundùm Bald *in consf. 437. Quadam puella, col. 2. lib. 1.* & per Tiraq. *in tract. de cessante causa, p. 1. n. 224. & lib. 1. de retract. §. 36. gloss. 2. n. 13.* Ex quo deducitur, si pater fecisset filio suo meliorationem Tertij, & Quinti, apposito constituto post mortem constituentis, tale constitutum non fecisse donationem irreuocabilem, neque in illo locum esse legi 17. *Taurina*, quam ad possessionem, quæ transfertur per constitutum, omnes Hispani Scribentes *ibi* extendunt. 10.

Quæritur vndecimò, an renuntiatio primogenituræ per metum facta sit valida, & quid quando renuntiatio non est puta? Quoad primum, Aymon. *in consil. 299. n. 6.* ait, vbicunque ius non acquiritur per renuntiationem, quam quis facit, remanere apud renuntiantem, secundùm Bart. *in l. qui Romæ, §. duo fratres, q. 10. ff. de verbor. obligat.* & per Corbul. *in tract. de iure emphyt. in p. 8. causa, n. 6.* Non acquiri autem ius, nec possessio per renuntiationem factam per metũ, ex traditis per Abbatem probatur *in c. super hoc, de renuntiatione*, per text. ibi: *Id est, non vi, nec metu*; vbi notatur, quòd vt renuntiatio sustineatur, & firma sit, oportet eam liberam esse, & spontaneam, non metu factam, aut per dolum, quamuis donec rescindatur mero iure teneat: Mascard. *de probat. concl. 1272. n. 11.* Azor. *instit. moral. p. 2. lib. 7. c. 26. q. 1. & 2.* Sanchez *de matrim. lib. 4. disp. 8. n. 5.* Garcias *de beneficiis, p. 11. c. 3. n. 143.* & Flamin. *de resignat. lib. 13. quæst. 1. & 2.* 11.

Non fuisse autem renuntiationem spontè factam, per testes probari potest: quia quamuis videatur agi de probanda negatiua, & sic improbabili: quia tamen affirmatiuam implicitẽ habet, videlicet, quia coactè facta fuit, admittuntur testes: vt per Masc. *de probat. concl. 1272. n. 2.* Vnde si duo testes deponant aliquem renunciasse vi, & metu, primogenituræ, seu beneficio; & alij multò plures testificentur, quòd spontè resignauit,

ſignauit, teſtes de vi,& metu deponeotes præferuotur:vt per Rebnſl *de reprob.teſtium,n.*125. Quare renuncians repetere poteſt ius primogenitoræ renunciatum quoties renunciatio facta fuerit vi,metu,aur dolo:ita Flam. *de reſign.lib.*1.*q.*13.*n.*40.*cum ſeqq.*& ex cõſequenti non tenetur dimittere,ſed poteſt retinere.Quoad ſecundum,ea dictis colligitur quid dicendum quando renuntiatio non eſt pura,ſed conditionalis,& inualida:quia conditione non impleta non habet effectum : vt tradit Lancelot.*de attentatis,p.*2.*de attentatis lite pendente,c.*4.*in præfatione,n.*59.

12. Quæritur duodecimò , an renunciatio ſit ſtricti iuris?Reſponſio eſt affirmatiua,& ideò ſtrictè eſt interpretanda , & euitari debet quantùm fieri poteſt eius præſumptio , vt non credatur facta , & renuncianti minus noceat : *l.cùm de indebito, ff.de probationibus, l.tres fratres, ff.de pact.* Maſcard. *de probat.concl.* 1264. *n.*4. & *n.*7. vbi *n.*11. addit renontiationem in fauorem renunciantis eſſe interpretandam, vt ſcilicet minus,quàm fieri poſſit,præiudicet renuncianti: Pelaez *de maioratu* 3.*p.q.*18. *n.*36. & priùs 1. *p.q.*38. *n.*10.Idcircò non extenditur de caſu ad caſum,nec de perſona ad perſonam:ſecundùm Decium *in l.poſtquã liti,n.*16. *C.de pactis.* Vnde renuncians vni facultati, aliis renunciare non videtur : *l ſi domus.ff.de ſeruitutib. vrbanor prædior.* Quare non præſumitur quia ſuo iuri renunciare,ſi alia coniectura capi poſſit:*l.ſicut, §. non videtur, ff.quibus modis pignus vel hypotheca* , & vno ex pluribus iuribus renunciato , alterum remanet : ſecundùm Batt.*in l.ſi poteſt,§. hæres inſtitutus, ff de acquir hæredit.*Maſcard.*vbi ſupra, concl.*1267.*n.*5.

13. Quæritur decimotertiò, an renuncians primogenituræ,ſeu hæreditati delatæ videatur priùs adire,& ſucceſſiuè renunciare?Videtur affirmandum ex Bald. *in l.duobus,*per textum *ibi,de legat.*1. Carol. Ruyn. *in conſ.*205.*n.*5.*lib.*1. Surdus *deciſ.*128.*num.*24. Roland. *conſ.*11.*n.*25.*lib.*1. & alij,quos referens ſequitur Menoch.*conſ.*1.*n.*488. vbi tradit illum,qui cedit,& donat hæreditatem ſibi obuentam illam adiuiſſe: imò potuit hæreditatem, etiam non aditam, ſi eſt filius, ad quoſcunque hæredes tranſmittere : vt verior eſt Interpretum opinio , & ex conſequenti primogenituram renunciare in ſequentem in gradu:vt dictum eſt ſupra.Pelaez *de maioratu* 3.*p.q.*18 *n.*10.& 13.

14. Quæritur decimoquartò , an patris renunciatio præiudicet filio in rebus quæſitis eidem filio ex propria perſona?Reſponſio eſt negatiua : text.*in l.*3.*ff de interd.& relegat.*Bald.*in conſ.*237.*In primis videndum, n.*28.*lib.*1.& *in conſ.*315.*n.*2. *lib.*2. Petalia *in rubrica, ff.de hæred inſtit.n.*119.Pelaez *de maioratu* 2.*p.q.*4.*illatione* 8. *n.*317. Quinimò pater nequit alienare bona filij aduentitia , quamuis eorum vſumfructum conſequatur : quòd ſi alienet, filius illa repetere poteſt: text. *in l.* 1. *C. de bonis maternis* , vt poſt alios tradit Menoch.*conſ.*279.*num.*33. vbi *n.*35. ſubdit non poſſe etiam patrem tranſigere in detrimentum iuris filiorum:ſequitur Tiraq *in repet.l.ſi vnquam,in præfatione, n.*31. *C. de reuocand.donat.* Nec ſimiliter poteſt pater agere nomine filij abſentis pro bonis aduẽntitiis, niſi præſtita cautione de rato,quòd filius ſcilicet ratificabit:Ripa *in l.*2.*§.voluntatem.ff.ſoluto matrimonio,* dicens id fieri , ne filius patiatur aliquod detrimentum. Si ergo pater non poteſt hæc agere pro rebus filij , multominus poterit nocere per renunciationẽ in his,quæ filius conſequitor ex propria perſona.

Quæritur decimoquintò , vtrùm renuncians , ſi

15. careat filiis , poſſit validè id agere in fauorem alterius.& quid ſi poſtea filij ſuperueniant? De hoc dubio diai *ſupra,in hoc §.n.*8. Hoc loco addam, quæ *ibi* defuerunt.Dico primò in aliis ſucceſſionibus collateralium,aut tranſuerſalium,quàm fratrum,& filiorum fratrum,non habere locum ius primogenituræ, quod per repræſentationem inducitur:quia cùm repræſentatio de iure communi non reperiatur niſi in directa linea in infinitum,ſeu vt alij volunt vſque ad pronepotes:& in collateralibus inter fratres,& filios fratrum duntaxat; vt videtur cenſuiſſe Batt. *in Authen. poſt fratres , C.de legitimis hæred.n.*18. ideò in iis Nationibus , in quibus repræſentatio habet locum vltra hos gradus ; filius primogeniti patruo eſt præferendus;in cæteris autem minimè.

Ratio,quia nepos venit filij appellatione,ſi filius non extat, vt docet Batt.*in l.liberorum, num.*18. *ff.de verbor. ſignificat.*& probat text.*in l.cum pater,§.hæreditatem* 1. *ff de legat.* 2. A Coſta 2. *p.de maioratu bonorum patrimonialium , num.*19. Item quia filiorum appellatione comprehenditur nepos aliquando per interpretationem extenſiuam:idẽ A Coſta *ſupra n.*21.

Quocirca renuncians ſi filios non habeat, proximior vltimi poſſeſſoris in maioratu bonorum patrimonialium præferendus eſt in renuntiatione proximiori inſtitutoris , ſi ſit ex eiuſdem inſtitutoris familia:ex diſpoſitione legis latæ à Sereniſſimo Sebaſtiano Rege noſtro cuius meminit ipſe A Coſta *ſupra* 2.*p.de maioratu n.*28. per hæc verba : *Dom Sebaſtiano , &c. faço ſaber aoſque eſta minha L. virem , que auendo eu reſpeito as duuidas,que muitas veſes ſe moniam acerca da ſoceſam dos morgados ſe ſocedera o parente mais chegado ao vltimo poſſuidor. ſe omais chegado ao primeiro inſtituidor &c. Ei por bem,eme praz,que da qui em diantenos morgados,e bens vinculados de qualquer qualidade. que ſeiam ſoceda o parente mais chegado ao vltimo poſſuidor,quando o primeiro inſtituidor onaon declarar,ou des poſer doutra maneira.*

Propter quam legem planum fit,non poſſe renunciantem in quem voluerit renunciare ſi caruerit filiis, niſi in ſequentem in grado, vel in proximiorem ſibi conſanguineum , dummodò poſt renunciationem nullus ſibi naſcatur filius legitimus; nam tunc per natiuitatẽ illius abolita eſt renunciatio ipſo iure:Molin.*de iuſtitia:tract.* 2.*diſp.*282.*in princ.per l.ſi vnquam,C.de reuocand.donat.*poſt alios plures,& eſt cõmunis Scribentiũ:Pelaez 2.*p.de maior.q.*21.*n.*81.& 84.

Quæritur decimoſextò,an renunciatio facta à filio noceat nepotibus , & eius deſcendentibus ? Reſponſio eſt negatiua:nam renuncians iuri primogenituræ ſi filios , vel deſcendentes habeat maſculos, illis præiudicare non poteſt ; & ipſi poſſunt petere maioratum:Tiraq *de primog.q.*26.*n.*5. Cabed.1.*p.deciſ.*96.*n.*5.Iuuat quod tradit 2.*p.deciſ.*30.*n.*7.*p.*88.niſi qui ſequuntur expreſsè conſentiant. 16.

Quæritur decimoſeptimò,an renuncians paternæ ſucceſſioni, ſi lædatur enormiter,poſſit renunciationem annullare,non obſtante iuramento ? Dico primò iuramentum non confirmare pactum ſtante læſione enormiſſima;nam vbi dolus interuenit,ibi iuramentum vim non habet : *c.quamuis , de pactis in* 6. ceſſat namque iurantis conſenſus ob dolum,propter quem bonæ fidei contractus nullius momenti cenſetur:*l.& eleganter,in princ.*& *ibi* Batt.*ff de dolo.* Dico ſecundò ex Batt. *in l.final ff.de prætoriis ſtipulat.* promiſſionem de ſtando alicuius arbitrio,intelligi, niſi lædatur enormiſſimè,quamuis iuramento promiſſio ſit firmata.Quare renuncians paternæ ſucceſſioni,ſi ſentiat enormiter ſe læſum , poſſe renunciationem infringere non obſtante iuramento , conſuluit Aucbar.*in c.*1.*de conſtit.dubio* 11.& *conſ.*39.& 180.& 376. *dubio* 5.Panot.*in c.cum contingat, de iureiurando.* Corneus *conſ.*214.*lib.*3.& in *Auth.ſacramenta puberum,C. ſi aduerſus vendit.verb.inuiolabiliter,*Alex.*conſ.*89.*lib.*2. 17.

Quæritur decimooctauò,an renuntiatio legitimæ, aut ſucceſſioni ſub iuramento,nec vi , nec dolo, aut metu extorta ſuſtineatur,&qualiter ſit intelligenda? Quoad primum,etiam ſi pactum,quo filij renũciant 18.

legitimæ,&hæreditari paternæ,fit nullum ipso iute, si tamen firmetur iutamento sine dolo vi, aut metu extorto, valet ex vi iuramenti:per verba eapressa *in cap.quamuis pactum , de pactis lib.6.* quæ sic habeot: *Quamuis pactum patri factum à filia,dum nuptui tradebatur,vt dote contenta,nullum ad bona paterna regressum haberet,improbet Lex ciuilis,si tamen iuramento,non vi, nec dolo,præstito firmatū fuerit ab eadē,omnino seruari debebit:cum non vergat in æternæ salutis dispendium,nec redundet in alterius detrimentum.* Consentit Molin.*disp.* 149.*& disp.*175.Couar.*in d.c.quamuis pactum,2.p.n.3. in princ.*idem Molin.*de maioratu,tract.2.disp.579.n.13.*

Quoad secundum,hæc suot intelligenda,quando iuramentum fit per verum Numen , aut per verum Deum,quamuis prolatum sit à Iudæo , vel à Turca, vel à Mauro, provt vult Couar. *in d.cap.quamuis pactum,p.3.§.4.num.1.cum alijs.*longè aliter,si iuramentum fiat per Deum falsum,quamuis iurans opinetur asse verum Deum. Nam qui sic iurauit noo renetur efficere, vt illum per quem inrauerit, noo in testem infidelia promissionis addnxerir ; cum Deo fictitio, falsóque non is honor, sed de decus, & irreuerentia, seu ignominia sit debita.

19. Quæritur decimonono,an primogenituræ ius inseparabilitet cohætens filio seniori , possit renoociari omisso filio secundogenito in fauorem tertiogeniti, vel remoriotis agnati omisso proaimiori? Responsio est negatiua : teat.*in l filius,§. Dinus, ff. de legat.*1. vbi ostenditur non asse integrum primo aliquid adstruere in præiudicium sequentis : Tiraquell. *in tract.de primog.q.27.per totam,*Molin.*de primog.cap.6.num.45.lib.*1.Pelaez *de maioratu p.3. q.18. n.6.* Fateor tamen renunciationem cuiuspiam posse præiudicare renuncianti,non,tamen alieri : Bart.*in l.si quis in conscribendo,col.2. vers secundo casu,C.de pactis.* Cald. Pereira *de renouat.emphyt.q.13.n.5.*

---

§. IV.

Appendix de reliquis ad tractatum de maioratu spectan tib us.

EPITOME.

1 *Ad quem venient fructus condito maioratu ea lege, quod facta alienatione veniant ad successorem bona:& quid in fideicommisso?*
2 *Fructus bonorum maioratus quomodo sint diuidendi inter nouum successorem , & inter hæredes vltimi possessoris.*
3 *Et quid de fructibus pendentibus.*
4 *Fructus pendentes in capellis quomodo diuiduntur:& fructus in feudis qualiter debeant diuidi.*
5 *Fructus pendentes in emphyteusi quomodo diuidantur?*
6 *Fructus an compensentur cum impensis, quamuis non sit factus ditior ex fructibus possessor?*
7 *Fructus an sint restituendi antiquo domino,si res principalis illi restituatur?*
8 *Fructus dotis matrimonio separato quomodo sint diuidendi inter hæredes superstites defuncti?*
9 *Fructus dotis , & pensiones a quo tempore competant marito.*
10 *Fructus dotis nati in anno antecedente,an reputentur illius anni,in quo matrimonium contractum est,& quando.*
11 *Fructus rei legatæ , aut fideicommissa percepti ante aditam hæreditatem, cuinam competant,hæredine, an legatario,vel fideicommissario?*
12 *Fructus pendentes in regni possessionibus an pertineant ad successores in regno.*

DVbitatur primò, ad quem veniant fructus maioratus ea lege eastructi,qnod facta alienatio- 1.
ne indebitè veniant bona maioratus ad seqnentem successorem:& quid in fideicommisso? Quoad priorem partem dico,ipso facto, quòd possessor bonorū maioratus iodebitè alienauit rem maiorarus,priuatum esse dominio bonorum , & bona deferri in seqnentem in gradu;quia ipso iure fuit priuatus : neque emptor,qui ab illo bona emit,fructibus gaudere debet,cùm venditor ipse manserit priuatus ea dispositione institutoris:ita Iason *in cons.29. n.3. lib.1.* dicens prohibitom alienare rem,si eam locauerit ad longum tempus,teneri emptorem restituere fructus (quoniam dicitur habere malam fidem) proaimiori successori, qui secundùm formam maioratus, seu vinculi reperitur vocatus:facit ad hoc *l. Imperator ff. de fideicommissar.libert.* & quæ tradit Pelaez *de maioratu 4.p.q.36.ex n.5.cum seqq.*

Item facit , quod dicitur fructus venire in consequentiam dominij, *l.Titia,ff.de solutionibus* : atqui in hoc casu qui alienauit ipso iute ast priuatus dominio bonorum maioratus per præceptum instituentla illum. Ergo in consequentiam debet priuari fructibus , & successor proaimior in gradu potest statim iustè,& de iure rem alienatam vendicare à quocunque possessore,cùm alienatio fuerit nulla, neque ex ea translatum est dominium : vt probat teatus *in l. cum pater, §. libertis, ff.de legat.2.* vbi dicitur , quòd quando testator legauit prædiom libertis ea conditione vt non alienarent,sed vt res perseuerent in familia ipsorum libertorum , & hoc non obstante aliqui eorum portiones suas alienauerint ; cæteri qui non alienarunt,possuor partes alienatas petere,& repetere : Alberic.*in Authen.res quæ,C.communia de legat.col.2.*Paul.deCastro *in l.seruo legato §.1.ff.de legat.1. & in l.filiusfamilias,§.Dinus,ff de legat.1.col.2.*& ibi Scribentes , sequitur Roderic. Soar. *in allegationibus suis,allegatione 3.col.penul fol.*131.

Quoad secundam quæstionem de fideicommisso dices;si quis alienet rem fideicommissi contra institueoris volontatem , priuari re cum fructibus futuris : Bart.Socin.*in cons.249.lib.2.* Alea *in l.Marcellus, §.res quæ,ff.ad Trebel.*ea decisione hac, quòd vbicunque aliquis alienat rem alienari prohibitam, secuta alienatione , quæ est nulla , sequitur actio ad rem vendicandam cum fructibus : Ant.Peregrin.*in tract. de fideicommiss.art.49.n.*108.veniunt enim fructus in consequentiam , vt etiam volunt Innocent. *in c.cum dilectus,de ordine cognitionum,*Bald.*in l.1.num.10. ff.de edendo,*Maodosios in *executione, & commissione executorialium,vers.illisque fructibus.*

Quæstionis tamen est , quando quis vendit ius, quod habet io re, si non quæritur emptori, cur non redeat ad venditorem,quia sub illa conditiona tacitè videtur tradere;vnde cùm dominium non recasserit ab alienante,nec quæsitum emptori,quia alienatio fuit nulla ipso iura;igitur alieoans videtur posse repetere , & non amittere ius suum? Respondetur, alienantem ideo amisisse ius suum , quia tradendo deliqnit, veniendo contra expressam voluntatem concedentis;atque ita Ius,quod habuit in re alienata, applicatur proaimo successori:ideò facta alienatione contra voluntatem institoentis maioratum possessor rē alienās ipso iure priuatus est re possessa.

Porro quando res eapressis verbis noo est prohibita alienari,sed tacitis; nimirum quia hæres,vel legatarius habet onus , & obligationem restituendi post mortem , vel in diem , vel sub conditione rem alteri:in quo euentu præsumitur tacitè esse rem prohibitam alienari: tum temporis aote mortem,diem, vel conditionem grauatus rem restituere,potest hæreditatem, vel rem alienati probibitam alienare, &

talis

talis alienatio sustinetur: & dominium transfertur in accipientem & ius in re: accedente tamen obitu, vel die, vel conditione, confestim ipso iure cessat alienatio, & dominium, seu ius translatum rursus acquiritur, & transfertur in proximiorem successorem in gradu, qui in tali maioratu, seu dispositione successiuè reperitur vocatus: text. *in l. peto, §. prædium, ff. de legat. 2.* text. *in l. generaliter, §. quoties, ff. de fideicommiss. libert.* text. *in l. final. §. sin autem sub conditione, C communia de legat.*

2. Dubitatur secundo, quomodo fructus bonorum maioratus sint diuidendi inter hæredes vltimi possessoris, & nouum successorẽ: quod de fructibus pendentibus discuritur inter Doctores non vulgares. Sunt, qui dicunt fructus esse diuidendos inter successorem, & hæredes defuncti, pro rata temporis: iuxta *l. diuortio, ff solut. matrim.* & ita fuisse iudicatum refert Couar. *resol. lib. 1. c. 15. ad finem*, quia possessor ex necessitate post mortem reddit maioratum successori, & quoties restitutio fit ex necessitate, fructus diuiduntur pro rata: vt tradit Bart *in d. l. diuortio, n. 10. ad finem*, sequitur Greg. Lopes *l. 16. tit. 11. partit. 4. gloss. Guantos, ad finem.* Ayora *de partitionibus 1. p c. 9. n. 16.* & Molin. *de primog. lib. 3. c. 11. à n. 12.* & alij, quos refert Ioan. de Castillo *lib. 1. quotidianarum, c. 80. n. 1.* ea ea ratione, quia durum videretur possessorem maioratus per totum fermè annum sustinuisse onera annexa maioratui, & carere omnino fructibus illius anni, maximè si in primo anno, quo successit, decesserit, neque aliquos fructus fuisset consequutus.

3. Nihilominus alij tanquam verius arbitrantur, fructus pendentes absolutè competere successuri maioratus in totum, neque hæredes defuncti posse in fructibus ius aliquod, neque portionem aliquam prætendere vltra deductionem expensarum: ita Ant. Gomes. *in legibus Taurinis, l. 40. n. 74. vers. his non obstantibus*: facit text. singularis *in l fructus ff. de rei vendicatione*, his verbis, ibi: *fructus pendentes pars fundi esse videntur.* Vnde fructus pendentes censentur res immobiles, sicut ipse fundus cui cohærent: Quocirca sicut fundus, vel res immobilis competunt successori maioratus, sic etiam fructus pendentes erunt successoris; cùm non videantur res diuersæ, sed vna, & eadem, cui altera cohæret: sequitur Barbos *in d. l. diuortio, in princ. n. 9. & n. 13 pag. 932 ff. solut. matrim.*

Iuuat argumentum fructuum iam collectorum: nam fructus iam collecti sunt hæredum possessoris maioratus, quamuis pensionis dies, vel terminus nõ cesserit: ergo si possessor maioratus fructibus pendentibus decesserit, fundus ipse cum fructibus transibit ad successorem, cui fundus debet restitui: text. *in l. defuncta, ff. de vsufructu* Facit text. *in l. final. §. non solum, & in §. fructus, ff. de his quæ in fraudem creditorum*, vbi generaliter deciditur, in quibus casibus fundus alienatur in fraudem, reuocari, & restitui debere cum fructibus simul pendentibus, cùm præsumatur vna, & eadem res: Bart. & alij *ibi*, argumento fundi legati, qui restitui debet legatario cum fructibus pendentibus tempore mortis testatoris: text. *in l. nihil, § fructus, ff. de legat. 1.* & in specie docet Bald. *in l. 1. C. de vsuris & fructib. legator. 2. col. n. 12.* huius sententiæ est etiam Gamma, pertinere scilicet fructus pendentes in solidum ad successurum, *decis. 35. n. 3.* Pelaez *de maioratu 4. p. q. 24. n. 2.*

Noster tamen Molin. *de maioratu tract. 1. disp. 635. n. 10.* potiùs probat opinionem Couarruuiæ, iuxta quam refert fuisse iudicatum in Granatensi Prætorio, fructus scilicet maioratus diuidendos esse vltimo anno inter antecessorem, & successorem pro rata partis eius anni, in qua antecessor maioratũ fuit cõsequutus: ex eo fundamento, quia possessor fuit dominus rerum maioratus, qui datus, & institutus fuit, vt ex redditibus possessor se, suósque, & familiam sustentaret, & onera; atque honorem & splendorem illius toto tempore conseruaret, quo illum possideret.

Resolutio tamen sit, fructus bonorum maioratus pendentes, siue fuerit institutus in vltima voluntate, siue in contractu, pertinent à morte vltimi possessoris ad successorem in solidum; quamuis Costa *in tractatu 3. p n. 13. de successione Regni*, in maioratibus per contractum, contrarium teneat: ita Valasc *de partitionibus, c. 10. n. 14.* vbi tradit in magna Curia Lusitaniæ sic fuisse iudicatum non semel: per text. singularem *in l. Herennius el 1 ff. de vsuris*, vbi sic habetur: *Herennius Modestinus respondit, fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licèt maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præteriisse dicatur.* Quem textum ad hoc propositum valde Costa commendat. Idem Valasc. *supra n. 20. & 21.* vbi *n. 22.* concludit contra Costam idem esse dicendum in maioratibus constitutis per contractum inter priuatos, fructus scilicet pẽdentes pertinere ad successorem, perceptos verò ad hæredes defuncti; secundùm id, quod in vsufructuario disponitur *in d. l. defuncta, ff. de vsufructu*, dum probat à contrario, fructus pendentes etiam maturos iam, pertinere non ad fructuarium, sed ad illum, ad quem res transit, & in quo vsusfructus cum proprietate coniungitur: idque ex eo, quia morte vsufructuarij, vsusfructus finitur: *§ finitur, Instit. de vsufructu.* Quæ ratio procedit in possessore maioratus, per cuius mortẽ ius, & dominium extinguitur in eodem, & ad sequentem successorem transuolat; & ex consequenti ad successorem fructus pendentes transeunt, cùm sint pars rei, hoc est, maioratus ad successorem transeuntis. *l: fructus pendentes ff. de rei vendicat.*

Fateor tamen, possessore maioratus vita functo, fructibus pendentibus, posse hæredes illius exigere à successore, vt illis soluat, quod suus prædecessor in oneribus maioratus exsoluit, ne ditior fiat cum iactura aliena: ita Nauar. *in Apologia de redditibus, q. 2. monito 15. in fine.*

Dubitatur tertiò, quomodo fructus pendentes capellarum, & Feudorum sint diuidendi? Pro resolutione notandum est, testatorem capellam instituere, & non maioratum, quando iubet omnes reditus expendi in operibus piis, & tantùm pro labore, & administratione, certum quid relinquit administratori: vt declarat Ordinatio Lusitana *lib. 1. tit. 62. §. 53.* & *ibi* Barbos. *in remissionibus ad legem Regiam*, & Ægidius Lusit. *in l. 1. C. de sacros. Eccles p. 5. § 1. ex n. 16.* 4.

His positis dicendum est in Capellis fructus pendentes diuidendos esse pro rata temporis, quo Capellanus obsequium exhibuit, & seruitium præstitit: eò quia præmium ipsum, aut stipendium Capellæ principaliter largitur pro labore administrationis sicut fructus dotis marito conceduntur, quia sustinet onera matrimonij: Castillo *lib. 1. quotidianarum, de vsufructu, c. 77. n. 29.* & antè, Petrus Barbos. *2. p. l. diuortio, in princ. n. 13.* cùm prædictum præmiũ concedatur principaliter pro labore administrationis Capellæ, argumento decimæ, quæ in Castella datur tutori pro labore administrandi bona pupilli, & in Lusitania vigesimæ tutori destinatæ eadem ratione: idcircò si tutela finiatur pendentibus fructibus, æquitas postulat, vt pro rata laboris lucretur tutor, quidquid credat Baëça contrarium *de decima tutoris c. 28. à n. 13.*

Cæterum in feudis, per text. *in c. 1. § his consequenter, in titulo, Hic finit lex. in lib. feud.* si feudatarius suum claudat diem ante Kalendas Martias, fructus spectant integri ad Dominum; si post Martias Kalendas vsque ad mensis Augusti finem, pertinent ad

feudatarij

feudatarij hæredem: vt *ibi* declarat Bald. & Math. de Afflict. & hunc esse receptum intellectum illius textus tradit Zazius *tract. feudor.* 10. *p. n. final.* Molin. *de primog. lib.* 3. *c.* 11. *n.* 1. *&* 10.

Modernus tamen *in consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 8. *n.* 11. notat, quòd compilator *in §. his consequenter*, non probat absolutè supradictam fructuum diuisionem in feudis; imò tacitè illi videtur contrarius, dum ait feudum vbi consolidatur cum proprietate, fructus pendentes domino competere, tacitè insinuans fructus iam collectos spectare ad hæredes Vasalli. Vnde ostendit, quod dicitur de vsufructu, secundùm *l. defuncta, ff. de vsufructu*, idem esse dicendum, & obseruandum in feudis, quia vsuifructui assimilantur: *c.* 1. *§. final. in quibus causis feudum amittatur.* sequitur Couar. *resol. lib.* 1. *c.* 15. *n.* 13. Gáma *decis.* 360. *n.* 2. aliàs 351.

Quare admissa priori opinione, de qua *d. §. his consequenter*, illi tantùm locus erit in casu, in quo loquitur, nimitùm quando feudum ad dominũ redit propter mortem vasalli; & extra hunc casum, non erit locus priori opinioni: *l. quod vero. ff. de legibus.* Et consequenter redeunte feudo ex quacunque alia causa ad Dominum, secunda opinio, cuius meminit *d. §. his consequenter*, habebit locum, quæ tenet fructus pendentes omnes proprietario esse applicandos: vt vult Tiraq. *lib.* 2. *retract. §.* 5. *gloss.* 4. *n.* 3. & Couar. *vbi proximè, n.* 14. Valasc. *de partit. c.* 32. *n.* 7.

Contra verò per mortem vasalli, si feudum non debet redire ad dominum, sed ad sequentem agnatum, prima opinio non debet obseruari, sed standum est iuri communi disponenti, secundùm quòd feudũ offertur propter obsequia præstanda, atque ita pro rata fructus sunt diuidendi: Costa *de successione regni p.* 3. *n.* 15. *ad finem.* Valasc. *de partition. c.* 32. *n.* 3.

5. Dubitari tamen potest in emphyteusi qualiter sint diuidendi fructus pendentes? Responsiu sit, fructos collectos viuente emphyteuta pertinere eo mortuo ad eius hæredes, neque attenditur quota parte anni vixerit. Idem dicendum de pensionibus, quando fructus à colonis iam fuerint percepti, quamuis dies solutionis earum ante illius obitum nondum venerit: ita Specul. tit. *de emphyteusi, n.* 19. Bald. *in c.* 1. *§. his consequenter, n.* 1. *hic finitur lex in lib. feud.* per text. *in l. defuncta fructuaria, ff. de vsufructu*, eò quia emphyteuta fructus recipit ratione sui iuris, aut vtilis dominij.

Fructus tamen emphyteusis pendentes, aut pensiones defũcto emphyteuta spectant ad successorem in emphyteusi, vel ad dominum, si ad illum transeant: argumento vsufructuarij, per quem regularor, qui si moriatur fructibus pẽdentibus, omnes, & pensiones indistinctè debentur domino: per text. *in d. l. defuncta, &* tradit Speculat. *vbi supra*, sequitur Valasc. *supra, c.* 31. *n.* 7. Nihilominus, quia in fructibus semper impẽsæ sunt deducendæ, non propterea fructus sunt diuidendi, sed sumptus sunt soluendi hæredibus emphyteutæ; iuxta regolam *l. fructus, ff. solut. matrim. l. fundus qui, ff. famil. ercisc.* Secùs quando emphyteuta cadit in Commissom, tunc omnes fructus ad dominum pertinebunt; & si fortè postea perceperit, tenebitur restituere domino, veluti fructuarius post extinctum vsũfructum tenetur proprietario restituere fructus, quos percepit: *l. si pater, C. de vsufructu*, ita Speculat. *d. tit. de emphyteusi, n.* 19. Valasc. *supra, c.* 31. *n.* 13. sine aliqua compensatione pro laboribus, impensis, & sumptibus, quos in illis emphyteuta fecit; quia per incursum Commissom, non solùm proprietarem, sed etiam melioramenta, & fructus omnes Dominus consequitur: Cald. Pereir. *de extinct. emphyt. c.* 10. *n.* 46. dummodò melioramenta, & impensæ; non excedant solitam, & consuetam meliorationem prædiorum, ad quam emphyteuta expressè ex natura rei, & concessionis est obligatus: ideò si nonas ædificauit in fũdo emphyteutico exstructiones vrbanas, aut rusticas, nec non cubicula magnis sumptibus erexerit, & similia opera insolita, vt stagna, thermas, aquæductus, hæc omnia emphyteutæ cadenti à iure suo soluentur, cùm sint ædificia ista insolita: ita Anctor *in consuet. Parisiensibus*, §. 1. *gloss.* 5. *n.* 73. quæ resolutio est consona rationi, & vera, etiam si graues nostri temporis Scribentes opinentur, emphyteutam à iure suo cadentem amittere impensas quantumuis maximas, & melioramenta quantumuis insolita, ita *in l.* 2. *C. de iure emphyt. & in §. adeo, Instit. de locat.* Cald. *supra*, vbi de hac re satis. Sed melius non amittere ait Valasc. *de iur. emphyt. q.* 25. *n.* 3. & sic fuisse iudicatum.

Dubitatur tamen quintò, an fructus compensentur cum impensis, quamuis ex fructibus possessor non fiat locupletior? Dico primò fructus melioramẽtorum nullo modo compensari; vt tradit Simancas *de heret. c.* 9. *n.* 136. post Salycetum *in l. final. de alluuionibus, & in l. final. C. de omni agro deserto, lib.* 11. Valasc. *de iur. emphyt. q.* 25. *n.* 26. vbi tenet hoc seruare praxim horum Regnorum, limitans in malæ fidei possessore: sed Modern. Paris. *de commercys, n.* 605. ait etiam malæ fidei possessori tribuendam esse retentionem, donec melioramenta soluantur: & *in consuet. Paris.* §. 1. *gloss.* 5. *n.* 87. *&* *n.* 90. quia ex æquitate conceditur actio, quamuis ex rigore solùm tribuatur retentio: atque ita facientem melioramenta in re propria, quamuis obnoxia restitutioni, non teneri fructus compensare vult Palacius *in rubrica* 62. *n.* 26. & docet Tiraq. *in l. si vnquam, verbo, reuertatur, n.* 134. *C. de reuoc. donat.* 6.

Ratio, quia quamuis sit regula generalis, quòd etiam bonæ fidei possessor debeat compensare melioramenta cum fructibus perceptis, vt *l. sumptus, ff. de rei vendic.* & Alex. *cons.* 162. *Visis narratis, n.* 2. *lib.* 7. Afflict. *decis.* 87. *ad finem*, Valasc. *de iure emphyt. q.* 25. *concl.* 2. *n.* 2. tamen id procedit, quando fructus recipiuntur à bonæ fidei possessore, respectu solius possessionis, & bonæ fidei & curæ. Si autem recipiuntur ab illo, qui habet dominium, quamuis resolubile, veluti grauatus post mortem restituere, seu quales sunt possessores maioratuum, quia interim domini dicuntur, secundùm *l. generaliter, § final. verbo, pleno iure, ff. qui & à quibus* non tenentur melioramenta cum fructibus compensare: per Gloss. communiter receptã *in l. emptor, verbo, superfluum, ff. de rei vendic.* Cùm ergo dicantur domini, & gaudeãt fructibus iure proprio, sunt immunes à melioramentorum compensatione cum fructibus: Valasc. *supra num.* 29. *concl.* 11.

Dico secundò fructus compensari cum impensis, quamuis possessor ex fructibus non sit factus ditior. Hæc autem resolutio ex dictis colligitur, & procedit, nisi fructus tempore perceptionis non competiant vendicanti: Petr. Barbos. *in l. diuortio*, 1. *p. §. final. n.* 42. *ff. solut. matrim.* vbi id latè probat. Hinc fit, si pater alienet rem aduentitiam filij, & filius patre defuncto rem alienatam vendicet, non compensari fructus cum meliorationibus, quia tempore perceptionis non competebant filio repetenti; sed patri: *l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis*, Valasc. *consult.* 83. *n.* 14. post alios.

Sed quid dicendum, quando res principalis videlicet emphyteusis, & res similis restituitur antiquo domino, nunquid est restituenda cum fructibus? Dico primò spoliatum esse restituendum cum damnis, & interesse: Boër. *decis.* 18. Menoch. *remedio* 1. *recuper. num.* 412. D. Barbos. *in rubrica, ff. solut. matrim p.* 3. *n.* 73. Gutier. *practicarum lib.* 5. *q.* 38. *n.* 30. Couar. *lib.* 1. *var. c.* 3. *n.* 1. vnde fructus percepti lite pendente sunt restituendi in iudicio ordinario; cùm sint percepti mala fide: & vltra hos fructus, spoliator domini antiqui de re propria tenetur de iniuria: Cardos. *in praxi iudicum, verbo, interdictum, n.* 52. 7.

Quinimo quando iubetur fructus integros restitui, intelligitur deductis expensis necessariis: Mexia *in tract. Tassapanis concl. 2. à n. 88.* Surd. *de alimentis tit. 9. q. 12. n. 15. & q. 41. n. 24.* Gonsal. *ad regulam* 8. *Cancel. §. 7. proœm. n. 163.* Moner. *de decimis, cap. 6. n. 31.*

Dico secundò possessores bonæ fidei teneri tantùm restituere fructus extantes ante litis contestationem, & non consumptos; post litem autem contestatam, vniuersos. Similiter possessor bonæ fidei suos facit fructus industriales, non autem naturales, nisi habeat titulum: Garcias *de expensis, c. 23. n. 35. & 36.* Spin. *in suo speculo gloss. 13. n. 50. & 51.* Rebel. *de iustitia, p. 1. lib. 2. q. 4. n. 8. concl. 2. & n. 11. concl. 4.* Sanches *in præcepta decalogi lib. 2. c. 23. n. 67. & sequent.*

Vnde bonæ fidei possessor fructus industriales bona fide consumptos non tenetur restituere: prout vult Ant. Gabriel *commun. lib. 5. tit. de acquirendo rerum dominio, concl. 2. n. 3.* Garcias *d. c. 23. n. 40. in fine,* nisi ea illis ditior factus sit, ita Cardin. Tusc. *tom. 4. concl 490. n. 4.* Molin. *de iustitia, tract. 2. disp. 569. vers. quando aliquid, disp. 780. n. 1. & disp. 719. n. 4.* Rebell *de iust. p. 1. lib. 2. q. 4. num. 10. 11.* Lessius *de iust. lib. 2. c. 14. dubio 5. num. 9. & 10.* Sayr. *in claui Regia lib. 10. tract. 2. cap. 1. num. 2.*

Spoliato item restituendi sunt fructus, quos percepisset, seu percipere potuisset ea re ipsa, si illi fuisset licitum possidere: Barbos. *in l. fructus, n. 13. ff. soluto matrimonio,* Girond. *de priuilegiorum, seu exemptionum explicat. num.* 1211. siue restitutio iubeatur fieri integra ex lege, ex rescripto, vel ex priuilegio: sequitur Gomes. *variar. tom. 3. cap. 13. num. 38. vers. item adde,* Ceuall. *q. 119. & 120.* Spino *supra, in speculo testamenti, gloss. 11. principal. num. 53.* & Sanch. *in præcepta decalogi, lib. 2. cap. 23. num 106.* & Lessius *de iust. lib. 2. cap. 12. dubitat. 17. ex num* 116. 117. & 118. vbi subdit possessorem malæ fidei teneri restituere etiam fructus rei, quos sua ipse singulari industria percepit, detractis expensis; quamuis Dominus rei illos non esset percepturus, eò quia fructus eo ipso, quo extant, cedunt domino rei: vt patet *Institut. de rerum diuisione, §. si Titius, & duobus sequentibus,* vbi hæc sunt verba: *Plantas, quæ terra coaluerint, & frumenta, quæ sata sunt, solo cedere:* igitur si extant; vel iniustus detentor fiat ex illis locupletior domino debent restitui: nam ex eo quòd non restituantur, infertur damnum domino; atque ita si detentor eos non restituat statim, est in mora, & ex consequenti quamuis fortuitò pereant, tenebitur resarcire: nihilominus, quando fortuitò perierint, vel per culpam leuem detentoris, priusquam potuissent restitui cómodè, excusabitur: non enim censebitur fuisse in mora; quia & si rem retinuerit alienam iniustè, non tamen retinet iniquè fructus: Lessius *supra, n. 120. vers. contrarium tamen,*

Similiter succedens in vitium violentiæ, tenetur de fructibus perceptis, & percipiendis, & de omni eo quod fuerit in agro, seu fundo, tempore quo successit in illo, etiamsi ad illum nihil perueniat: Barbos. *in l. si alienam, num. 49. in fine, ff. soluto matrimonio,* Menoch. *remedio 15 recuper. & conf. 2. n. 153.* Gutier. *in Canon. lib. 1. cap. 34.* & Mascard. *de probat conclus.* 1321.

8. Dubitatur tamen sextò, quomodo soluto matrimonio fructus dotis sint diuidendi inter coniugem viuum, & inter hæredes coniugis defuncti? Resolutio fit de iure communi, & in Regno Castellæ, & aliquando in Lusitania, quando per dotem & arrhas contrahitur matrimonium, in iudicio Partitionum; matrimonio soluto per mortem mariti, hæredes defuncti superstites manent tanquam familiæ caput in possessione bonorum, & per illos, & ab illis vxor recuperat dotem, & reliqua bona sibi debita: quandiu autem vxori dos non redditur, vxor in eadem domo, in qua habitabat cum marito, remanet cum omnibus bonis intra domum contentis. Vxore autem defuncta maritus manet in possessione domus, & bonorum vti caput familiæ, & ab illo hæredes vxoris recipere debent bona ad eandem spectantia, atque ita fructus rerum, seu pensiones rerum dotalium diuidendi sunt pro rata temporis, quo matrimonium durauit, & quo maritus onera illius sustinuit, illo anno, quo solutum est matrimonium; reliqui autem fructus, ad hæredes vxoris pertinent: ita Scribentes *in l. diuortio, ff. soluto matrimonio.* Valasc. post alios *de partitionibus c. 29. num. 19.* quia maritus non faciebat fructus suos ratione iuris, aut dominij; sed tantùm respectu onerum matrimonij: idem Valasc. *cap. 33. num. 5.* post Bart. *in d. l. diuortio, num. 11.* ac proinde rationi consonum est, vt tantùm pro rata anni, quo sustinuit onera matrimonij, lucretur fructus: sequitur Molin. *de primog. lib. 3. cap. 11. num. 6.* per eundem text. *in d. l. diuortio,* cui similis est *l. 26. tit. 11. partita 4.* Castillus *de vsufructu c. 77. n. 27.* vbi loquitur de iure communi: atque ita fructus diuiduntur pro rata in eo anno, in quo dirimitur matrimonium. Idem dicendum de iure Regni, quando fructus sunt liquidi, & tempore soluti matrimonij apparent, & sunt nati; secùs si fructus sint aridi, & non apparent super terram; in quo euentu obseruanda est decisio *l. 10. tit. 4. lib. 3. fori legum,* quam explicat Gomes. *in l. 50. Tauri num. 71.* & Matien. *in l. 4. tit. 9 gloss. 1 num. 4. lib. 5. noua recopil.* dicentes fructus pendentes in re, vel fundo, esse communes inter maritum & vxorem, soluto matrimonio: Si autem non sint nati, nec apparentes; non communicari, sed fieri illius, cuius est proprietas; quod est verum, si fundus est vinea, aut hortus, aut continens arbores. Longè aliter si fuerit ager rusticus merè, in quo frumentum seminatum est; nam quamuis nondum fructus sint nati, nec pendentes, diuiduntur tamen inter maritum & vxorem, soluto matrimonio: quando vero nihil frumenti, est seminatum, nulla datur inter eos communicatio: dominus tamen proprietatis tenetur soluere alteri coniugi, vel hæredibus illius pro sua medietate sumptus, & expensas factas in re, vel fundo; secundùm *legem* 10. *tit. 4. lib. 3. for legum:* quòd si reperiantur fructus ex pecoribus, datur communicatio inter illos, quamuis non sint nati adhuc, sed sint in ventre: ita Gloss. ordinaria *in d. l. 10.* & Palac. Rubeus *in d. cap. per vestras, pag. 38. col. 2.* vbi asserit a practicari.

Sed quid dicendum de ancillarum partu, an pertineat ad maritum? Videtur negandum: quia ad maritum tantùm pertinent fructus dotis; & partus ancillarum non sunt in fructu: *l. in peculium, ff. de vsuris,* Nihilominus, quando ancillæ dantur æstimatæ in dotem, prout videntur esse in dominio mariti, *l. quoties 5. C. de iure dotium,* partus ancillarum ad maritum spectabunt: vt colligitur *ex l. 1. C. soluto matrimonio,* & exprimitur *in l. 20. tit. 11. partita 4.* & tradit Petr. Barbos. *in l æstimatis 52. ff soluto matrimonio.* Similiter non dabitur communicatio in bonis acquisitis superlucratis, quando in Regno Castellæ inter sponsos de præsenti non datur ductio ad domum, & simultanea habitatio; quia ante ductionem, & simultaneam habitationem, non est contracta societas: requiritur enim, quod ambo viuant simul, & ab illo tempore societas censetur, propter curam & diligentiam quam præstat vxor: ita Gloss. *in l. 1. tit. 3. lib. 3. for legum,* Seguta *in repetit. l. vnum ex familia §. sed si fundum ff. de legat. 1.*

Item non datur communicatio inter coniuges supra bonis acquisitis, & lucratis, quando sunt data à Rege, vel ab alio particulari: vt ait text. *in l. cum multa, C. de bonis quæ liberis:* Item, quando bona acquisita, & superlucrata, sint castrensia, & proueniant

ex

ex salario, seu stipendio militari, nisi sumptus sint communes; tunc enim fructus communicantur, sicut fructus bonorum propriorum: *l.2.tit.4.lib.Ordinamenti.*

9. Dubitatur septimò, à quo tempore fructus dotis, & pensiones cedant lucro mariti? Responsio sit, ab eo tempore, quo matrimonium fuit celebratum per verba de præsenti, & dos fuit tradita marito. Habetur *in l.dotale, §.dotale, ff.de fundo dotali*, ex ea ratione, quia fructus, & pensio conceduntur pro oneribus, *l. pro oneribus, C.de iure dotium.* Ergo ab eo articulo, quo sustinet matrimonij onus, fructus marito cedunt: ita Iason. *in l.diuortio, ff.soluto matrimonio, n.4.* & Guttier. *pract.Canon.cap.33.num.14 lib.1.*

10. Annus autem, de cuius fructibus diuidendis agitur, debet computari à die, quo matrimonium fuit celebratum per verba de præsenti, & dos fuit tradita marito; Et quamuis fructus censeantur propriè respectu illius anni, quo fundus datus est in dotem, si tamen fructus nati fuerint in anno præcedenti censentur fructus illius anni, quo matrimonium fuit contractum, si post illud celebratum fructus à marito percipiuntur: veniunt item fructus appellatione alij fructus, qui vocantur ciuiles, idest pensiones, quæ propter rem proueniunt: Valasc. *de partitionibus, cap.19.num.2.& 3.cum sequenti*, Guttier. *d.cap.33. num.15.* Si qui tamen sumptus facti fuerint à marito in rebus dotalibus, non circa fructus, ab eodem soluto matrimonio repeti possunt: Gomes. *l.50.Tauri, n.51.* Roland. *cons.28. n 18. lib.1.* Garcias *de expensis c.1.n.30.* & Gamma *decis 320.n.7.*

11. Dubitatur octauò, an fructus rei legatæ, aut fideicommissæ percepti antequam sit adita hæreditas pertineant ad legatarium, seu fideicommissarium? Dico primò fructus rei legatæ à die aditæ hæreditatis deberi legatario etiam ante moram ipsius hæredis: text. *in l. Herennius, ff.de vsuris, & l.quæsitum, de acquir.rer domin.* Bald. *in l.1. num.2. de vsuris & fructibus legat.* Conar. *variar.resol.lib.1. cap.9. num.5. vers. nam licet.* Simili modo ex Bart. fructus debent restitui, quamuis nulla fiat interpellatio, & consequenter sine mora.

Dico secundò fructus rei legatæ ante aditam hæreditatem perceptos deberi non legatario, sed hæredi, secundùm veriorem: Cald. Pereira *de nominat. q.16.num.17.* per *l.quod seruus 39.ff de legat.2* vbi Papinian. ait per hæc verba: *Quod seruus ante aditam hereditatem acquisiuit, hereditati acquirit.* Quinimo Iulian. *in l si tibi homo 86.§.cum seruus, ff.de leg.1.* ponit casum in vno seruo legato ante, & post aditam hæreditatem multa acquirente. Dubitatum fuit inter hæredem, & legatarium, quid de acquisitis faciendum? respondet Iulian. acceptanti mihi legatum seruum, ille cum acquisitis post aditam hæreditatem tradatur, & si mihi legatum fuisse ignorem, quia meus ille seruus est, & quicquid acquirit, mihi, non hæredi acquirit. Cæterùm, quæ ille ante aditam hæreditatem acquisiuit, quia meus adhuc non erat, sed magis in dominio hæredis persistebat, & consequenter illi acquirebat. Idem habetur *in l.quod seruus, ff.de legat. 2.* quare ad hæredem acquisita ante aditam hæreditatem pertinebunt.

Resolutio ergo sit, fructus rei legatæ aut per fideicommissum relictæ, si fuerint percepti ante aditam hæreditatem, ad legatarium, seu fideicommissarium non pertinebunt; sed ad hæredem: Cardin. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib.7. tit.10. per totum, ex n 12. præsertim, & n.19. 34. cum seqq.* Ant. Gomes. *variar tit de legatis n.11.& n.22.*

12. Dubitatur nonò an fructus pendentes in Regni possessionibus pertineant integrè ad ipsius regni successores? Responsio est affirmatiua, circa fructus pendentes decedente Rege eo tempore, quo pendent: ita A Costa *3. p.de Regni successione n.13.* argumento *l. in lege falcidia placuit, ff. ad legem falcidiam, & l.fructus, ff de rei vendicat.*

---

§. V.

Resolutiones Summariæ ad materiam de primogeniis pertinentes.

EPITOME.

1 *Viuente possessore potest successor petere, vt declaretur sibi competere successio in maioria.*
2 *Successor in maioratu quando debet alienare bona illius ad soluendum dotem ex Regia facultate promissam.*
3 *Maioratus possessor bona alienari prohibita nisi sint consueta dari in emphyteusim, non tenetur renouare descendentibus vltimi emphyteuta.*
4 *Institutio Capellæ in testamento minus solemni cur valeat, non autem maioratus creatio?*
5 *Facultate data successori ad eligendum etiam spurium in maioratu, non potest eligere spurium institutoris: suum autem spurium potest si est consanguineus institutoris, & Cur?*
6 *Habens facultatem ad eligendum maioratum in filio non potest eligere nepotem.*
7 *Et quando possit.*
8 *Si instituatur in nepote, non potest institui in nepote fratris.*
9 *Quando eadem ratio est in nepote, quæ est in filio, non habens filium potest instituere in nepote.*
10 *Facultas instituendi maioriam in filio non extenditur ad filias.*
11 *Et quid de emphyteusi pro filio?*
12 *Masculi in eodem gradu præferuntur fœminis.*
13 *Quando maioria datur masculis, & fœminis, intelligitur ordine successiuo,*
14 *Et fœmina admittuntur masculo non existente.*
15 *Fœmina semel exclusa ex causa noua admittitur.*
16 *Bona maioria in quibus casibus alienantur? & n.17. 18.19 & 20.*
21 *Facultas alienandi hæc bona non comprehendit alienationem antea factam.*
22 *Bona maioratus an possint præscribi.*
23 *Quid de præscriptione immemoriali, aut centenaria: num.23.& 24.*
23 *De quadragenaria cum titulo.*
26 *Bona maioratus possunt præscribi inter collaterales, & de familia.*
27 *Præscriptio viginti annorum, & triginta, & limitationes.*
28 *Dubia de Capellanijs, quæ non sunt beneficia, debent expediri per leges maioratus.*
29 *Item de Capellanijs. & n.30.31.32.*
33 *Et de renunciatione primogenij.*
34 *Linea vltimi possessoris maioratus, an debeat præferri cæteris. & n.35.*
36 *Proximitas gradus consideratur in successione maioratus. & n.39.*
37 *Graduum computatio quo iure fiat in successione maioratus.*
38 *In matrimonio quomodo gradus computentur.*
40 *Institutor maioratus censetur, excludere fœminas, quando vocat consanguineos & lineam ex parte patris. & n.42.*
41 *Si fœminæ in eodem gradu existentes litigent de maioratu, quæ præferenda sit.*
43 *Vocatio aliquorum de certa progenie, absque alia expressione ad maioratum, an valeat.*

44 *Maioratus*

44 *Maioratus institutus reuocabiliter, si non reuocetur ab institutore, an censeatur perpetuò irreuocabilis.*

45 *Filius susceptus ex secundo matrimonio an succedat tanquam primogenitus exclusis filiis tertij matrimonij.*

46 *Si testator iussit bona sua indiuisa peruenire ad agnatum proximiorem post mortem haredis instituti, an omnibus proximioribus in eodem gradu debeatur fideicommissum.*

47 *Appellatione familia, intelligitur in dubio familia testatoris.*

48 *In fideicommisso relicto familia, masculi primùm, & illis non extantibus fœmina admittuntur.*

49 *Institutor maioratus qui descendentes ex fœmina pratulit agnatis, non censetur voluisse conseruare agnationem.*

50 *An successor futurus in maioratu viuente adhuc possessore illius, agere possit super primogenitura.*

51 *Masculorum vocatio non videtur facta pro conseruanda agnatione si etiam fœmina vocetur.*

52 *Dispositio excludens fœminas an extendatur de casu ad casum.*

53 *Exclusio fœminarum propter mares quomodò intelligatur.*

1. RESolntio prima: Viuente possessore majoratus, successor potest petere, vt declaretur per mortem possidentis maioriam sibi competere, si possessor dum viuit in alium transferri voluerit, vel si bona maioratus dissipet: ita Greg. Lopez *in l. 1. verbo en el tiempo tit. 2. partita 3.* Perez *l. 1. tit.* 8. *lib. 5. ordin pag.* 591. Gamma Lusit. *decis. 6. n. 6. & decis.* 202. *n. 3.* Valasc. *consult.* 184. *n.* 19. D. Barbos. *in l. non potest videri n. 16. cũ seqq. ff. de iudicijs,* Molin. *de primog lib. 1. c. 16. & lib. 3. c.* 14. Iuuat filius, existente patre dilapidatore, qui quamuis nequeat vt sibi debitam in vita exigere legitimam: potest petere, vt sibi assignetur ante diem: quia hoc non est interdicere patri administrationẽ illius, sed potiùs assecuratur: Cald. Pereira *de renouat. emphyt. q. 16. n.* 37. Cordub. de Lara *in l. si quis à liberis, §. item rescriptum,* a. 15. *cum seqq. ff. de liberis agnosc.* Surdus *de alimentis tit. 1. q. 50. n. 4. & tit. 8. priuil. 16. à n. 5.* Perez *tit. 2. lib. 2. ordin. pag.* 76. Ceuall. *commun. contra commun q.* 506. & Axor. *instit. moral. p. 2. lib. 2. c. 19. q.*

2. Resolutio secunda: Successor maioratus, cuius bona ex Regia facultate sunt obligata, & deputata ad soluendum dotem vxoris, cuius hæres ipse successor est, habet ius integrum aduersus bona maioratus, & potest tantam partem maioratus, quanta dotis pretio debetur, alienare, & obligare, & de illa in vltima voluntate quasi de propriis bonis disponere ad libitum. Ex ea ratione, quia successor in maioratu non est debitor simpliciter illius, cui succedit, sed est respectu bonorum maioratus. Atque ita, quamuis nequeat dũ comes est vita à se ipso exigere, sunt tamen ea bona obligata, ex quibus hæredes ipsius successores, vel habentes causam ab eo, debitum poterunt exigere: ita Petr. Duennas *in regul. 18. limit. 3.* Vnde licèt filius dum est in humanis non obtineat hæreditatem cum effectu, quia à se ipso nequit exigere, prodest tamen successio, quoad hoc vt valeat hæc bona hæreditaria quasi libera obligare, & in alium transferre, siue ex contractu, siue ex vltima voluntate.

3. Resolutio tertia: Maioratus possessor bona expressè alienari prohibita, non tenetur renouare descendentibus vltimi emphyteutæ, nisi sint consueta dari in emphyteusim per multiplicatas successiones. Ratio, quia illa emphyteuticatio fuit permissa possessori maioratus ad vitam tantùm: & ideò non obligat successorem, nisi dari in emphyteusim essent consueta per multiplicatas successiones, & duæ saltem concessiones necessariæ sunt cum spatio quadraginta annorum, secundùm Glossam final. receptam *in c. final. de consuetudine.* Sed meliùs in emphyteusim dicitur concedi res consueta, quæ semel cum debita solennitate fuit alienata, aut tradita in emphyteusim: Cald *de renouat. q. 16. n.* 71.

4. Resolutio quarta: Institutio capellæ in testamento minus solenni sustinetur, quia principaliter ad animæ vtilitatem, ac proinde ad pias causas dirigitur, licèt certa pars fructuum detur administratori. Nihilominus institutio maioratus in testamento minus solenni non valet, etiamsi aliquod onus Missarum, aut alterius causæ piæ habeat annexum; quod est accessorium, & principaliter intenditur dispositio sæcularis: secùs in institutione Capellæ, quæ principaliter dirigitur ad piam causam. Ægidius Lusitanus *in l. 1. C. de sacros. Eccles. p. 5. §. 2. num.* 15.

5. Resolutio quinta: Quando maioratus institutor concedit successori, vt eligat in maioratu, quem voluerit, etiam spurium, consanguineum institutoris, non potest eligere filium spurium institutoris: filiũ autem spurium ipse suum potest eligere, dummodò sit consanguineus ipsius institutoris. Ratio, quia electus accipit ab institutore; & ideò spurius illius non potest ab eo accipere, & spurius electus à proprio patre potest succedere, quia non capit ab eligente patre, sed ab instituente cuius est consanguineus: ita Molin. *de iustitia, disp. 167. tom. 1. ad finem conclusionis 3. argumento l. si is, qui ff. de vulgari,* vbi pater substituit pupillariter suo filio legitimo impuberi alterum suum filium spurium in bonis, quæ filio legitimo aliunde veniunt, non tamen, in his quæ legitimo adueniunt ex eodem patre, quia eorum est spurius incapax, sed non aliorum, quæ accipit à fratre mediante patris substitutione. Cùm ergo maioratus veniat ab instituente, non potest spurius eligi à successore habente facultatem ad eligendum: at verò spurius eligentis potest succedere, modò sit consanguineus institutoris, cùm ab eo accipiat mediante patris electione: Molin. *de iustitia, tit. de maioratu, disp.* 592 *num.* 4.

6. Resolutio sexta: Habens facultatem Regiam ad instituendum maioratum, si habet filios, & nepotes, quando facultatem Regiam vult exequi, non potest eligere nepotem, omisso filio: ita Decius *in cons. 1. in fine,* Menoch. *in cons. 215. num. 39. lib. 3.* eò, quia appellatione filij positi in petitione non verificatur in nepote: nam filius est in primo gradu, atque ita à forma data per Principem non est recedendum: *l. si pupillorum, §. 1. ff. de rebus eorum:* item, quia nepos est in secundo gradu: ideò non verificatur licentia in nepote viuente filio, neque potest ad nepotem extendi: Bart. *in l. liberorum, col. penult. num. 18. ff de verb. significatione.*

7. Quòd si viuat pater, qui facultatem obtinuit, & filius decedat, prouisio ad filium vt suum habeat effectum, verificabitur in nepote: *l. Lucius, vltima, ff. de heredibus instituendis,* Carol. Ruyn. *cons. 132. num. 7. lib. 3. & cons. 203. n. 22. lib. 2.*

Porrò quotiescunque filius proprio nomine venit nominatus in facultate Regia ad maioratum instituum, non potest fieri maioratus in nepote, etiamsi nepos sit ex filio in licentia nominato; ita Goxadinus *in cons 29. n.* 15. Rebuff *in d l. liberorum, §. etenim, pag.* 968. *de verbor. significat.* Vnde nepos non ingreditur locum, quando filius nomine proprio est nominatus: Anton. Gabriel *tom. 2. communium opinionum lib. 4. de fideicommissis, conclus. 3. n.* 6. Quare concessa facultate faciendi maioratum in aliquo filio nominato proprio nomine, & in eius descendentibus, non poterit exire à forma præscripta, neque alium vocare in defectum nominatorum in rescripto, & illius descendentes excludendo fœminas

deſcendentes, & nominando maſculos tranſuerſales. Nam à reſcripto non eſt deuiandum: *c.porro,de priuilegiis*,Molin.*lib.2.de primog c.*12.*num* 83. Pelaez *de maioratu*,1.*p.q.*5.*n.*1.*&* 4 *p.q.*1 *illatione* 1.*à n.*17.

Iam verò,qui habuerit facultatem ad faciendam maioriam in filium, & habuerit varios filios,eóſque legitimos,non poteſt pater omiſſis filiis facere maioriam in nepotem, niſi filiis conſentientibus. Et qualiter pater vnicum tantùm habens filium,ex quo plures exiſtunt nepotes,poſſit omiſſo filio meliorare vnum ex nepotibus,tradit Couar.*lib.*1.*var.c.*19.*n.*4. negans ex Segura *in l.cohæredi,§. cum filia, n.*29. *verſ. prædicta ergo, ff.de vulgari*, hanc meliorationem fieri poſſe, cùm pater præcedat eius filium, & ita nepotem Aui meliorantis, nec habeat nepos hic viuente patre ius ſuccedendi Auo, nec obtineat primum locum ſuitatis. Contra verò Regia Fori lex hanc meliorationem permittit filiis,vel nepotibus ius ſuccedendi habentibus, vbi concludit hanc meliorationem ab Auo fieri iuſtè poſſe, vbi vnicus tantùm eſt filius, qui plures itidem genuit eius patri, nepotes; quia nullum grauamen huic filio fit ex tali melioratione facta ab Auo,nepoti:ſicque fuiſſe iudicatum apud Ciſontanum Interpretem *l.*18.*Tauri*.

Molin.tamen *de primog lib.*2.*c.*11.*n.*34. tradit habentem facultatem inſtituendi maioratum in perſona vnius ex ſuis filiis,non poſſe virtute huius facultatis inſtituere primogenium in perſona vnius ex nepotibus.Ex eo fundamento,quia quoties conſideratur gradus, vel affectio, prout eſt in noſtro caſu, appellatione filiorum nepotes non veniunt: ſecundùm *legem,Gallus,§ inſtituens,ff.de liberis & poſthumis*, vbi Bart.& communiter Scribentes:per quæ iura idẽ tenuit Greg.Lopes *in l.*2.*tit.*15 *partita* 2.idémque voluit *in gloſſ verbo, ſi dexaſe hyo, o hya.* Nihilominus idem Greg.fortè immemor ſuæ ſententiæ, aliter diſtinguit *in l.*32. *tit.*9. *partita* 6. *in gloſ.in verbo, no valdra,col.*8.*verſ.ſed pone*: dicens,quando Rex fecit facultatem inſtituendi maioratũ,ſi extabat filius;tunc non poſſe inſtitui virtute facultatis in perſona nepotis primogenium: ſecùs ſi filius iam non erat in humanis;tunc enim poſſet in nepote inſtitui: quod videtur probabile; etiam quando in facultate nulla nepotis fit mentio:idem Molin.*d.lib.*2.*cap.*38. hodie tamen ſemper in facultate exprimitur poteſtas inſtituendi maioriam in perſona filij, vel nepotis, cuius perſonæ electio in facultate libera manet ad libitum inſtitutoris:ideò poterit eligere quem voluerit ex nominatis: *l.cum quidam,ff.de leg.*2.Sed verius adhuc eſt, non poſſe inſtitui maioria in perſona nepotis niſi filiis deficientibus; vt probatur *per l hæredes mei,§.final.ff.ad Trebel.*& ibi Bart.&Alex.& Iaſon *in l.cum quidam,C.de verb ſignif.*Molin.*in lib.*2.*de primog c.*6.*n.*7.Cald.*de poteſt.eligendi c.*15.*n.*3.

8. Reſolutio ſeptima: Facultatem, qui habet inſtituendi maioriam in nepote, non poteſt, ſi ex filio nepotes non habet, inſtituere in nepote fratris ſui: ita Decius *in c.per tuas,n.*5.*de probationib.* quia communi vſu loquendi nunquam nepos fratris filius dicitur nepos,ſed ſobrinus:iouat Bald.*in l.ſi Auia,n.*3. *C.de ſucceſſ.edict.*vbi ait,quòd quando dicitur in Statuto,quòd filij, & nepotes excludant fœminas, non intelligi de filiis fratrum,niſi Statutum id exprimat.

9. Reſolutio octaua:Facultas faciendi maioratum,ſi eadem ſit ratio in nepote, quæ in filio; & non habuerit filios, ne fiat fruſtratoria, poteſt exerceri in nepote,quamuis tempore licentiæ obtentæ nondum fuerit conceptus:ita Tiraq.*de retract.lib.*1.§.1.*gloſ.*9. *n.*86.Conducit Curtius iunior.*conſ.*111.*n.*5.*&* 18. *& conſ.*172.*num* 21. *lib.*2. Nec refert Aretinus innuens contrarium in ſubſcriptione facta ad quoddam conſilium Bartholom. Socin. 152. *Caſus iſte non eſt novus n.*13.*lib.*1. dicens filiorum appellatione non intelligi nepotes, nondum conceptos tempore teſtamenti. Quia id propterea non procedit; eò quod ex mente teſtatoris,non cenſentur vocati nepotes nondum nati tempore teſtamenti. Quod non habet locum in caſu maioratus,ex ea ratione,quoniam quotieſcunque fit ſubſtitutio per verba ſignificantia tractum futuri temporis, vt in noſtro hoc caſu, veniunt concepti, & nati poſt mortem teſtatoris: eò namque; quia tempus exiſtentis conditionis conſideratur, & ſufficit quòd concepti ſint tempore,quo dies fideicommiſſi cedat:ita Pariſ.*in conſ.*31.*n.*41.*lib.* 2.& eſt communis ſecundùm Cephal.*conſ.*16.*n.*63. *& conſ.*318.*n.*24.*lib.*3. Fauet id, quod de nepotibus dicitur, quibus conceſſa emphyteuſis intelligitur, etiam ſi non ſint concepti:Bart.*in l.item Prætor. ff.de ſuis & legit.liber.*Menoch.*conſ.*1.*n.*193. 10.

Reſolutio nona:Regia conceſſio, ſeu facultas faciendi maioratum in vno ex filiis, non extenditur ad filiam ex vi,& forma conceſſionis: ita Greg.Lopez *in gloſſ.verbo mugeres in l.*3.*tit.*13. *partita* 6.& rurſùs *in l.*2.*tit.*15. *partita* 2.*in gloſſ.verbo,hyo, varon*, Pelaez *de maioratu* 1.*p q.*16.*n.*2.*& ſequenti.*Nec refert maſculinum concipere fœmininum: Quoniam id non procedit ex proprietate ſermonis,ſed per interpretationem extenſiuam,& impropriam,non autem per comprehenſiuam: quod probat Imperator *in l. cum in adoptiuis, §. penultimo, C. de adoptionibus*, ibi: *Quæ in filio diximus, in adoptione a patre dato, & hæc in filia,& in nepote,& nepte,& deinceps perſonis vtriuſque ſexus,in ſacris patris conſtitutis, extendimus*: Quæ verba prolata per maſculinum genus, fœmininum complectuntur per interpretationem extenſiuam:vt obſeruat Gloſſ. *in l. ſeruus* 79. *ff. de leg.*3. & Alberic. *in l.*1.*ff de verbor ſignif.*Coſta *in cap.ſi pater,de teſtam. in* 6.*pag.*189.*col.*1.& eſt communis,teſte Tiraq.*lib* 1. *retract.*§.1.*gloſſ.*9.*num.*179.Roland *conſ.*93.*n.*14.*vol.*2. Quare ex vi conceſſionis Regiæ pater habens facultatem ad deligendum filium ad officium,non poteſt nominare filiam, filio omiſſo, quoniam beneficia legum cenſentur data capacibus, non autem incapacibus:Pelaez *de maioratu* 1.*p.q.*48.*ex n.*33.

Apud Noſtros quotidie Chriſtianiſſimi Principes 11.
ſolent parentibus pro dote filiarum ſuarum concedere officia,pro maritis,qui illas in vxores duxerint: Cald.Pereira Luſit. *de poteſt.eligendi c.*15.*n.*22. *ad fin.*

Supradictis fauet, filiam non poſſe nominari ad emphyteuſim pro vno filio conceſſam, quia aliter comprehendi non poteſt, niſi per interpretationem extenſiuam: Valaſc.*de iure emphyt.q.*5.*n.*2. cùm contractus emphyteuticus ſit ſtricti iuris: Cald. tamen *ſupra* opinatur veriorem eſſe ſententiam aſſerẽtium *n.*19.ad emphyteuſim pro filiis cóceſſam etiam filias cõprehendi, quoniam verba ſexus maſculini in plurali numero prolata,ex vi comprehenſiua ad fœminas comprehenſas extendi, ſub verbis cóceſſionis,& inueſtituræ:ſecùs quando verba fuerint cócepta ſub numero ſingulari pro vno filio nominádo,tũc enim fœmina nominari nequit, nec comprehendi aliter, quàm per interpretationem extenſiuam quam fore negandam in contractibus ſtricti iuris,& cóſequenter in emphyteutico antè tradidit Valaſc. *d.q.*5.*n.*2.

Reſolutio decima:mares fœminis in eodem gra- 12.
do exiſtentibus in maioratuum ſucceſſione ſine vlla controuerſia præferuntur:ita Bald.*in l.in multis,ff.de ſtatu hom.& in l.*1.*ff.de Senatoribus*,Couar.*lib.*3.*variar. c.*5.*n.*5.non enim præfertur filia primogenita excluſo maſculo etiam poſtremò genito,vt obſeruat Natta *conſ.*676.*n.*38.*vol.*4.Roland.*conſ.*58 *n.*74.*lib.*3.Burgus de Pace *in proœmio legum Tauri num.*66. Auiles *in proœm.legum Prætorum verſ.Reina n.*3.*&* 4. Ant.Gom. *in l.*40.*Tauri,num.*8.*&* 61. Molin.*de primog. lib.*3.*c.*4.

Idem

Idem procedit, quando masculi, & fœminæ in diuersis lineis simul concurrunt, tunc enim nulla adhibita lineæ prærogatiua masculus prælucet fœminæ, dummodò omnes procedant ab eodem stipite.

13. Resolutio vndecima: Maioria, seu feudum pro masculis, & fœminis concessa, intelliguntur ordine successiuo, ita Alex. *cons. 44 n. 2. lib. 1. & cons. 9. lib. 5.* Decius *cons. 139.* Couar. *lib. 3. var. c. 5. n. 5. vers. 7. ad successionem maioratus.* Vnde fœminæ exclusæ à successione propter masculos, illis non existentibus, admittuntur, tanquam cessante causa exclusionis: Angel. *in Auth. de hered. & falcidia §. si quis autem, in verbo, auferri,* Fulgos. *cons. 8. D. Petrus col. 3.* Paul. de Castro *in cons. 191. Visis, & diligenter examinatis, lib. 2. vers. ex his videtur.* Quod intelligitur, quando nulli sunt masculi, qui possint succedere.

14. Resolutio duodecima: masculis non existentibus, fœminæ admittuntur modo supradicto. Quando autem mares existunt, qui possunt succedere; & ita excluduntur fœminæ: illæ perpetuò sunt exclusæ quamuis masculi postea non existant: ita Bart. *l. vltima q. 1. ff. ad Tertullian.* Bald. *in Authen. sed & si quis, in vers. sed per hoc infertur, C. de secundis nuptiis,* & satis est, si masculus per momentum vixerit, & ita exclusisset fœminam: ita Bald. *in l. in quibus, C. de secundis nuptiis, vers. sed hic concurrit alia quæst.* Alexand. *cons. 29. prope finem, lib. 1.* Cotta *verbo, Momentum, vers. 3. & verbo, Statutum, quod extantibus, ad finem,* Cald. Pereira *de nominat. emphyt. q. 12. n. 15. & q. 16. n. 11.* & alij, quos referens sequitur Pelaez *de maioratu 2. p. q. 6. ex num. 166. cum seqq.*

15. Resolutio decimatertia: fœminæ semel à primogenio exclusæ possunt successionem ingredi ex causa noua: ita Tiberius Decianus *cons. 40. n. 32. lib. 1.* Menoch. *cons. 359. n. 10. lib. 4.* post Socin. iun. *cons. 76. n. 23. lib. 1.* Accedit, quòd fœmina semel exclusa perpetuò manet exclusa: quod procedit, quando eadem subest ratio exclusionis: secùs ea cessante. Menoch. *ibidem n. 12.* Similiter non excluduntur fœminæ adueniente masculo in eodem gradu, quando fœminis est ius quæsitum: Pelaez *de maioratu p. 4. q. 1. n. 175.*

16. Resolutio decimaquarta: bona maioratus posse alienari in aliquibus casibus certi iuris est. Primò ex concessione Regia in euidentem vtilitatem maioratus: text. *in l. seruus, C. de pactis,* argumento mulieris quæ ex Statuto nequit contrahere, sine propinquorum auctoritate: valide tamen contrahit sine ea, quando contractus est illi vtilis: per *l. neque, C. de contrahenda emptione,* vbi Bald. *l. cum hi, §. cum transactionem, ff. de transactionibus,* text. *ibi,* & Iason, & Gloss. *in l. contra iuris, §. vltimo, ff. de pactis,* Suarez *in in l. 3. fori, tit. de las deudas.*

17. Secundò, propter vtilitatem possent alienari, hoc est permutari prohibita propter euidentem vtilitatem: prout vult Paul. de Castro *in cons. 270. Dubitatur vtrum hospitale, col. 2. lib. 2.* Menoch. *cons. 322. num 67. lib. 4. vers. ita etiam permutari.*

18. Tertiò, feudatarius item potest feudum alienare ob vtilitatem bonorum feudalium: Isernia *in c. 1. §. præterea, de capitul. Corradi & in c. Imperialem, de prohibita feudi alienat. col. 7.* Iason *in l. diuortio, ff. soluto matrimonio §. interdum, n. 4.* Quinimò alienari prohibita, possunt alienari ad augendum cultum Ecclesiæ, ex Hostiens. *in summa, vt Ecclesiastica beneficia,* Bursatus *in cons. 185. n. 23. lib. 2.* quibus addi potest, quod prohibita alienatione videatur prohibita alienatio hominis, non autem legis: teste Bart. *in Authen contra rogatus, C. ad Trebellian.* iuuat Iason *in l. Barbarius, n. 6. ff. de officio prætorum,* & Decius *in c. quæ in Ecclesiarum, de constitutionibus, n. 9.*

19. Quartò, obtenta facultate ad alienandum bona maioratus, non licet illa hypothecare, vt tenet Sarmient. *lib. 6. selectarum interpretationum, n. 7.* Sed Molin. *de primog. lib. 4. c. 5.* facultatem extendit alienandi ad Hypothecam *ibi, n. 18.* idque validissimis rationibus probat: quod puto verum, quando est euidens vtilitas; argumento rerum Ecclesiæ, quæ ex causa maioris vtilitatis alienari possunt; si quippe Ecclesia ipsa reciperet alteram rem meliorem: vt per Viui. *tom. 1. communium opinionum lib. 1 tit. 1. n. 36. vers nono.* Vnde contractus, quando sunt vtiles Ecclesiæ, quamuis fiant sine solennitate, sunt validi: vt per Redoan. *in tract. de reb. Eccles. non alien q. 10. & q. 51. c. 7* Nauar. *in comment. de alienat. rer. Eccles sub num. 17.* Rebuff. *in compendio alienat. num. 34.* Mascard. *de probationib. conclus. 75.* Quarant. *in Summa Bullarij, verbo, alienatio rerum Ecclesiæ, num. 34.* vbi declarat talem contractum esse nullum, vel validum, si Ecclesia volet, eique placebit.

Quintò, bona alienari prohibita possunt alienari 20.
ex verisimili prohibentis voluntate, quamuis sit contra eiusdem prohibentis verba; secundùm Angel. *in cons. 169. Super puncto supra scripto, col. 1. & 2.* & Iason *in l. filiusfamilias §. Diui, limitatione 7. ff. de legat. 1.* cum Socin. iuniore *in cons. 28. num. 5. lib 2.* Censetur autem licentia iusta ad alienandum bona maioratus, quando plus expenditur in illis, quàm valeant reditus: text. *in cap. non liceat Papa, 12. q. 2.* ibi: *Nisi tantummodo domos, quæ in quibuslibet vrbibus non modica impensa sustentantur.*

Resolutio decimaquinta: Licentia data ad alie- 21.
nandum bona maioratus, non comprehendit alienationem antè factam, nisi in licentia exprimatur confirmatio alienationis bonorum, quæ ante licentiam facta fuit: ita Molin. *de primog. lib. 2. c. 7.* Guttier. *lib. 2. practicarum quæst. q. 76.* Greg. Lopez *in l. 27. in in gloss. 1. tit. 4. partita 5.* Pelaez *de maioratu 4. p. q. 2. ex n. 1. cum seqq.* Licentia namque, quando necessaria est, semper requiritur ante actum, vel in ipso actu; nec illum confirmat, si ex pòst facto præstetur: *l. si quis mihi bona §. iussum ff. de acquir. heredit.* vbi Gloss. & Bart. *n. 5.* Iason *n. 21.* & constat *ex l. Taurina 42.* quæ hodie est *l. 3. tit. 7. lib. 5. in noua recopilatione legum Hispaniæ,* vbi habes, licentiam ad maioratum faciendum debere præcedere factionem maioratus, nec illum validum fieri ex licentia subsequenti, nisi expresse iam factus confirmetur.

Resolutio decimasexta: Bona maioratus, quæ pro- 22.
hibita sunt alienari, possunt præscribi, ex Bart. quem sequitur Alex. *in l. filiusfamilias, §. diui ff. de leg. 1.* facit *l. qui heredi, § si pars, ff. de condit. & demonst.* vbi inquit Iureconsultus rem legatam vsucapi posse.

Sed non valere præscriptionem in bonis maioratus, etiam longi temporis, est verius; prout voluit idem Bart. sibi contrarius *in l. vbi lex, ff. de vsucapion.* Pinellus *in Authen. nisi tricennale, C. de bonis maternis,* Tiraquell. *de primog. quæst. 30.* Ant. Gomes. *l. 40. Tauri num. 90.* Ant. Gabriel. *lib. 5. communium opinionum, tit. de præscriptione conclus. 3.* Pelaez *de maioratu 4. p. q. 21. ex num. 5. cum seqq.* Ex eo fundamento, quia contra impeditum non currit præscriptio: *l. 1. in fine, C. de annali exceptione.* At constat successores in maioratu, dum possessor adhuc viuit, antequam decedat, & fideicommissi dies cedat, agere non posse: igitur neque præscriptio aduersùs eos currere potest. Iuuat, quòd vsucapio sine titulo nequit procedere: *l. neque diutina, C. de longi temporis præscriptione:* sed alienationis prohibitio in bonis subiectis fideicommisso titulum afficit: ergo præscriptio, tanquam titulo non extante, imo deficiente in prædictis bonis, non valet.

Nec refert text. cuius meminit Bart. pro sua sententia *in dict. l. qui heredi §. si pars, de condit. & demonstrat.* Quia respondeo, quòd ibi res legata fuit vsucapta testatore adhuc viuo: quod ex eo osten-

ditur; quoniam aliàs non ambigeretur vtrùm pro parte obediendum conditioni esset, vel nō, cùm hæres, qui alienauit, si post mortem testatoris vsucapio incboata fuisset; aut hæredis inertia, vel negligentia impleta, teneretur ad æstimationem partis vsucapiæ, secundùm *l. si fundum per fideicommissum, in principio, de condit. & demonst.*, Quare cùm in solidum legatum integrum recipiens, conditioni parere deberet, nihilominus cùm pars rei legatæ alienata à testatore, & eo adhuc superstite viuentéque vsucapta fuerit, quemadmodum pro parte visus est reuocasse legatum, secundùm *l. fideicommissa, §. si rem, de legatis* 3. sic etiam ex sententia testatoris obligatio conditionem adimplendi reuocata præsumitur.

Sed quid dicendum de bonis maioratus, an sicut possunt alienari viuente institutore in aliquibus casibus, sic etiam possint præscribi incepta præscriptione viuente eodem institutore? Affirmant aliqui, posséque finiri præscriptionē post eius mortem: ita Bald. *in l. 1. n. 19. C. de seruis fugitiuis*. Molin. *de primog. lib. 4. c. 10. n. 4. &* 3 Huc autem locum videtur habere in præscriptione longi temporis, non autem in præscriptione longissima: prout tradit Bald. Nouell. *de dote 2. p. vers. 1. fallit*, & Bertrandus *cons. 115. n. 34. lib. 1.*

His tamen non obstantibus adhuc verius est præscribi non posse huiusmodi bona præscriptione longissima per aliquem, in præiudicium vocatorum: vt vult Corneus *cons. 117. n. 5. lib. 1.* Carol. Ruyn. *cons. 41. n. 26. lib. 1.* Quare absolutè dicendum est nullam præscriptionem etiam longissimam procedere posse aduersùs successores, qui ante diem fideicommissi non succedentes, erant impediti agere: Ant. Gabriel *lib. 5. communium opinionum tit. de praescript. concl. 13.* Molin. *de primog. lib. 4. c. 10.* Greg. Lopez *l. 10. tit. 26. partita 4. in gloss. verbo, ni le empece*, quamuis contrariam opinionem tueatur Pinellus in longissima præscriptione, *in Authent. triennale, C. de bonis maternis, n. 35.* cuius rationibus occurrit Menchaca *de success. creat. lib. 3. §. 26. n. 131.* quæ sententia refellitur à textu *in l. si duobus 3. §. sin autem, in fin. C. communia de legatis*, vbi generaliter probatur fideicommissarium adueniente die fideicommissi, posse rem vendicare, nullum impedimentum illi obiiciendo: per quæ verba, longissima etiam præscriptio exterminatur: argumento *l. 1. §. & generaliter, de legat. prastand.*

23. Longè aliter dicendum est de præscriptione immemoriali, de cuius principio non extat memoria apud homines: hæc autem nocet successoribus, eò quia ex tanto tempore, præsumuntur omnes solennitates ad alienandum interfuisse: vt volunt Surdus *decis. 231. n. 19.* Flores *var. lib. 3. q. 23. n. 40. & 89.* Mich. Grass. *tom. 1. communium opinionum lib. 4. tit. 9. n. 348.* Quaranta *in summa Bullary verbo, alienatio, num. 46.* Aloys. Riccius *in praxi decis. 249. num. 7.* & alij apud Augustin. Barbos. *in cap. peruenit 4. de emptione, & venditione, & l. 3. §. ductus aqua, de aqua quotidiana, & astiua.* Nam immemorialis præscriptio habet vim tituli, & priuilegij: ita Decian. *cons. 85. num. 2. & cons. 114. in fine*, Menoch. *cons. 43. num. 7.* Natta *cons. 154. num. 6. lib. 2.* idem Menoch. *cons. 142. num. 13.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 2. num. 19.* & constat *ex cap. super quibusdam 26. de verbor. significat.* Ex quo si per tempus longissimum res aliqua de maioratu alienata reperiatur, præsumitur in ea alienatione interfuisse Regiam licentiam, & reliqua necessaria, vt alienatio sustineatur: Afflict. *in c. Imperialem, n. 27. de prohibita feudi alienatione*, Menoch. *de præsumptionibus lib. 3. prasumpt. 131. num. 43.* Mascard. *de probat. conclus. 1214. num. 48.* Afflict. *decis. 254. n. 4.* & Couar. *lib. 1. variar. c. 17. n. 6. & in regula Possessor, p. 2. §. 3. n. 7. col. 4.* vbi ait, quòd in præscriptione immemoriali allegatio tituli non est necessaria: sequitur Suar. *tom. 2. communium opinionum lib. 7. tit. 5. n. 58.* & Menoch. *d. prasumpt. 131. à n. 26.*

Resolutio decimaseptima: Præscriptio immemo- 24.
rialis in quibus casibus requiritur, non sufficit præscriptio centum annorum, nisi ex aliqua lege in aliquo casu præscriptio centum annorum satis sit. Ex quo colligitur, quòd præscriptio immemorialis maior est præscriptione centum annorum. Nam præscriptio immemorialis, cùm sit illa, cuius origo non apparet, & præscriptio centum annorum habeat originem, magis tribuitur præscriptioni de cuius origine non est memoria, quàm illi, quæ habet originem, & ideò eò maiorem immemorialis operatur effectū, quòd antiquior est. Quæ conclusio constat *ex l. 19. tit. 16 parti. 3.* ibi: *E digo*, & rursus colligitur *ex l. 12. tit. 22. partita 1.* in his verbis: *E que nunqua vieron, ni oyeron dizir lo contrario.* & expressa extat lex alia nimirum 15 *tit. 31. parti. 3.* ibi: *No se pueden acordar los homens, quanto ha, que lo comesaron vsar.* Consunat doctrina Anton. *in c. per quid nouale, n. 15. de verb. signif.* vbi dicitur, quòd Antiquum vocatur, quod excedit centum annos: Tiraq. *in l. si vnquam, verb. omnia, n. 31.* Menoch. *de arbitr. casu 3.* Auendan. *de exequend. mandat. p. 1. c. 6. n. 6. cons. 1. n. 5.* Gamma *decis. 88. n. 1.* Atque ita, quoties cunque memoria non extat ab initio, dicitur præscriptio immemorialis. Cùm ergo principij memoria extat, nō dicitur immemorialis, nec habet priuilegia præscriptionis immemorialis: Sed hæc ratio non est firma, quoniam præscriptio excedens memoriam hominum non ex eo dicitur immemorialis, quòd memoria non extat; quia nihil est sine principio: sed quoniam testes non habent memoriam principij, neque recordantur illius: Pelaez *de maioratu 4. p. q. 20. ex n. 228.* vbi *n. 242. cum seqq.* ostendit, quanta sit vis, & virtus præscriptionis immemorialis.

Resolutio decimaoctaua: Præscriptio quadrage- 25.
naria cum titulo sufficit ad probationem maioratus, quamuis titulus sit inualidus: deducitur *ex cap. 1. de præscriptionibus in 6.* & fulcitur *ex l. 1. tit. 10. lib. 5. recopil.* iuuat Couarr. *in d. regul. possessor, de regul. iuris in 6. 2. p. §. 3. num. 4.* dicens iurisdictionem contra Regem acquiri cum præscriptione quadraginta annorum cum titulo secuto, & per præscriptionem immemorialem: fauent scripta per Guttier *pract. qq. lib. 3.* dummodò præscribens, aut illius successores bonam fidem habeant, & iustam, & probabilem ignorantiam, & non crassam, ac supinam. Secùs de iure Lusitano *lib. 2. ordinationum tit. 45. §. 10.* ibi: *porque auemos por danado o tal costume, E posse posto que seia immemorial.*

Res tamen maioratus, vt præscribantur sufficit bona fides cum titulo, & spatium quadraginta annorum: Gabriel. Pereira *decis. 52. ex n. 1.* Pelaez *de maioratu d. p. 4. num. 366.*

Resolutio decimanona: Bona maioratus possunt 26.
præscribi inter collaterales, & de familia. Ratio, quia cùm præscribens sit de familia, & de generatione testatoris, & ab eo vocatus, non vsucapiuntur bona maioratus, sed ius succedendi, quod est præscriptibile, sicut alia pleraque iura: Tiraq. *de retract. lib. 1. §. 36. gloss. 2. n. 36.* text. singularis *in c. cum de beneficio, de prabendis lib. 6.* iuxta doctrinam Dominici *ibi, n. 3.* Quæ resolutio erit magis certa, vbicunque cum præscriptione quadraginta annorum concurrerit titulus Regius, secundùm textum *in c. 1. de prascriptionibus in 6.* Molin. *de primog. lib. 2. c. 6. n. 31.* Burgus de Pace *in cons. 41. n. 11.* idem Molin. *lib. 4. de primog. d. c. 11. n. 10.* & fauent, quæ ipse scribit *lib. 2. de primog. c. 6. n. 51.* ex eo fundamento quoniam præscriptio similis est hæc præscriptioni immemoriali. Cùm ergo præscribens sit de vocatis ad maioratum, & habeat vtramque possessionem, ciuilem scilicet,

&

& naturalem, potest vsucapere aduersùs proximiorem vocatum, & obtinere primum locum ob alterius inertiam: argumento Ecclesię non petentis pensionem ab emphyteuta per decem annos perdit possessionem ciuilem: vt vult Aymon. *in tract. de antiq. tempor.4.p.n.139.* dicens; Si quis teneat rem non vt feudalem, sed vt allodialem, iusto titulo, & bona fide per decennium durante, nullam currere præscriptionem, existente possessione ciuili apud dominum per illud tempus; sed transacto decennio incipere currere longissimi temporis præscriptionem contra dominum: quia Ecclesia semper dicitur ciuiliter possidere, quamuis per sexaginta annos possessione careat: vt tradit Paris. *in cons.24.num.9. cum seqq.* Pelaez *de maioratu 4. p q.21.n.42.* vbi ponit limitationes ad regulam, quòd bona maioratus vsucapi nequeant: quas oportet videre.

27. Resolutio vigesima: Præscriptio viginti annorum, etiam cum titulo, & bona fide, nullo modo admittitur in bonis maioratus, quamuis res à non prohibito, sed ab alio fuerit possessa. Constat *ex l.final §. fin autem sub conditione, C.communia de legat.* ibi: *Vt nec vsucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat.* Est communis, eò quia quando lex prohibet vsucapionem, nihil prodest possidenti bona fides: *l vbi lex*, cum similibus, *ff. de vsucap.* Ant.Gomes. *in l.40. Tauri n.90.* contra plures, quos refert Pinel. *in Auth.nisi tricennale, C.de bonis maternis, n.33.* Bart. *in d.l.vbi lex*: ponendo regulam generalem tradit bona prohibita alienari, modò per legem, modò per testatorem, modò per contractum inter viuos, non posse præscribi: text. etiam *in l.alienationis verbum, ff.de verb signif.*

Limitatur tamen primò, præterquam si præscriptio fiat præsentibus, & videntibus, & consentientibus illis, in quorum fauorem fuit facta prohibitionam, sicut possunt consentire alienationi, ita possunt præscriptioni: Bart. *in l.filiusfamilias, §.diui ff.de legat.1.col.penult.*

Limitatur secundò, bene posse præscribi tempore triginta, vel quadraginta annorum; quia secundùm aliquos talis præscriptio non exigit titulum: vt in specie Paul.de Castro *in l.final.§ sed quia, C communia de legat.col.3. versic.adde aliam vtilitatem.* Nihilominus talis præscriptio debet currere aduersùs ipsum alienátem, aut aduersùs eius successorem, postquam dies cessit, vel obligatio restitutionis; antea verò, minimè: cùm nequeat agere, & non currat præscriptio impedito agere: vt *in l.1. C.de annali exceptione.* Item requiritur, quòd ipse successor, cui illa bona debent restitui solus existat: quòd si plures existant successores ordine successiuo vocati, non datur præscriptio aduersos omnes, sed aduersus illum tantùm, cui cessit dies, vel conditio restitutionis, vt Scribentes *in l. filiusfamilias §. diui, de legat. 1.* Nihilominus, quamuis hæc resolutio censeatur probabilis, non posse prædicta bona præscribi tempore ordinario, nec longissimo alienari, vt deducitur ex text. iuncta Gloss. *in c.1. § quid ergo, de inuestitura de re aliena facta, in vsibus feudorum, & ibi* expressè Bald. ex ea ratione, quia cuius non nocet pactio eius, non nocet contra se lapsa præscriptio. Et multo fortius probatur idem *in c.1.§.præterea, de capitulis Corradi*, his verbis: *Præterea, vt liceat dominus omnes alienationes fundi factas nulla obstante præscriptione renocare.* Per quæ verba idem tradit Isernia *in c.1. vers. nos autem: de prohibita feud alienat per Federicum*, non dari præscriptionem, etiam longissimam, in rebus maioratus; vt ostenditur ibi: *nullius temporis præscriptione impediente.*

Cæterùm his non obstantibus, quæ dicta sunt *decimaoctaua resolutione*, possunt admitti, quando titulus fuit habitus ab aliquo tertio non prohibito alienare: quia tunc possessor habens causam ab eo ipso, licitè posset præscribere: vt notat idem Bald. *in l.2. in fine, C.de vsucap pro emptor.* quoniam prohibitio est personalis, & maioratum constituens potuit successorem eius vniuersalem, aut particularem obligare, cùm ab eo habuerit causam; non autem alium tertium: sequitur Franciscus Balbus *in tract.de præscriptione, 5. p.prin.q.5.* Loaxez *in l.filiusfamilias §. diui, ff. de legat. 1. num.75.* Quando autem titulus fuit habitus ab ipso prohibito alienare, bona maioratus, vel prohibita alienari non possunt præscribi, eò quia prohibitio alienationis, ita rem afficit, vt perpetuò nequeat alienari, neque dicitur prohibitio personalis: atque ita res prohibita alienari, præscribi nequit, & impedimentum inest rei ipsi, & non personæ. Vnde cùm hæc ratio militet etiam, quando titulus habitus fuit ab aliquo tertio alienare non prohibito, & prohibitio rem afficiat, & non personam, non debet fieri differentia aliqua modò alienetur ab vno, modò ab aliquo tertio non prohibito. Quocirca causabitur præscriptio, si tertius ille possessor habeat, & præscribat bona maioratus, vel subiecta restitutioni, per tempus immemoriale: tunc enim non possunt ab eo auferri; quia possessio excedens hominum memoriam habet vim tituli legitimi, vt dictum est *in d l ex hoc iure §. ductus aquæ ff.de aqua quotidiana, & æstiua*, & dictum est *supra. resolutione decima septima* cuius verba sunt: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam excesserit, iure constituti loco habetur:* text. *in c.mos antiquus 63. distinctione*, text. *in c.1. de præscriptionibus lib.6.* & Molin. *lib.4.de primog.c.10. n.9.* vbi concludit immemorialem in rebus maioratus contra omnes successores admitti.

Resolutio vigesima prima: In capellaniis, quæ non sunt beneficia, & in successione earum, quando vocantur clerici consanguinei, seu de familia, in causis Hispaniæ dubia oborta expediri debent per leges, & iura de maioratibus loquentia: Ita Guttier. *lib.2.pract cap.8. num.9.* Valasquez de Aoendan. *in l.40.Tauri.gloss.2.num.66.* Molin. *de primog.lib.1.cap.7. num.10.* Pelaez *de maioratu, in principio, num.7.* Spino *in speculo gloss.19.num.57.* & alij, quos referens sequitur Gonzales *de mensibus gloss.5.num.34.* vbi addit, in huiusmodi capellaniis non habere Episcopum ius instituendi, seu destituendi, nec visitandi, nec aliud iura diœcesanum: vt notat Paris. *cons.34.num.9. & sequenti, & a n.27. vsque ad n.40. & 41.lib.4.* 28.

Resolutio vigesimasecunda: Capellania erecta cum reditibus ad sustentandum capellanum, vt ex illis sacrificet decies in mense, in bonis temporalibus numeratur: ita Abbas *cons.29. lib.2.* Rebuff. *de pacific. possessor. num.287.* Nauar. *in manuali cap. 28.* quos refert Valasc. *consult.60. num.12.* Vnde fructus destinati ad alendum capellanum dicuntur procedere de substantia testatoris: Ripa *in l.in fideicommissariam, num.40. ff.ad Trebellianum*, Menoch. *lib.2. de arbitrar.casu 163.num.32.* 29.

Resolutio vigesimatertia: Capellanus non requiritur, quòd sit sacerdos, etiamsi fundator disponat, quòd celebret decies in mense: vnde Capellania non est sacerdotalis; nec præsentandus in ea debet esse ætate, vt infra annum possit promoueri ad sacerdotium: quia verba *vt celebret decies in mense*, non excludit, quòd possint sacrificia celebrari per substitutum, vt tradit Lapus *allegat.35. num. 2. & allegat.117. num.2.* vbi vult satisfieri menti testatoris, si per alium diuina celebrentur: & sufficit, quòd sacra per alium fiant; sequitur Cardin. *in cap. de multa, prope finem, vers. quæro si habens, de præbendis.* Felin. *in cap. cum omnes, ante num. 33. vers. & hoc procedit etiam si ex ordinatione testatoris, de constitutionibus.* 30.

31. Quòd si fundatur, seu testatur dicat, seu mandet, vt Capellanus celebret decies in mense per se ipsum, tunc capellanus debet esse sacerdos, & debet celebrare per se ipsum, nisi iustè sit impeditus: quia fundatur potest hanc obligationem imponere, & cunditiones quas voluerit: *c. præterea, de iure patronatus, c. quanto, de censibus*, & expressè disponitur in Concilio Trid. *sess. 25. de reform. c. 5.* Quinimò potest præcipere, quòd capellanus dum actualiter præsentatur sit sacerdos, tunc nou sufficiet esse in ea ætate, vt valeat promuueri iuxta annum ad sacerdotium: Gonsales *de mensibus glos. 5. ex n. 84. vsque ad n. 104. cum seqq.*

32. Obiter est notandum, quòd si capellanus habeat onus celebrandi decies in singulis quibusque mensibus per se ipsum, posse anticipatè dicere missas, nisi à testatore, seu institutore capellæ, seu maioratus, tempus certum designetur: nam qui soluit anticipatè, melius soluit; quoniam qui serò soluit, minus soluit: *§. plus, Inst. de actionibus*, Menoch. *cons. 35. n. 27.* & in specie ait Petrus Nauarra *de restitut. tom. 2. c. 2. n. 31.* quem referens sequitur Alphunsus da Veiga *in sua sylua lib. 6. casu 59. fol. 380.* vbi concludit posse capellanum facere sacra suæ capellaniæ anticipatè.

Nec refert doctrina Spinu *in suo speculo testamenti, gloss. 28. num. 71.* dicentis præcipiente testatore dari eleemosynam pauperibus certo tempore, non posse hæredes, vel executores præuenire, & anticipare illud tempus in præiudicium pauperum futurorum temporis futuri: Quia hoc procedit ex voluntate expressa testatoris, quod distribuatur inter pauperes certa quantitas certo tempore designatu cuiusque anni: atque ita præuentio, & anticipatio erit damnosa futuris pauperibus: at verò anticipatio dicẽdi sacra nõ est dãnosa, sed valde vtilis voluntati, & intẽtioni testatoris: sequitur Bart. ab Spinu relatus *in l. cũ pater, §. filia, ff. de leg. 2.* & esse communẽ fatetur Iason. *n. 6 ibi.*

33. Resolutio vigesimaquarta: Quamuis primogenitu integrum sit expressè, aut tacitè iuri suo renunciare, vt pro more differit Tiraq. *de primogenijs, q. 24. & q. 25.* tamen si primogenitus patiatur in maioratu iurisdictionem, ad se ipsum duntaxat pertinentem, ex institutore fratrem secundugenitum simul administrare, & Officiales constituere per annos triginta, nõ propterea censetur ex illis actibus renunciare iuribus suis primogenitus: Ita in specie ducuit Castro *in l. qui iure familiaritatis, num. 2. ff. de acquirenda possessione, & cons. 179. In causa, quam Magnificus.* sequitur Tiraq. *in tract. de iure primig q. 35.* Curtius iun. *in cons. 108. n. 26.* & alij, quos referens sequitur Menuch. *de arbitrarijs, casu 160. num. 15 & cons. 168. num. 81.*

34. Resolutio vigesimaquinta: Linea vltimi possessoris maioratus debet præferri omnibus aliis, nec potest dari transitus de illa ad alias, donec omnes descendentes ex illa extinguantur: text. *in c. 1. de natur. success. feud.* ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit.* Et rursus, ibi: *sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes alia linea æqualiter vocantur*: sequitur Paul. *cons. 164. n. 11. lib. 2.* Ruland. post plures *cons. 100. n. 14. lib. 1.* Molin. *de primog. lib. 3. c. 4. n. 14.* vbi circa hoc quatuor ubseruat; successores scilicet in maioratu debere esse eiusdem lineæ & eiusdem gradus, ita vt sint possessori magis coniuncti: secundò vt præferantur remotioribus: tertiò vt sit masculus, & præferatur fœminæ: denique vt sit maior natu, quando successores pares fuerint linea, gradu, & sexu, tunc maior natu præfertur minori.

35. Ad hæc, linea illius, qui semèl primogenituram obtinuit, cæteris præferri debet, neque alius præire potest, donec deficiant omnes, qui ex illa linea promanarunt: ita Bald. *in l. cum in antiquioribus C. de iure deliberandi, n. 11. vers. 9. quia primogenitus*, vbi tradit, quòd primogenitus vbi primùm natus est, se inclusit & exclusit perpetuò secundogenitũ. Vnde quandiu aliquis ex primogeniti linea superest, nec secundogenitus, nec etiam alius ex eadem linea descendens ad maioratus successionem vucabitur: ita Paul. *cons. 164. n. 4. & 5. lib. 2.* Molin. *de primog. lib. 3. cap. 6. ex n. 30. cum seqq.* quare ius primogenituræ non debet exire ex illa linea in quam semel ingressum est, nisi omnes ex eadem linea descendentes, deficiant: Spino *gloss. 19 num. 64. in suo speculo, & num. 65.*

36. Resolutio vigesimasexta, proximitas gradus, sicut in successione ab intestato consideratur habito respectu ad illum, qui postremo loco mortuus est, & de cuius successione agitur; sic etiam in fideicommissu idem urdo seruari debet: ita Socin. *cons. 249. col. 12. vers. 111. & in num. 13. in l si cognatis, col penult. de rebus dubiis.* Paris. *in cons. 111. num 41. vol. 1.* & Socin. iun. *in cons. 226 num. 25. vol. 1.*

37. Resolutio vigesimaseptima: graduum computatiu ad succedendum in maioratum debet fieri secundùm ius ciuile; secundùm Couarruuiam *in Epitome de sponsalibus p. 2. cap. 6. num. 8. §. 6.* & constat *ex l. 3. tit. 7 partita 4.* vbi Gregor. Lupez, *& in l. 13. tit. 13. partit. 6. fol 88. col. 4.* Curt. iun. *cons. 7. n. 6. & 7.* Corne. *in cons. 248. lib. 1.* Tiraq. *lib. 1. de retract. §. gloss 9. n. 23. pag. 134.* Argumento feudi, vbi graduum computatio fit secundùm ius ciuile, vt vult Præpositus *in c. 1. §. & quia: Qui feudum dare possunt* Sanch. *lib. 7. de matrim. disp. 50. num. 8.*

38. Quoad matrimonium, graduum computatio in vtroque foro fieri debet, iuxta dispusitionem iuris Canunici, & secundùm illud probari debet, ex Gloss. in arbore cunsauguinitatis, *& in §. hactenus, Inst. de gradibus*, Francus *in c. 2. de testibus, in 6.* & est communis auctore Decio *in c. 2. de probationib. n. 3.*

39. Porrò proximior in gradu secundùm ius canunicum, & ciuile præferri debet iu successione illi, qui admittitur solùm iure Canonico: Bart. *in cons. 157.* relatus à Barth. Socino *cons. 89 n. 15. lib. 3.*

40. Resolutiu vigesimaoctaua: maioratus Institutor, si vocet consanguineos, & lineam ex parte patris, non vocat fœminas, nec cognatos, sed agnatos censetur vocare; ita Ant. Peregrinus *in tract. de fideicommissis art. 22. n. 24. & art. 26. n. 31.* Gratus *cons. 27. n. 26. lib. 1. & cons. 161. n. 14. lib. 2.* Carul. Ruiu. *cons. 164. n. 5. lib. 3.* Paul. de Castro *in cons. 111. n. 3. & 4. lib. 1.* Roland. *cons. 23. n. 28. lib. 3.* quibus accedit Ripa *cons. 134. n. 1.* vbi vult, quud si quis substituat proximiorem de genere suo, & cognomine, nun venire ad fideicommissum filium sororis, sed fratrem patruelem.

41. Resolutio vigesimanona, fœminæ, si litigant super maioratu in eodem gradu existentes, præfertur nata ex masculo: *l. quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis. ff. de regul iuris* sequitur Anchar. *in cons. 259.* Nos Petrus de Ancharanu *n. 1. & 3.* vbi vult, quòd quando extant masculi, etiam descendentes ex fœmina, præferuntur fœminis: sequitur Card. Mant. *lib. 8. de coniectur. mente defuncti, tit. 18 n. 16. & 27.* vbi concludit, quud masculi descendentes ex fœminis, præferuntur fœminis: iuuat *l. quæritur, ff. de statu homin.* Peralta *in rubrica, ff. de hæredibus instituendis, n. 122. vers. 3. eadem, pagina 74.* dicens masculum ex fœmina natum in casu, in quo fœmina existente masculu in medio minori etiam natu, non succedere in maioratu quamuis nou præferatur patruu: Nihilominus non extante patruo, præferri aliis fœminis etiam natu maioribus ex possessore maioratus, cui succeditur in illo: Pelaez *de maioratu. 1 p. q. 6. n. 266.*

42. Resolutiu trigesima: nomine proximorum non continentur fœminæ quando testatur apponit hæc verba *Ex linea paterna*: secùs si non apponat: Bald. *cons. 115. Super primo puncto, in principio, lib. 4.* Angel. *cons. 283.*

conf. 283. *num.* 3. *&* 4. idem Bald. *in c. si pater, de testamentis, in* 6. Anchat. *conf.* 95. vbi vult, quando fit mentio de linea paterna, comprehendi ascendentes, & collaterales, quoniam intelligunrur de linea, in qua pater subiicitur: secùs si fiat mentio de coniunctis ex prole patris: Card. Mant. *de coniecturata mente defuncti.* Idem appellatione Propinquorum, cùm sit generale nomen, extenditur ad cognatos, & ad illos, qui per fœmininum sexum coniunguntur: *l.* 1. *C. de secund. tabul. l. item Prætor, ff. de suis, & legitimis*: Alciat. *responsione* 62. *num.* 8.

43. Resolutio trigesimaptima: si testatur in vocationibus vocet ad Maioratum aliquos de quadam progenie in aliorum defectum, tales de illa progenie præsumuntur nominati expressè, & specialiter, etiam si propriis nominibus non vocentur; text. *in l. nominatim, ff. de manumiss. testam.* vbi nominatim manumissi censentur serui, qui ex aliquo artificio sunt: Valasc. tamen *consult.* 121. *num.* 6. vult nominatos propriis nominibus præferri in successione Maioratus illis, qui sunt nominati de generatione.

44. Resolutio trigesimasecunda: Maioratus institutus ab aliquo inter viuos reuocabiliter, quique ad mortem vsque reuocari potuit, si expressè non fuit reuocatus, censetur perpetuò irreuocabilis. Molin. *lib.* 1. *c.* 11. *ex n.* 8. *cum seqq.* Castilln. *de vsufructu, c.* 29. *n.* 22.

45. Resolutio trigesimatertia: filius susceptus ex secundo matrimonio succedit tanquam primogenitus, remotis filiis tertij matrimonij, non obstante statuto, seu stylo, quòd filius primogenitus ex primo duntaxat matrimonio solus succedat in Maioratu, quamuis ex primo matrimonio filij non sint geniti. Ratio, quia secundum matrimonium dicitur primum, & tertium dicitur secundum, ex traditis per Bald. *in l. si quis prioris, §. talem, in vers. modo pone, de secund. nupt.* & *ibi* Sal. *num.* 6. Ripa *in rubric. de vulgar. & pupil. subst. num.* 3. & quidem is censetur primogenitus, qui solus extat; itavt si aliquid relinquatur secundogenito, ipse deiiciatur à tali relicto, etiamsi secundus in ordine fuerit natus: Nam tempus, quo cedit legati dies, aut fideicommissi attenditur; vt Alciat. in casu sibi proposito respondit *in conf.* 101. *lib.* 9. Item, quia maior de domo accipitur pro primogenito. Vnde quando testator iussit, vt post mortem alicuius hæreditas deferatur ad maiorem de domo, intelligitur sensisse de illo, qui maior est, non dignitate, aut diuitiis, sed ætate, aut annis; quia verba testatoris naturaliter magis, quàm ciuiliter sunt intelligenda: Bald. ita consuluit, vt refert & sequitur Anchar. *in repetitione capitis primi, in quæst.* 4. *principali, verbo, consuluit, de constitutionibus,* pro qua etiam parte facit *lex vltima, De his qui ven. ætat. impetr. & l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstr.*

46. Resolutio trigesimaquarta: si testator iussit bona sua indiuisa peruenire ad agnatum proximiorem post mortem hæredis instituti, Tiber. Decian. ex facto consultus respondit *in conf.* 71. *vol.* 3. fideicommissum omnibus proximioribus in eodem gradu deberi, itavt bona diuidantur, non quoad proprietatem, sed quoad vsumfructum, nisi fortè testator dicat, quòd bona indiuisa maneant penes vnum ex proximioribus: nam tunc credit ex proximioribus vnum esse eligendum à iudice, & ita locum esse gratificationi: quod tamen non omnino affirmat. Mihi tamen placet, quod dictum est supra *de testamentis, lib.* 4. *disput.* 7. *§.* 1. *num.* 26. deberi scilicet seniori, vel masculo, vel digniori: argumentu *l. vltim. ff. de fid. instru.* & quod notat Bald. *in l. procurator, num.* 5. *Cod. de eden.* & quidem in dubio magis videtur testator de primogenito, seu maiore natu sensisse: Mantic. *de coniect. vltim. vol. lib.* 8. *titul.* 11. *num.* 5.

47. Resolutio trigesimaquinta: Familiæ si testator iubeat aliquid relinqui, seu restitui: in dubio, intelligitur de familia testatoris: Bart. *in l. peto, §. fratre, num.* 1. *de legat.* 2. & est communis teste Beroo *conf.* 176. *num.* 75. *lib.* 2. subdente ab hac parte in consulendo, & iudicandu non esse recedendum.

48. Cæterùm masculi primum, & masculis non extantibus admittuntur fœminæ ad fideicommissum relictum familiæ, quæ familiæ appellatione propriè continentur; Gozadin. *in conf.* 79. *n.* 7. Decian. *in conf.* 7. *n.* 39. *&* 40. *lib.* 1. Similiter si fideicommissum ita relictum sit, vt conseruetur in familia, quamuis filia testatoris comprehendatur, quia est de familia illius; non tamen filia ipsius filiæ continetur, quia non dicitur de familia: Decian. *in conf.* 7. *num.* 32. *lib.* 1. & Socin. iunior *in conf.* 2. *num.* 19. *lib.* 2.

49. Resolutio trigesimasexta: Institutor Maioratus, qui descendentes ex filia prætulit omnibus agnatis collateralibus, nullam censetur habuisse rationem conseruandi agnationem; habuit namque ad ipsum genus masculinum maiorem affectionem solum; quia est longè nobilius, & præstantius fœminino: *l.* 1. *ff. de Senatoribus, l. vltima, ff. de fide instrum.* In dubio autem quis sit præferendus, dicendum est masculos fœminis in fideicommisso, quando testator maiorem ostendit ad masculinum genus affectionem: Bart. *in l. fœiant, in fine, C. de legitimis hæredibus*: Decius *conf.* 304. *num.* 2. *&* 4.

50. Resolutio trigesimaseptima: Quamuis nequeat quis super iure de successione futura litem mouere: *l. non quemadmodum, de iudic.* nihilominùs successor futurus in Maioratu viuente adhuc vltimo possessore potest agere super primogenitura, & successione futura; quoniam litigat super præsenti dignitate primogenituræ; quæ dignitas de præsenti sibi conuenit: Hoc autem intelligitur in successore, & in illo, qui prætendit succedere in Regno ob iuramentum fidelitatis sibi de hoc præstandum. Extra hunc casum probabilius est viuente adhuc Maioratus possessore, non posse super successionem litem agere: Molin. tamen in maioratibus, id etiam habere locum putat, *lib.* 3. *de primogeniis, cap.* 14. *num.* 17. *& sequenti, & n.* 32. post alios, argumento *capitis Relatum, de præbendis*, vbi propter Canonicatum, quem quis possidet pacificè, de præsenti litigare potest super futura præbenda sibi debita in consequentiam.

Nam quamuis beneficia cuiquam promittenda ab inferioribus Prælatis, priusquam vacent, non sint; ne mors proximi videatur desiderari; *c.* 2. *de concessione præbendæ*, Expectatiuæ ad beneficia illa dari possunt in consequentiam prouisionis de canonicatu. Vnde quando quis in Canonicum recipitur, virtute generalis promissionis etiam à Canonicis consequenter factæ, consequi præbendam primò vacaturam poterit, si aliundè non fuerit impedita, & in his terminis non procedit generalium expectatiuarum prohibitio, de qua *in d. c.* 5. *de præbendis*, quæ prohibitio in expectatiuis habet locum factis ab homine, non verò à lege, & ideò potest litigari super illa.

At verò quidquid sit in hoc casu; in nostro tamen de Maioratu super futura successione non posse viuente possessore litigari, tradunt Ant. Gomes. *in l.* 40. *Tauri, num.* 71. Menchaca *de successión. creatione, §* 6. *num.* 46. & alij apud Molin. *vbi proximè, num.* 17. & Spino *in suo speculo, d. gloss.* 19. *num.* 66. *vers. contraria tamen*; quæ resolutio seruatur in praxi.

51. Resolutio trigesimaoctaua: masculorum vocatio non videtur facta propter conseruandam agnationem, si in aliqua parte Maioratus vocatur fœmina, sed solùm prælatio masculis conceditur; & ideò in defectum masculorum fœminæ eiusdem gradus debent succedere: ita Bald. *conf.* 473. *lib.* 5. vbi vult

mentem testatoris esse, conseruare agnationem, quando fœmina in nullo casu admittitur; idem vult Alexand. *cons.* 115. *num.* 10. *lib.* 2. dicens non videri testatorem prospicere agnationi; quando fœmina in aliqua parte dispositionis reperitur vocata: Socin. *in l. Gallus, §. nunc de lege velleiana, ff. de liber. & posth. col. vltima.* Decius *cons.* 370. *num.* 30.

Resolutio trigesimanona: dispositio excludens fœminas extenditur de casu, ad casum: ne persona propinquioris gradus à remotiori excludatur: text. *in l. si viua matre, C. de bonis maternis*, quo iure ductus Fulgos. *in l. 1. ad finem, C. de condit. insert.* id credit: sequitur Corn. *ibi, num.* 3. Socin. *in l. cum auus, num.* 80. *ff. de condit. & demonst.* Decius *cons.* 15. *n.* 5. *& cons.* 480. *num.* 2. Similiter datur extensio in exclusione fœminarum de casu ad casum, quotiescunque, si non extenderetur, absurdum resultaret, vel dispositio frustratoria redderetur, prout probatur ex traditis per Gloss. *in c. quamquam, de vsur. lib.* 6. *verb. aliter facta*, vbi dicitur, quòd dispositio pœnalis extenditur de casu ad casum, quando si non extendatur, fiet illusoria: per quam Gloss. id putat Imol. *in l. si verò, §. de viro, col.* 8. *vers. fallit secundò, ff. soluto matrimonio:* Aymon. Crauetta *de antiq. temp.* 4. *p. n.* 137. vbi ad hoc firmandum multa refert: quod extante intentione, & ratione conseruandi agnationem verum censetur.

53. Resolutio quadragesima: exclusio fœminarum absolutè facta propter mares, præsumitur facta propter illos, qui sunt eiusdem lineæ, non autem propter remotiores; ita vt masculis eiusdem gradus, & lineæ non extantibus, fœmina in eorum defectum, & huiusmodi maioriæ successionem sit recipienda, perinde ac si nihil particulare circa hoc ab institutore maioriæ decisum fuisset; ita Paul. Castrensis, qui in propriis terminis de hoc loquitur, *cons.* 47. *n.* 1. *&* 2. *lib.* 1. Corneus *cons.* 125. *num.* 1. *lib.* 4. Præpositus, qui loquitur in maioratibus de feudo Marchiæ, *num.* 10. Tiraq. *de primog. quæst.* 10. *num.* 25. quod videtur verum, nisi aliud deprehendatur ex aliis vocationibus, seu coniecturis tacitè, vel expressè apparentibus.

EPITOME.

54 *In Maioratu, vel in re indiuidua, quæ ad vnum ventura est masculus iunior eiusdem gradus præfertur fœmina, & fœmina masculo vlterioris gradus.*

55 *Fœmina quando excluditur ob masculos iuniores eiusdem gradus, exclusio est fauorabilis.*

56 *Si masculi vocantur ad succedendum exclusis fœminis nequit pater vt filiæ succedant in præiudicium masculorum facere.*

57 *Successor potest declarare mentem sui antecessoris, præsertim cum mens ex aliquibus indiciis colligitur.*

58 *Successor, an possit improbare alienationem factam à prædecessore.*

59 *Successio ex testamento, & ab intestato non differunt.*

60 *Filij naturales non veniunt nomine filiorum, quando institutor vocat filios absolutè, & postea agnatos, seu cognatos de domo.*

61 *Maioratum perpetuum instituens non solum vocat filios legitimos, sed legitimatos, legitimis deficientibus; & cur?*

62 *Testator instituto maioratu quando vocauit filios, & apparet vocasse veros, non vocat Monasterium, licet aliqui putent.*

63 *Filij adoptiui non veniunt nomine filiorum ad Maioratum.*

64 *Quando testator vult conseruare agnationem, Monasterium non habetur loco filij. & num.* 67.

65 *Exhæredatus an succedat in Maioratu, vel emphyteusi accepta pro se, & filiis, & hæredib.*

66 *Monasterio repudiante ex persona Monachi, admittitur substitutus.*

68 *Institutio Maioratus an vicietur ex incertitudine vocationis.*

69 *Debitor redituus consignatiui an possit instituere Maioratum ex bonis obligatis.*

70 *Emphyteuta an possit erigere Maioratum de bonis emphyteuticis.*

71 *In successione emphyteusis ex pacto, cuius temporis ratio habeatur. & num.* 72.

73 *In emphyteusi pro se, & filiis, an possit pater vni prælegare, cæteris exclusis. & num.* 74.

75 *Qui rem Maioratus promisit præstare, quomodo obligetur.*

76 *An possit maritus inconsulta vxore instituere Maioratum ex bonis constante matrimonio quæsitis, in fauorem filij primogeniti ipsorum.*

77 *An valeat institutio Maioratus in fauorem descendentium, vel ascendentium respectiuè, cum detrimento legitima.*

78 *Maioratus institutus de villa, vel Castro, quid contineat.*

79 *Licentia impetrata de faciendo Maioratum, non extenditur ad bona iam alienata.*

80 *Maioratus rectè instituuntur sub conditione ferendi nomen & arma.*

81 *Maritus an possit inconsulta vxore capellam instituere de bonis communibus.*

82 *Maritus paulatim dilapidans bona communia in ludo, vel luxu, an teneatur.*

83 *An valeat conditio in Maioratu vt semper primogenitus habeat administrationem rerum communium, & ne fiat diuisio.*

84 *Et de eadem administratione quomodo transferatur.*

85 *Qui habet facultatem eligendi consanguineum ad succedendum in Maioratu an teneatur eligere proximiorem.*

86 *Qui habuit facultatem testandi intra certum tempus, si non fuerit testatus, quantum sit expendendum pro anima ipsius.*

87 *An teneatur successor ad funeris expensas.*

88 *Successor iniustus in Maioratu, ad quid teneatur erga verum successorem. & num.* 89.

RESOLUTIO quadragesimaprima: quando in Maioratu, aut in re alia indiuisa, quæ ad vnum ventura est, masculus minor natu eiusdem gradus præfertur fœminæ: Fœmina autem præfertur masculo vlterioris gradus, quando aliud non fuit dispositum. 54.
Ratio potissima, quia masculo, & fœmina concorrentibus in eodem gradu, fœmina censetur quoad successionem in vlteriori gradu. In defectum masculi proximioris in gradu succedit fœmina proximior, modò sit natu maior cæteris fœminis eiusdem grados; est communis, quam sequitur Gregor. Lopez *tit.* 13. *partita* 3. *verbo, mugeres.* Couarr. 3. *variar.* c. 5. *num.* 5. Gomes. *l.* 40. *Tauri, num.* 62.

Resolutio quadragesimasecunda: quando fœmina solùm excluditur, propter masculos minores natu eiusdem gradus, exclusio fœminarum est fauorabilis: idcircò non est strictè intelligenda, nam iusta de causa fœmina excluditur, illique præfertur masculus maior natu, in quo conseruetur familia, & nomen institutoris: consonat *l.* 2. *tit.* 15. *partita* 2. Contra verò, si fœmina excluditur propter masculos vlterioris gradus, etiamsi id ab institutore Maioratus validè, ac licitè fieri possit, ne Maioratus transmigret in familiam alienam, sed in sua agnatione perpetuò conseruetur, exclusio fœminarum est odiosa, & ideò strictè intelligenda, quia est exorbitans à iure Hispano circa Maioratus: *d. l.* 2. & minùs consonum rationi, quàm contrarium, ac consuetudini, quæ seruatur in maioratibus Hispaniæ regulariter instituendis. Quare Molin. *de primog. lib.* 3. *c.* 4. *n.* 16. *&* 17. *vers. sed quoniam* 55.

concludit

concludit *num.* 23. odiosum esse omnem recessum à iure communi, & exclusionem fœminarum ptopter masculos remotiores odiosam non esse iudicandam; cùm licèt nos retrahat à iure ciuili nouissimo, reducat nos ad ius duodecim tabularum, & lex correctoria reducens nos ad terminos iuris antiqui, ideò fauorabilis censenda est, non autem odiosa: Molin. Theol. *de primog. disp.* 619. *num.* 6.

56. Resolutio quadragesimatertia: si statuto vocantur masculi ad succedendum, exclusis fœminis, non potest pater facere, vt filiæ succedant in præiudicium masculorum: ita Bald. Fulgos. & Paul. de Castro *in l. vlt. C. de pactis*, nam cùm id ius secundùm illos quæsitum sit ex statuto, pater non valet filis præiudicare, per *l. vlt. ff. eodem titulo*; quamuis Bart. & Angel. *in d. l. vltima, C. de pactis*, contrarium statuerunt.

57. Resolutio quadragesimaquarta: non est dubium, quin successor in dignitate possit declarare mentem sui antecessoris, eum præsertim antecessoris mens aliquibus Indiciis colligitur; ita Bart. *in l. inter stipulantem*, §. 1. *n.* 15. *ff. de verbor. obligat. & in l. ab executore, in principio, C. de appellationibus, & in l. terminato, C. de fructibus, & lit. expensis*, & tradunt Barba. *in cons.* 83. *col. penult. lib.* 3. *& cons.* 38. *num.* 9. *lib.* 1. Quinimò successor Principis in dignitate promissa antecessoris seruare debet; sicuti post Bald. Brunum, & alios respondit Crauetta *in cons.* 141. *n.* 17. *vers. & præmissas*, & præter illum, ita in successore dignitatis Marchionalis egregiè respondit Iason *cons.* 10. *col.* 1. *lib.* 3. Roland. *cons.* 1. *à num.* 42. *lib.* 2. Sic in successore Ducis, Socin. iun. *cons.* 60. *n.* 18. *&* 29. *lib.* 3. Sic & in Comite, & in similibus vult Boëtius *q.* 304. *n.* 42. Tiraq. *de primog. q.* 35. *n.* 20. *&* 23. Menoch. *cons.* 1. *n.* 403. vbi addit id procedere etiam in successoribus ipsorum Imperatorum, qui facta antecessorum impugnare nequeunt; Bald. & alij *in l.* 1. *C. de constitutionibus*, & Crauetta *cons.* 541. *n.* 17. *vers. & præmissas*. Nisi ex causa magna.

58. Porrò quamuis successor nequeat improbare alienationem de re aliena factam à prædecessore, nec cōtrauenire facto illius, prout vult Bellonius *cons.* 15. *num.* 10. Tiraq. *de retract. consang.* §. 1. *gloss.* 9. *num* 47. *& duobus sequentibus*. Potest nihilominus impugnare factum prædecessoris inualidum; vt affirmat Socin. senior *cons.* 79 *num.* 47. *lib.* 4. & Gramm. *decis.* 93. *n.* 8. Socin. iun. *cons.* 77. *num.* 134. *vers. respondetur, lib.* 2. & alij, quos sequitur Menoch. *d. cons* 1. *ex n.* 102.

59. Resolutio quadragesimaquinta: successio ex testamento, & ex alia quacunque vltima voluntate, & ab intestato differunt effectu nunquam, cùm ambæ faciant hæredes suos, quamuis illa faciat expressè, & hæc tacitè: *l. conficiuntur, in principio. ff. de iure codic.* text. *in l. cum filio, ff. de legat.* 1. Nam par est virtus taciti, & expressi *l. cum quid, ff. si certum petatur*. Ergo virtus huius tacitæ voluntatis par debet esse illi, quæ est expressa, atque ita dispositio, quæ loquitur de actu expresso, etiam in materia interpretationis strictæ locum habet, etiam in tacito; vt in specie respondit Alciat. *responsione* 501. Similiter successio ex fideicommisso eo ordine, & modo regulatur, quo successio ab intestato, vt scilicet is alteri præponatur, qui & ab intestato, præponeretur; atque ita in successione ex fideicommisso consideranda est proximitas ex parte personæ grauatæ, quia voluntas testatoris præsumitur conformis dispositioni iuris communis; vt Bart. *in l. heredes mei*, §. *cum ita, ff. ad Trebell.* Menoch. *cons.* 124. *num.* 36. 37. 58. *&* 69.

60. Resolutio quadragesimasexta: naturales filij non veniunt appellatione filiorum, quando institutor Maioratus vocauit ad illum filios absolutè, & in defectum illorum vocauit agnatos, seu cognatos de domo, & familia sua. Nam naturales filij non dicuntur esse de domo, familia, agnatione, seu cognatione institutoris: ita Bart. *in l. pronuntiatio*, §. *familia, ff. de verbor. significat. n.* 1. vbi Alciat. & cæteri Scribentes id obseruant: Iason *in l. fiud. num.* 13. *&* 14. *ff. eodem*: Angel. *in l. ex facto*, §. *si quis rogatus, ff. ad Trebell.* Vnde naturales filij, seu bastardi nequeunt deferre arma, & insignia parentum, prout vult Cynus *in l. cum pater*, §. *mater, ff. de legat.* 2. Bart. *in tract. de insig. & armis, col.* 3. Benedict. *in c. Raynutius, verbo, Raynutius declara, num.* 35. *de testam.* Quare in Maioratu naturales, nisi expressè vocentur non succedunt; vt censet Greg. Lop. *in l.* 3. *tit.* 15. *partita* 5. *in Gloss. verbo si no el hijo maior, col.* 2. & Ioann. Le Cirier *de primog. lib.* 5. *quæst.* 5. *num.* 1. Quinimò naturales filij non merentur appellari filij: text. *in Authent. ex complexu, C. de incestis nupt.* ibi: *Liberi, neque naturales sunt nominandi*: eò quia reputantur filij legibus odiosi; text. *in Authent. de triente, & semisse*, §. *si autem, coll.* 3. ibi: *Odibiles quidem est nobis*: Felin. *in c. in præsentia, de probat.*

61. Resolutio quadragesimaseptima: Instituens Maioratum perpetuum, non solùm vocat filios legitimos, sed illis deficientibus filios legitimatos ex rescripto Principis; quia ita legitimati censentur de familia, cognatione, & agnatione Maioratum Instituentis; ita Azor. *in summa, titulo quib. mod. natur. effic. sui*: §. *in successionibus autem*: Castrensis *cons.* 54. *vol.* 2. *num.* 3. Alex. *cons.* 2. *lib.* 1. *n.* 15. Decius *cons.* 365. *n.* 5. vbi tradit legitimatos dici de linea, & familia restatoris, sequitur Couarr. *de sponsalibus*, 2. *part. c.* 8. §. 10. *num.* 5. *&* 3. atque ita per legitimatos conseruatur agnatio; Decius *cons.* 365. *num.* 5. *& cons.* 433. *n.* 19. Gozad. *cons.* 85. *num. etiam* 19.

Resolutio quadragesimaoctaua: quando testator in instituto Maioratu vocauit filios, & apparet vocasse filios veros, & naturaliter genitos, Quæstio est anceps, an Monasterium habeatur loco filij, & pars affirmatiua, & negatiua censetur æquè probabilis: veluti si conditio sub hac forma concipiatur (si sine liberis naturalibus, aut legitimis, aut masculis, aut ex corpore suo natis decesserit) in hoc casu Monasterium non esse admittendum, nec excludere substitutum tradunt Simon de Prætis *de interpret. vltim. voluntat. lib.* 2. *interpret.* 2. *dubio* 5. *sol.* 2. *n.* 109. Camill. Borell. *cons.* 33. *n.* 107. *vol.* 1. Spino *in suo speculo testamenti, gloss.* 12. *principal. n.* 31. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 83. *à n.* 27. Ceuall. *quæst.* 193. *num.* 3. & Sanch. *in præcepta Decalogi, tom.* 2. *cap.* 17. *num.* 5 2 *lib.* 7. 62.

Contraria tamen sententia suos etiam habet auctores, quos refert, & sequitur Sanchez *d. c.* 17. *n.* 33. P. Molio. *de Iustitia, disp.* 190 *vers. quando quis.* P. Rebell. *de iust. p.* 2. *lib.* 18. *quæst* 16. Imò secundùm Canonistas *in c. in præsentia, de probationibus*, est commoniter, Abbas *ibi, n.* 48. Decios *n.* 532. Felin. *num.* 36. & secundùm Legistas *in Authent. Ingressi, C. de sacros. Eccles.* vbi Barr. *& in Authent. nisi rogati*: vbi Cynus Faber, Alber. Fulgosius, Paul. & Iason *C. ad Trebell.* & ex Summistis præcipuè Rosel. *verbo legare, num.* 54. Syluest. *verbo, hereditas, primo q.* 7. *n.* 10. & Angel. *verbo, hæres, n.* 18. Quare pensitatis omnibus, vtraque pars censetur probabilis, & prior probabilior quando aliqua qualitas adiicitur, ex qua colligatur testatorem intellexisse appellatione filiorum non comprehendi, nisi filios veros, & naturaliter genitos.

Resolutio quadragesimanona: Appellatione filiorum, qui vocari solent ad Maioratum, non veniunt filij adoptiui ex sui natura, quia filius adoptiuus est filius imaginarius: *l. filio quem pater, ff. de liber. & posthum.* & ideò in dispositione de filio simpliciter non intelligitur filius adoptiuus: Bald. *in l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstr.* Tiraq. *in l. si vnquam, verbo, susceperit liberos, C. de reuocand. donat.* 63.

Resolutio quinquagesima: testator si substitueerit aliquem de sua familia, & declarer velle sua bona 64.

perpetuò

perpetuò in sua familia conseruari, in hoc casu Monasterium non habetur loco filij, seu hæredis, sed eo excluso succedet substitutus; quia Monasterium est incapax conseruandi agnationem, seu familiam: Cald. Pereira *de nominat. emphyt. c. 6. num.* 11. Gutier. *Canon. quæst. lib.* 1. *cap.* 32. *num* 29. Pacianus *cons.* 36. *n.* 128. Cabed. Lusit. *p.* 1. *decis.* 133. *num.* 9. Sanchez *d. lib.* 7. *cap.* 17. *num.* 44. & Ceuall. *commun. contra commun. quæst.* 193. *num.* 3.

65. Resolutio quinquagesimaprima: iustè exhæredatus non potest succedere in Maioratu, sicut nec in emphyteusi, quando accepta est pro recipiente filiis, & hæredibus; Bart. *in l. iurisiurandi*, §. *si liberi*, *ff. de oper. libert.* Rubius *in l. Gallus*, §. *quidam rectè*, *num.* 185. *ff. de liber. & posth.* Similiter iustè exhæredatus non succedit in feudo: Aluarot. *in c.* 1. §. *& quia videmus*, *num.* 12. *qui feud. dare poss* Valasc. *de iure emphyt. q.* 45. *num* 1. quin potius exhæredatus priuatur iure patronatus: Lambert. *in tract. de iure patronatus*, *lib.* 1. *p.* 2. *quæst.* 2. *art.* 21. habetur namque pro mortuo: Menoch. *cons.* 206. *n.* 45. *lib.* 3. Tiraq. *de primog. quæst.* 53. *n.* 16.

66. Resolutio quinquagesimasecunda: Quando Monasterium est capax bonorum in communi, non tamen vult succedere in bonis sui professi, in eo casu non excluditur substitutus ob professionem factam: ita Menoch. *de præsumptionibus*, *lib.* 4. *quæst.* 83. *n.* 72. Surdus *cons.* 238. *num.* 1. Sanchez *d. lib.* 7. *c.* 17. *n.* 24. subdens facta repudiatione admitti statim substitutum, etiam ante mortem naturalem religiosi professi, quia tunc substitutus non censetur exclusus à Monasterio, quia quoad hoc ingressus sic se habuit, perinde ac si effectu, effectum non haberet: Sanchez *d. c.* 17. *num.* 26. vbi idem resoluit, quando professio fuit irrita: nam tunc non verè habuit effectum ingressus, & *num.* 27. idem censet si grauatus non fuit ingressus, vt fieret religiosus, sed pœnitentiæ agendæ causa, cùm hic non dicatur religionem ingressus, nec Monasterium habuit ius in illis bonis.

67. Sed quid dicendum; quando testator instituit filium sacris initiatum, aut professum, & filio decedenti absque liberis substituit consanguineum? Respondetur non succedere Ecclesiam, vel Monasterium: ita Menoch. *d. præsumpt.* 83. *num.* 54. *&* 55. Sanchez *d. c.* 17. *num.* 73. vbi *num.* 74. limitat, quamuis testator asseruerit (si grauatus mortuus fuerit sine liberis nullus alius succedat nisi Titius) quia verba *nullus alius* excludunt Monasterium.

Obstat text. *in c. in præsentia*, vbi habetur Monasterium loco filij; ita vt grauato hæreditatem restituere, si sine liberis decesserit, succedat ipsum, excluso substituto? Respondetur tamen regulariter ita esse, nisi aliud colligatur ex voluntate testatoris, vt hoc loco ex verbis *nullus alius*, *nisi Titius*, deducitur. Similiter si substitutus fuerit filius testatoris: etiam tunc succedet substitutus excluso Monasterio: ita Vincent. de Franchis Neapol. *decis.* 29. *num. vltimo*, *lib.* 1. Gutier. *Canon. quæst. lib.* 1. *cap.* 32. *num.* 35. Cald. Pereira *de nominat. emphyt. quæst.* 6. *num.* 6. Menoch. *lib* 4. *præsumpt.* 83. *n.* 44. quamuis aliqui contradicant; vt Spino *gloss.* 14 *principal. num.* 126. & Beller *disquisit. Clerical. part.* 1 *tit. vltimo*, §. 20. *n.* 5. *pag.* 551. Sed meliùs contrarij loquuntur. Eodem modo quando grauatus ante professionem testetur instituendo hæredem extraneum; tunc non excluditur substitutus: Surdus *cons.* 238. *num.* 1. *& de alimentis*, *tit.* 2. *quæst.* 15. *num.* 159. Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 28. *num.* 65. Sanchez *d. lib.* 7. *cap.* 17. *num.* 47. *&* 49. vbi declarat non succedere substitutum in ea bona, vsque ad naturalem mortem professi.

68. Resolutio quinquagesimatertia: quamuis, quando quis creauit Maioratum dicendo, quod veniat ad vnum ex filiis, nec expressit ad quem filium debuisset venire, talis constitutio videatur vitiosa, propter incertitudinem personæ; secundùm text. *in l. Paulus*, *la* 2. *ff. de rebus dubiis*, quia incertitudo circa personam dispositionem vitiat, secundùm *l. quoties*, §. *si quis nomen*, *ff. de hæred. instit.* Nihilominùs magis placet hanc dispositionem Maioratus valere, & censeri vocatum filium maiorem. Ratio, quia vt suppono instituens disposuit, quod bona essent indiuisibilia, & nullatenus alienarentur, ergo voluit, quòd venirent ad vnum, & ex consequenti ad maiorem natu, argumento *l. cum pater*, §. *pater pluribus*, *ff. de legat.* 2. vbi ostenditur claues domus semper debere esse apud maiorem: iuuat text. *in l. final. ff. de fide instrumentorum*: vbi deciditur, exorta controuersia inter fratres, seu hæredes, apud quem debeat esse testamentum paternum? Iudicem debere pronunciare apud maiorem natu, per hæc verba, ibi: *Si de tabulis testamenti deponendis agatur, & dubitetur, cui eas deponi oportet, semper seniorem iuniori, & amplioris honoris inferiori, & marem fœminæ, & ingenuum libertino præferemus*: quem textum Bart. *ibi* notat, & Bald *in c.* 1. § *præterea Ducatus*, *de prohibita feudi alien.* per Feder. *col. vltima*, *in medio*, & Le Cirier *in tractat. de primogenitura*, *in* 2. *lib. quæst.* 2. *& col.* 2.

Resolutio quinquagesimaquarta; debitor reditus consignatiui potest erigere Maioratum de bonis reditui obligatis, & eorum alienationem interdicere, vt ita ad successorem perueniant cum onere reditus consignatiui. Ratio, quia hypotheca reditus consignatiui non est impedimentum; vt debitor reditus valeat disponere liberè de bonis reditui hypothecatis. Contra verò debitor reditus reseruatiui, qui ad solutionem laudemij ex hypothecatum venditione, ex pacto obstringitur, & debitor simili modo reditus emphyteutici, nequeunt de bonis emphyteuticis, & hypothecatis reditui reseruatiuo, instituere Maioratum, interdicendo eorum alienationem in præiudicium creditoris, & domini directi; ex ea ratione, quia nunquam amplius ad dominum redibit: text. *in c.* 1. *de alienatione feudi*, ibi: *Non valet: ideò scilicet, quia nunquam reuersurum sit ad dominum, cùm Ecclesia non desinat esse hæres.* Argumento feudi, quod Bald. *ibi* notat *num.* 3. non posse eo modo concedi Ecclesiæ, quia nunquam reuertetur ad dominum, cum Ecclesia non moritur: secùs de priuato, quoniam illi potest concedi feudum ad perpetuum libellum: ob quam causam emphyteuta non potest emphyteusim donare Ecclesiæ, aut legare, vt tradit Speculator *tit. de locato*, §. *nunc aliqua*, *quæst.* 116. nam cùm emphyteusis deueniat ad Ecclesiam, dominus directus defraudatur iure suo, cùm Ecclesia nequeat alienare, nec conditionem suam facere deteriorem, & laudemium non obtinebitur, quia Ecclesia est Manus mortua; sicut, & Ciuitas, vel Collegium, vel aliud quodcunque corpus bonorum capax, quod non moritur, nec mutatur, quamuis personæ omnes ex quibus constat moriantur, vel mutentur; atque ita quamuis census semper integer, & saluus maneat; laudemia tamen in totum peribunt; cùm Manus mortua non soleat alienare, nec habere hæredes. 69.

Quare dicendum videtur non posse emphyteutam de bonis emphyteuticis facere Maioratum, & interdicere alienationem in præiudicium directi domini, cum iactura laudemiorum, saltem prout tradit Valasc. *de iure emphyteutico*, *quæst.* 49. *num.* 2. quam partem sequitur Gamma *decis.* 70 *& decis.* 214. vbi refert sic fuisse aliquoties in Senatu Lusitano iudicatum. 70.

Nihilominùs contrarium fuisse iudicatum, quandoque ait Gamma *d. decis.* 70. post Ripam *in l. filiusfamilias*, §. *Diui*, *n.* 91. *ff. de legat.* 1. quod ex eo ostenditur, quia feudum, & emphyteusis in fideicommissum possunt deduci, vt ait Decian. *cons.* 117. *lib.* 3. *n.* 23.

Ergo

Ergo emphyteuta potest emphyteusim relinquere, & alienationem prohibere alicui, cui eam relinquit. Nec refert, quòd ex prohibita alienatione emphyteusis dominus directus priuetur laudemio debito ob venditionem: eò quia non est in obligatione venditio emphyteusis, sed in potestate emphyteutæ; atque ita non tenetur vendere emphyteutam; prout docet Bald. *cap. 1. §. sed etiam res, num 1. tit. per quos fiat inuestitura.*

Hæc autem contrarietas sic reduci potest ad pacem, & concordiam; si loquamur de emphyteusi perpetua, dici potest, non posse emphyteutam de illa Maioratum erigere in præiudicium domini directi: si verò loquamur de emphyteusi ad vitas, bene posse creari Maioratum, quo vsque concedens fuerit in humanis. Hæc autem distinctio non est vndequaque firma, quia tam in emphyteusi perpetua, quàm in vitalitia, seu ad vitas, potest prohiberi alienatio emphyteusis, dum vita durauerit, nec de hoc conqueri potest dominus directus: quia sicut potest emphyteuta dum vixerit non alienare: sic etiam potest illi, cui concedit alienationem dum vixerit interdicere.

Ex traditis sequitur; si emphyteusis sit ex pacto, & prouidentia concessa nimirum Petro, & eius filiis, aut nepotibus sine mentione hæredum, non posse patrem regulariter filiis præiudicare: secùs si concedatur pro hæredibus, vel pro quibus pater dederit, aut pro certis vocibus, quas nominauerit, tunc enim potest pater præiudicare: faciunt Mant. *de coniecturis, lib. 7. tit. 9.* & Flores *in additionibus ad Gammam, d. decis. 70.*

His positis; quando emphyteusis est ex pacto, & prouidentia, non est integrum emphyteutæ, ex ea Maioratum facere nec alienationem prohibere in præiudicium illorum, pro quibus data fuit, quamuis concedens poterit prohibere alienationem pro vita sua: Quando autem emphyteusis est hæreditaria, & tunc agimus de præiudicio filiorum, & hæredum, datum est emphyteutæ in ea Maioratum constituere; dummodò non præiudicetur filiis vltra tertium, & quintum bonorum; prout habetur *in l. 27. Tauri.* Quòd si agimus de præiudicio domini directi, dici potest non valere Maioratum, neque alienationem interdici posse, cùm fiat præiudicium laudemio.

71. Resolutio quinquagesimaquinta: emphyteusis, quæ ex pacto ad primogenitum transire debet, ad illum primogenitum veniet, qui fuerit inuentus tempore mortis illius vltimi emphyteutæ, propter cuius mortem datur locus successioni: ita Bald. *in l. 2. n. 5. C. de iure emphyt.* ductus ea ratione, quia successio habet naturam relationis ad tempus mortis eius, de cuius successione agitur: sequitur Tiraq. *de primog. q. 3. n. 6. vers. ex eodem*, Alciat. *in l proximus, de verbor. significat.* Menoch. *cons. 220. n. 122.* atque ita respondisse fertur Alciat. interrogatus *in responsione 560.* incipit *filium Agnetis, & in responsione 594. n. 2.* quòd primogenitus debet interpretari de illo, qui superuixit tempore mortis, & tempore delatæ successionis: idem Menoch. *cons. 269. n. 22. & sequenti*, post alios Ysernia *in c. 1. §. hoc quoque, de successione feudi, & in c. 1. §. hus verò, de grad. succed. in feudo,* quod considerari debet tempus defuncti illius de cuius successione sermo est, ad hoc, vt quis tanquam primogenitus ei succedat.

72. Sed quid, si emphyteusis concedatur, vel res aliqua legetur pro se, filiis suis, & nepotibus, & ille, cui relinquitur, seu conceditur, relinquat filium, & nepotes ex altero filio, nunquid poterit relinquere nepoti filio excluso.

Resolutio quinquagesimasexta: solus filius in hoc casu succedere debet exclusis nepotibus: ita Bald. *in l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legat.* 2. quem sequitur Tiraq. *de primog q. 40. n. 189.* post alios, quia quando testator vocat plures, non omnes succedunt, sed is, qui est proximior admittitur. Filius autem proximior est nepote; Menoch. *cons. 211 num 51.* & ideò in successione fideicommissi filius ingreditur locum patris, & eo modo, & ordine succedit, sicut erat successurus pater ipse: Tiraq. *suprà, d. quæst. 40 n. 192.*

Resolutio quinquagesimaseptima: quando em- 73.
phyteusis est acquisita pro se, & filiis potest vni filiorum tantùm cæteris exclusis pater illam prælegare, & concedere: ita Socin. senior respondit *in cons. 25. n. 14.* Commensis *in cons. 166. in fine*, eò quia ratio, & æquitas suadet, vt ille, qui sua opera, & industria aliquid acquisiuit primò sibi, deinde alteri possit acquirens alienare in præiudicium futuri successoris; ita Anchar. *cons. 143. col. 2. vers. & videtur.*

Sed contra vrget, quòd pater nequeat alienare bona nondum filiis quæsita, in quibus filius habet spem solam, veluti feudum antiquum concessum à Principe, pro se, filiis, & descendentibus. In feudo namque habet filius solam spem viuente patre: vnde pater de feudo nequit disponere, etiam si vellet illud prælegare alteri filiorum, vt latè tradit Menoch. *cons. 161. n. 1. lib. 2.* & *ibidem, n. 54.* addit non posse patrem etiam feudum nouum ita concessum in extraneum, alienare in præiudicium cæterorum filiorum. Ergo nec emphyteusis, aliave res acquisita à patre pro se, & filiis, potest ab illo alienari in præiudicium filiorum.

Dicendum tamen est; emphyteosim pro se, & filiis 74.
acquisitam posse patrem acquirentem soli filio assignare cæteris exclusis; idem responderunt Socin. sen. *cons. 25. n. 14. lib. 1.* & Comens. *in cons. 116. ad finem.* Menoch. *cons. 165. num. 48.* Patrem autem feudum nouum ex pacto, & prouidentia non posse legare alicui extraneo, nec repudiare in præiudicium filiorum; ita loquuntur Bald. & Angel. *in l. item videndum, §. nunc videamus, ff. de petitione hæred.* vt eos declarat Natta *in cons. 475. n. 17. vers. non obstat*, quod scribit *lib. 2.* idem Menoch. *d. cons. 161. n. 54.* Ergo multò magis, quando nihil est quæsitum, & sola spes datur, quia sæpe illa, quando non est probabilis, non attenditur; vt probat Menoch. *cons. 20. num. 39.*

Resolutio quinquagesimaoctaua: qui rem Maio- 75.
ratus promittit præstare non obligatur; adeò vt nec æstimatio quidem debeatur. Nam huius rei commercium in iussu Principis non est, sicuti in legato respondit Iurisconsultus *in l. apud Iulianum, n. 40. §. final. ff. de leg. 1.* argumento rei sacræ, aut religiosæ, aut publicæ, siue quæ in rerum natura non est, quam si quis promittat, non obligatur: *§. 1. & 2. Institut. de inutilibus stipulationibus, l. 21. & 22. tit. 11. partita 5.* Parlador. *lib. 2. rerum quotid. cap. 3. num. 51.*

Resolutio quinquagesimanona: Vtrum ex bonis 76.
constante matrimonio acquisitis inter virum, & vxorem, possit maritus inconsulta vxore Maioratum in filio primogenito ex eodem matrimonio procreato instituere; nimirùm, si Maioratum instituens particulariter velit fieri ex duobus, vel tribus fundis acquisitis constante matrimonio? Dicẽdum est, quia hæc lucra quæruntur pro sua parte vxori ipso iure, & quoad dominium, & quoad possessionem, non posse maritum instituere, nisi tantum de sua parte; cùm res sit communis: & ideò Maioratum institutum de rebus communibus in eo duntaxat firmum fieri, quoad instituentem pertinet: nam quod ad vxorem spectat, vxoris est; & dominium, & possessionem ipsa habet; atque ita non potest ab illa auferri sine facto vllo suo. Molin. *de primog. lib. 2. c. 10. n. 67. vers. sed quamuis hæc restringere videamur:* vbi respondet *ad legem 5. tit. 9. lib. 5. recopil.* vbi conceditur dispositio horum lucrorum marito cõstante matrimonio sine fraude, quæ

quæ fraus in creatione Maioratus vocaro filio communi non appatet. Nihilominùs ipse ait, & in hoc fraudem non cessare, quæ auferat vxori liberam de rebus suis dispositionem. Adde etiam in libera dispositione à lege cócessa non contineri donationem; vt Garc. *de expensis, c. 13. n. 14. ad n. 19.* plenè disputat.

Vnde nisi maritus tantundem resarciat vxori de communi, non poterit Maioratum instituere de cunctis bonis luctatis, sed solùm ex parte sua, quia mulier ipso iure fit domina acquæstuum, vt tradit Garcias *de expensis, d. c. 14. à n. 14.* tanquam verissimum, *& de coniugali acquæstu, num. 4. & num.* 186.

77. Resolutio sexagesima: Maioratus institutus à marito, & vxore, vel ab altero tantùm in gratiam filiorum, vel à descendentibus in gratiam ascendentium, in quo in legitima alioqui debita apponitur de facultate Regia onus aliquod, seu grauamen, licitus, & in foro conscientiæ iustus, ac securus censetur: quinimò, & facultas ipsa Regia iusta est. Nam cùm Maioratus in hoc casu fiat in illo cui onus imponitur in legitima, & multum à parentibus, vel descendentibus honoretur, ita vt competens patrimonium præ cæteris eidem aggregetur, nullo modo potest dubitare de iustitia huius facultatis, vel de institutione Maioratus: quòd si sine facultate Regia is Maioratus instituatur sula tantum legis permissione, cum grauamine aliquo in legitima, cum consensu vero descendentium, vel ascendentium In eorum legitima grauamine apposito, tam in iustitia, quàm in foro animæ Maioratus, & licitus, & validus censebitur cum grauamine in legitima apposito.

78. Resolutio sexagesimaprima: Maioratum instituens de aliqua villa, vel Castro omnia annexa, & dependentia præsumuntur de Maioratu: ita Roderic. Suar. *cons. 5. n. 25.* vbi tradit per indicia dominia antiqua probari: *l. indicia, C. de rei. vend. l. ad probationẽ, C. locati.*

79. Resolutio sexagesimasecunda: Licentia imperrata ad faciendum Maiotatum non extenditur ad bona alienata, ab eodem impetrante, vel data in dotem: idem Suar. *cons. 1. num. 303. & seqq.*

80. Resolutio sexagesimatertia: vt nomen, & memoria instituentium maiorum ob oculos obuersetur omnium, ea conditione creantur, eáque lege, vt successores idem nomen. & Arma conditorum gestent: quæ conditio, seu lex nullo iure reprobatur, quando nomen, & Arma sunt honesta: *l. legatum*, ibi: *Memoria defuncti conseruandæ gratia: ff. de vsufructu legat. l. Titia §. final.* ibi: *Cum subscriptione nominis mei. ff de auro, & argento legat.* quæ iura præter Scribentes communes obseruant Alber. *in rubric. n. 1. ff. de Iustit. & Iure.* Decius *cons. 279. lib. 1.* Chassaneus *in Catalogo gloria mundi, 1. p. consideratione 38. concl. 46.* Molin. *de primog. lib. 2. c. 14. n. 25.* Arma namque, & insignia in primogenio imposita, legi publicæ consulunt, vt filij conditoris excitentur ad excellentia Maiorum facinora imitanda: Tiraq. *de nobilitate, c. 6. n. 15.* & Ripa *in c. cum Ecclesia Sutrina de caus. possess. & propr. n. 96.* Quare, quando creatur primigenium ea lege, vt successores nomen, & Arma præferant, & in tumulo conditoris sepeliantur, hæc omnia, prout institutor constituit seruanda sunt; & ideò si non adimpleantur in vno, priuari potest, qui defecerit: argumento *l. facta, circa finem, §. in danda, ff ad Trebell.* vbi Bart. & Decius *cons. 273. n. 2.* Tiraq *in legibus connubialibus, l. 5. n. 14.* Burg. de Paz *in proœmio legum Tauri, n. 24.*

81. Resolutio sexagesimaquarta: Maritus, quia est administrator bonorum communium durante matrimonio, an possit sine vxoris licentia instituere capellam pro cultu Dei animæque salute vtriusque? Pars affirmans ex eo probatur, quia maritus durante matrimonio potest, etiam renitente vxore via contractus onerosi emptionis nimirum, & venditionis, distrahere paulatim, aut donare pluries, aut pro cultu Dei, & pro bono animæ, & remissione peccatorum suorum facere eleemosynas, absque vlla obligatione restituendi vxori; Ergo potest instituere capellam pro cultu Dei, & pro salute animæ: Dicendum tamen est vt *suprà*, id fieri non posse, vt paulò ante de bonis lucratis diximus. nisi maritus in sua parte consumpta computet in medietate sibi obuentura inde, aut in aliis sibi debitis bonis, vt *suprà, resolut.* 76.

82. Nec obest Nauarr. *in manuali, c. 17. n. 155.* dicens si maritus bona communia dissipet, aut etiam acquisita ex illis consumat luxu, aut ludis, paulatim sine fraude in quantitate notabili, non teneri ipsum, aut hæredes illius ad restituendum, eò quia maritus bonorum administrator est, & ea sola, quæ separato matrimonio per mortem reperiuntur lucrata, censentur lucra: ergo multo fortius, quæ maritus in extruenda capella, vel in eleemosynis faciendis expendit, non tenetur in sua medietate computare.

Nihilominus Petr. Nauar. *lib. 3. de restit. c. 1. p. 2. dubio 9. n. 115.* verius docet maritum luxuriosè viuentẽ, & iniustè dissipantẽ in notabili quantitate rem communem teneri restituere vxori, aut hæredibus illius suam partem, ipsámque vxorem posse vti compensatione iusta, & accipere tantum de bonis mariti defuncti occultè, quantũ læsa fuerit. Ratio, quia quamuis maritus habeat administrationem, ipsa vxor lucrorum habet etiam suum dominium, seu proprietatem, & possessionem eorundem; atque ita solum integrum est viro alienate ex causa rationabili, & in ea quantitate, quæ non censeatur in fraudem fieri vxoris: aliàs non administratio, sed dissipatio vocabitur; sequitur Ludou. Lop. *p. 2. instruct. conscient. c. 24. q. 7.* Vnde donationes, quæ in magna quantitate fiunt à marito, ex communibus bonis, computantur in corpore bonorum, & detrahuntur hæredibus illius, nec debent communicari, nisi ex causa matrimonij ad dotandam filiam scilicet, & huiusmodi alia efficiantur: Couarr. ita *lib. 3. variar c. 19. n. 3.* & Petr. Nauarr. *vbi proximè, n* 116. circa autem perdita in ludo non licet vxori facere compensationem, quia licet ludus sit illicitus, est tamen contractus, & sicut potest vir perdere; ita & lucrari: Ant. Cordub. *in Summa, q. 125. puncto 5.* & Ludou. Lop. *d. c. 24. dubio 7.* vide tamen Garciam *de coniugali acquæstu, n. 5. & 65. & sequent.*

83. Resolutio sexagesimaquinta: an valeat conditio in Maioratu, vt semper primogenitus habeat administrationem rerum communium, neque aliquando earum fiat diuisio? Responsio est non valere conuentionem de nunquam diuidendo rem communem: *l. vlt. ff com. diui.* valere tamen, si fiat pro certo tempore; ita Alex. Quare, quamuis circa hoc iuramentum accedat, poterit contrauenire: prout in simili tenet Gloss. *in c. vlt. in, verbo, reuocatum, de procuratoribus, lib. 6.* quam tradunt Scribentes, qui volunt promittentes iureiurando, non reuocare procuratorẽ: Alex. *cons. 18. Visis capitul. lib. 2.* Felin. *in c. ex parte Decani. col 6. vers. amplia quinto, de rescriptis.* Iuuat in alio simili Ioann. Andr *in c. quod semel, de regul iuris, lib. 6.* in Merc. & *in addit.* Specul. *tit. de instrut. edit. §. cõpend. vers. quid si quis.*

84. Sed quid, si testator relinquat administrationem cunctorum suorum bonorum filio primogenito ex filiis suis, an eo defuncto administratio transferatur in filios, & hæredes illius, natu minores ipsis patruis: an ad patruos cohæredes illius primogeniti? Respondetur transferri, quia hæredes repræsentant defunctum, & censentur esse eadem persona cum defuncto; vt latè diximus *in 3. p. lib. 1. disp. 1. §. 1. n. 2. ex Authent. de iureiur. à moriente præst.* quia succedunt in hæreditate, quæ est successio in vniuersum ius defuncti: *l. hæreditas, ff. de regul. iuris.* Et maximè hoc procedit in filiis hæredibus, qui sunt pars corporis patris.

Cæterùm

Cæterùm Corneus hac de re interrogatus, *cons.* 243. Circa primum consultationis articulum, *col.* 5. *vers. denenio modo*, dixit filium in hac administratione non succedere: eò quia primogenitus filius nō fuit vocatus per testatorem ad proprietatem, & dominium bonorum successionis: sed illa mansisse communia ipsius, & aliorum suorum fratrum: administratio autem regiminis fuit demandata de mandato ipsius testatoris eid. m filio primogenito tanquam seniori, quia debuisset cautius, & sapientius considerata cōmuni omnium vtilitate res ipsas administrare. Quod mandatum extinctum fuit morte mandatarij, *l. mandatum, C. mandati, & cap. vno delegatorum, de officio delegati*, Menoch. *cons.* 340. *n.* 1. *& sequent.* Perea *l.* 1. *gloss.* 1. *pag.* 491. *col.* 1. *autumet. tit.* 2. *lib.* 3. *ordin.* & Molin. *de iustitia tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 24 *n.* 1. *vers. quia ergo*: vnde ius custodiendi instrumenta communia quod competit maiori natu ex fratribus, per *l. vltimā*, & *ibi* Scribentes, *ff. de fide instru.* non transit in hæredem iuniorem ipsius maioris natu, vt vult Salyc. *in l. procurator, C. de edendo*, & Alciat. *in l.* 2. *§ ex his, col.* 2. *ff. de verbor. obligat.* vbi docet in hoc casu præferendum patruum natu maiorem filio primogeniti: ita Tiraquell. *de iure primog. in præfatione, n.* 135. Adde, quòd quæ sunt, & dependent ex intellectu, non transeunt in successorem: *cap. quoniam Abbas, de officio delegat.* & *ibi* Barbos. Vimatensis *n.* 5. Vnde si testator prohibeat aliqu d in personam hæredis transire, apponendo priùs nomen appellatiuum quàm proprium, vt si dicat pr. hibeo hæredem Titium alienare, comprehendit hæredem hæredis: Duennas *regul.* 39. *limitatione* 1. *vers. quam limitationem.* Cùm ergo quæ dependent ex hominis intellectu non transeant in successorem. *l.* 2. *§. ne autem, C. de cad. toll.* & vult Bald. *in cap.* 1. *in principio, super verbo, Marchio, col. eiusdem verbi* 2. *vers. extra nos quod quedam, tit. de his qui feudum dare possunt*, benè sequitur præferri patruum seniorem filio primogeniti: Tiraquell. *de primog. quæst.* 88. *n.* 3. *&* 4.

85 Resolutio sexagesima sexta, qui habet facultatem à conditore maioratus ad eligendum consanguineum, non tenetur propinquiorem, sed potest eligere remotiorem; dum modo tamen sit ex familia, vel agnatione conditoris: per text. *in l. vnum ex familia. §. si de falcidia, ff. de legat.* 2. ita Pelaea *de maioratu*, 1. *p. q.* 72. quod procedit, quamuis proximiores existant, per *l. filiusfamil. §. cum pater, ff. de legat.* 2 Quinimò hæc electio potest fieri sine citatione aliorum consanguineorum. Quòd si extent descendentes legitimi, & illegitimi, ex eisdem priùs vocetur legitimus, quamuis remotior, quàm ex illegitimis, vel ex ascendentibus, vel aliis consanguineis, secundùm *legem* 27. *Tauri*, ibi: *Præcipimus*, vt cum pater, aut mater, quempiam ex liberis meliorauerint, aut descendentium legitimis ex Tertio bonorum suorum, possint illis imponere grauamen, quod voluerint, vel restitutionis, vel fideicommissi, & statuere in prædicto Tertio ea vincula, submissiones, aut substitutiones, quas velint; modò fiant inter suos descendentes legitimos: & in eorum defectum possint facere, inter suos descendentes illegitimos, qui iure possint esse eorum hæredes: Gutier. *practicar. lib.* 2. *q.* 67. & Gomes. *in d. lege* 27. *Tauri.* secundùm quam cauetur in eodem genere personarum videlicet descendentium legitimorum, vel illegitimorum, & ascendentium, bene locum habere illam electionem & prælationem eodem gradu, vel inæquali; non tamen fieri posse transitum de vno genere ad aliud, nisi priùs vocentur omnes illius prioris generis

86 Sed quid si aliquis habuit facultatem testandi, & non fecit testamentum infra tempus præfixum, quia non potuit, vel quia noluit, & ideò priuatur facultate sibi concessa, & hæreditas defertur proximiori ab intestato, quoniam pars bonorum sit distribuenda pro anima defuncti. Responsio sit, potestatem distribuendi venire ad consanguineos illius, qui accepit potestatem, & qui ab intestato futuri sunt hæredes illius, & hi, deficientibus legitimis descendentibus, vel ascendentibus, tenentur impendere intra annum à morte testatoris computatum, quintam partem pro anima defuncti Colligitur hæc resolutio ex *l. nulli, C. de Episcop. is, & clericis*, vbi dicitur legatum pium mandandum esse executioni per hæredes testatoris intra annum secundùm modum, & formam ibi præscriptam; & ad hoc potest cogi per quemlibet de populo, & peti executio à Iudice: vt Scribentes *in c. si hæredes, de testamentis*, Gom. *d. l.* 36. *Tauri, n.* 1. vbi *n.* 2. subdit, eo decedente ab intestato, nullo dato commissario cum facultate testandi, proximiorem successorem non teneri quintam partem bonorum defuncti pro anima illius impendere: quia cùm conditionaliter, & in casu certo, & limitato loquatur lex; quando scilicet commissarius datus fuit à testatore cum facultate testandi, conditio debet seruari in forma specifica: vt *l. in conditionibus primum locum, & per totum tit. ff. de condit. & demonst.*

Quid ergo, quando quis decedit ab intestato quæstio est, an successor teneatur facere funeralia pro anima defuncti? Responsio est affirmatiua: ita Gutier. *practicar. lib.* 2. *q.* 46. vbi loquitur, quando nullus datus fuit Commissarius ad testandum: & habetur *in l. si quis sepulchrum, vers. sumptus funeris, ff. de religiosis, & sumptibus funer.* tenenturque pro anima illius tantum expendere quantum deceat, attento qualitate personæ defuncti, & quantitate bonorum, secundùm morem regionis consuetum: per *d. l. si quis sepulchrum.* 87

Resolutio sexagesima septima: Successor iniustus, & per fraudem occupans maioratum, expulso vero successore, tenetur restituere illi bona omnia maioratus, & omnia damna illata resarcire: quod si noluerit, æterno supplicio deputabitur: quòd si hæredes huius fraudis, & iniustitiæ fuerint conscij, eodem onere constricti sunt, præterim, si successor iniustus contritus tamen facti pœniteat, & id hæredibus crimen aperiat, & postulet vehementer, vt exonerent conscientiam suam restituantque maioratum, & vt fiat diligenter prouideat, relictis bonis sufficientibus ad omnia damna reficienda illi, cui bona defuncti sunt debita. 88

Quinimò si hæredes differant adimplere sine iusta causa, & executores testamentarij voluntatem defuncti, & damna ab eo irrogata soluere, grauiter peccabunt iniustè bona ipsa detinendo, ij seque iniustus maioratus successor, quia contritus obiit, & fecit quantum in se fuit, vt omnia veniant ad verum successorem, diligentérque prouidit ad totum restituendum, non propterea detinebitur in igne purgante donec restitutio harum rerum plenè fiat, nec ampliùs ibi cruciabitur, quàm exigunt pœnæ debitæ pro aliis culpis, & negligentia sua in non restituendo; quicquid contradicat Angel. *in verbo, executor, n.* 23. *in fine*, dicens animas non ingredi cælum, nisi peracta restitutione: Sed fallitur, neque obest dictum Diui Augustini dicentis: *Non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum*: quia id intelligi debet, nisi re ipsa, aut saltem affectu, & animo restituat, quando alio modo fieri non posset restitutio: quòd si restituat realiter, vel animo saltem quando re ipsa nequit, excusabitur à culpa. 89

Non obstat item *cap. in literis, de raptoribus*, vbi dicitur: *Hæredes moneas, & compellas, vt his, quibus*

defunctus per incendium, vel alio modo damna contra iustitiam irrogauerat, iuxta facultates suas condignè satisfaciant, vt sic a peccato valeat liberari. Quia illud verbum valeat debuisset dici, valeant, vt ait Adrianus quodlib. 11. difficult. 6. litera V. & Nauarr. in summa cap. 17. numer. 68. Vnde in Gregoriana editione legitur, valeant, vt scilicet hæredes eius, qui defuncto succedunt in bonis, restituendo damna, quæ defunctus intulit à peccato negligentiæ liberentur. Quare cùm restitutio in hac vita fiat solùm, vel ab ipso debitore, vel ab eius hæredibus, de mandato ipsius, & satisfactio fiat in Purgatorio, non est dicendum animas detineri in Purgatorio, quousque restitutiones à defunctis suis hæredibus mandatæ executioni mandentur: ita Adrianus & Nauarr. supra, Henriquez lib. 1. de pœnitent. cap. 6. §. 1. in annotat. litera A. Valentia 2. 2. disput. 5. quæst. 6. puncto 2. Ludouic. Lopez libr. 1. instruct. conscient. cap. 121. Graffis in decis. lib. 1. cap. 26. num. 15. in fine, Martin. Carril. in explicat. Bullæ defunctorum part. 2. cap. 15. Molin. de iustit. tract. 2. disput. 251. & alij, quos referunt, ac sequuntur Spino de testament. gloss. 28. num. 7. & 8. post D. Thom. quodlib. 3. artic. 13. & Sayro in claui Regia lib 10. tractat. 1. cap. 2. ex numer. 6. cum sequent. & Augustin. Barbos. in d. cap. in literis, de raptoribus, num. 4. vbi decidunt defunctum, qui reliquit restitutionem hæredibus faciendam, intestatum hæredes non restituunt, non propterea detineri ampliùs in Purgatorio propter negligentiam, & culpam hæredum, nec ampliùs ibi detineri quàm pœnæ debitæ pro aliis culpis exigunt: secùs verò si defunctus non prouidit, vt hæredes restituant, cum haberet vnde satisfaceret: tunc enim, quamuis in hoc casu hæredes satisfaciant, pro illa culpa, & omissione restitutionis faciendæ, non liberabitur à sempiterno igne: ita Baptista Conrad. de casibus conscientiæ, q. 160. & alij plures relati ab eodem Barbos. vbi proximè. Atque hæc de Maioratibus sufficerint.

LIBER DECIMVS.

De obligationibus seruorum, & famulorum erga Dominos, & heros; & è contra. Et de emptione venditione seruorum; nec non eorumdem coniugio.

DISPVTARIO XXI.

De obligatione mutua Dominorum, & seruorum.

§. I.

De seruis tam legalibus, quàm naturalibus, adscriptitiis, & originariis, & quibus modis licitè fiant serui?

EPITOME.

1 *Quotuplex est seruitus, & quotuplex seruus.*
2 *Quinam sint serui adscripti, vel originarij; & an apud nos sint hodie in vsu.*
3 *Seruus cui pro certo tempore datur libertas, an sit liber in perpetuum.*
4 *Serui vnde dicti, & mancipia quare sic dicta?*
5 *Christianus iure belli alterius Christiani seruus non efficitur.*
6 *Innocentes in bello iusto capti nequeunt occidi: possunt tamen fieri serui.*
7 *De iure Cæsareo quot conditiones requirantur, vt quis fiat seruus.*
8 *Attento solo iure naturali non implicat posse vnumquemque fieri seruum alterius pro aliquo pretio.*
9 *Seruus iniustè captus, vt Christianus à Mauris, licitè potest fugere, & an possit Maurorum bona occultare, & quid si bellum sit iustum?*
10 *Seruus Christianus ab infidelibus iusto bello captus an possit iustè fugere, & quando teneatur se restituere.*
11 *Serui fieri possunt multis aliis modis, vt dicetur infra.*
12 *Seruus pœna quando quis efficiatur.*

Dicturus de seruitute mancipiorum, non abs re erit perstringere quotuplex sit seruitus. Nam, vt vult Aristoteles 1. Politicor. cap. 3. & 4. altera dicitur naturalis: altera legalis, seu ciuilis. Ratione seruitutis naturalis rudiores homines, & ingenio hebetiores, & robustiores viribus in suum commodum, & proprium bonum ratio postulat, vt sua sponte se subiiciant hominibus sapientioribus, & ingenio præstantioribus, vt ab illis gubernentur, eisdem obedientiam, obseruantiam, & honorem rependendo. Ratione autem seruitutis legalis, serui seu Mancipia, id quod sunt, dominorum sunt ad omnia obsequia licita, & ad operas ac vtilitates, quæ ex eis percipi possunt. 1

Quæstionis tamen est vtrùm aliqua seruitus sit introducta iure naturali? Negat Nauarrus in cap. ita quorundam, notab. 11. gloss. penult. à n. 1. & Couar. in regula, peccatum, 2. part. §. 11. numer. 5. dicentes seruitutem esse propriè contra ius naturale, attento innocentiæ statu, dictante, ne quis in eo statu seruus esset: attento autem statu post lapsum, tradunt non esse contra ius naturale; imò posse vocari secundùm ius naturæ, quatenus est quædam pœna statuta iure humano pro delicto,

cto, quod iure naturæ est plectendum: vt docet D.Thom. *in 4. dist. 36.* & post illum, Nauarr. *supra num. 10. & 11.*

Porro seruitus legalis integentium ex misericordia fuit instituta, & introducta ad mitigandum belli furorem, & rigorem, eo quia cùm iure belli fas sit hostes occidere, *cap. ab illo, 14. quæst. 4. cap. qui culpatur, 23. quæst. 1.* nihil æquius fuit, & suauius quam seruari captis vitam ex misericordia, commutata morte in pœnam seruitutis, & donata vita ex benignitate: *cap. noli, in fin. 23. quæst. 1.*

2 Pro seruis adscriptitiis dicendum est illos censeri, qui glebæ, seu prædio colendo sunt perpetuo addicti: ita Abbas *in cap. 2. de Iudæis, numer. vnico, notab. 1.* Originarij autem vt vult idem Abbas *ibi*, sunt nati ex his adscriptitiis, & vtrosque esse liberos notat Gloss. *in d. cap. 2. de Iudæis*, Perez *libr. 8. in princip. titul. 3. pagin. 60. l. 6.* Valascus *de iur. Emphyteut. quæst. 37. num. 3. & 4.* Sanchez *de matrimon. libr. 7. disputat. 19. numer. 1.* vbi addit tam adscriptitios, quàm originarios, quamuis liberos, ad certas operas teneri. Valascus tamen subdit *vbi proximè, numer. 9.* qui se obligant perpetuò ad seruitia personalia, non dici adscriptitios; quia adscriptitij partes fundi sunt, & numerantur intra immobilia, secundùm quod habetur *in l. iubemus nulli, in princip. C. de sacros. Eccles.* Gloss. *in verbo, mancipia*; quod secùs est in aliis, sed sola personali obligatione tenentur.

Describi autem possunt serui adscriptitij plenè, & originarij, in hunc modum: adscriptitij sunt, qui glebæ, vel prædio colendo perpetuò addicuntur, ita vt inde auelli non possint, dominisque prædiorum annuos reditus omnes præter sumptus, & victum reddant. Verùm hæc seruitus libertatem, vt dictum est, non aufert; quin potiùs isti vere sunt liberi: ex Gloss. *cap. 2. de Iudæis, verbo, sine liberi.* Et probatur, quia *in eodem cap. 2.* interdicitur habere seruos Christianos Iudæis; non interdicitur tamen habere adscriptitios, nec originarios, quod est signum libertatis.

Hodie autem lex Lusitana *libr. 4. titul. 42.* huiusmodi seruitutem ab his Regnis omninò exterminauit: Valascus *de iur. Emphyteut. q. 37. numer. 1.* de qua etiam *leg. 7.* vbi Gloss. *3. titul. 6. part. 6.* & Cald. Pereira *de emption. cap. 30. numer. 36.* vbi notat non posse proinde quempiam operas suas locare in perpetuum, ne naturalem libertatem impediat: argument. *leg. 3. §. Ne autem, ff. de vsufruct.* Glossa tamen *ibi* voluit sustinere locationem, & posse seruire per substitutum: sed ratio Glossæ non subsistit, quando industria personæ eligitur, & in dubio præsumitur electa; vt *in leg. fideicommissa §. fin. ff. de legat. 3.* Verùm lex Lusitana huiusmodi seruitutem abrogauit. An verò qui se perpetuis seruitiis personalibus obligarunt, sint irregulares? illos esse constat, non ex eo quòd serui adscriptitij sint vocandi, cùm tales appellari nequeant, quia vt dixi adscriptitij sunt, & computantur inter partes fundi, & cum bonis immobilibus; non autem, qui perpetuis seruitiis personalibus sua sponte se obligarunt; vt vult Valascus *d. quæst. 37. numer. 9.* & Sanchez *libr. 7. de matrimon. disputat. 19. numer. 1.* Sed quia ipsa obligatio personalis non potest subsistere cum perfecta libertate, qualis est obligatio feudatarij, & ex consequenti à clericali munere est arcendus, cùm habeat obligationem personalem: Mayolus *libr. 2. cap. 5. numer. 5. & 6.* & Sayr. *libr. 6. cap. 14. num. 12.*

Ambigi potest an colligatur libertas perpetua ex libertate ad tempus certum concessa? Pars affirmans ex eo probatur, quia seruus, cui conceditur libertas per annum, vel pro tempore certo, hoc est pro biennio, eo ipso est perpetua, & potest ordinari. Esse autem perpetuam libertatem colligitur ex *l. libertas, l. ideo, ff. de manumiss. testament.* & *ibi* Gloss. *Verbo, non potest, & leg. ideo, verbo, superuacua est.* Sanchez *libr. 7. de matrimon. disput. 19. numer. 3.* contra supplementum Gabriel. *4. disputat. 36. quæst. 1. artic. 3. dubitat. 2.* Sotus *in 4. distinct. 35. quæst. vnica, artic. 2 vol. 4.* & alios, quos referens, tenet Illustrissimus Primas *1. part. decret. cap. admittuntur, distinct. 54. num. 3.* qui ex falsa opinione, videlicet, existimarunt seruum esse, cui libertas conceditur pro certo tempore, & ex consequenti esse irregularem, & matrimonium esse nullum, fœmina ignorante conditionem seruitutis: at reuera non est, quia talis, & verè liber est, & neutiquam irregularis; nam libertas semel concessa & semel acquisita reuocari nequit: vt post multos concludit Sanchez *d. n. 3.* eo quòd libertas ad tempus dari non potest: *d. l. libertas, & d. l. ideo.* 3

Hinc infertur, non posse dari seruis libertatem sub conditione vt ordinentur, quia sacri Canones exigunt libertatem omnimodam à patronis, & dominis ante seruorum ordinationem concedendam. Non est tamen improbabile posse manumissionem seruis præstari sub conditione vt promoueantur ad sacros Ordines; quia hæc conditio nihil ordinationi, aut sacris Canonibus contradicit, sed tantùm adiici potest, ne serui conquisita libertate absoluta ordinem Ecclesiasticum detrectent: Suarez *de censur. disput. 51. sect. 3. numer. 4. in fin.*

Quamuis enim libertas data seruis ad Ordines suscipiendos intelligatur absoluta, cùm plena libertas requiratur, vt patet ex *cap. nullus Episcopus, dist. 54. & ex cap. quicunque libertatem, eod. titul.* nulla conditio debet intelligi apposita, quando nulla expressè apponitur, cùm nullam includat saltem ex iustitia; quod verum est etiam in seruis Ecclesiæ: *cap. eo libentius, de seruis non ordinandis*, ibi: *vel manumissi extiterint absolute, sicque libertatem habeant ad aliam transeundi*, ex Suarez *d. disp. 51. sect. 3. n. 8. vbi proximè.*

Non tamen inde colligas posse patronos deducere in pactum seruitia non repugnantia statui clericali, putà, vt seruus factus presbyter pro domino sacrificet aliquoties, & subdiaconus, vel diaconus preces fundant: Illustrissimus Primas *1. p. decreti, cap. qui ex familia, dist. 4. n. 2. & cap. quicunque libertatem, ead. dist. n. etiam 2.*

Neque in dubium venire potest, quare serui ita dicantur, cùm à seruando ita dici constet; quia videlicet Imperatores, & alij Principes superiorem minimè recognoscentes, quos bello capiebant, & quos poterant interficere, seruabant, commutata eorum morte in perpetuam seruitutem, vt habetur *Instit. de iur. personar. §. serui.* Consonat vocari etiam seruos *Mancipia*, quasi ab hostibus manucapta; vt ibidem adnotatur: Molin. *de instit. disput. 32. fol. 236. in princip.* 4

Venit tamen in dubium non vulgare, an Christiani capti in bello iure gentium fiant capientium? Videtur sic fieri, si bellum sit iustum, *l. hostes, ff. de captiuis, §. itemque ab hostibus, Instit. de rer. diuis.* 5

Nihilominus apud Christianos ex consuetudine quando Christiani capiuntur ab aliis Christianis, etiam iustè bellantibus, non fiunt serui; captiui tamen verque. Atque ita illos solent iniustos apud se retinere, neque fas est illos remeare ad suos, nisi prius exhibeant aliquam satisfactionem: secùs si fideles capiantur ab infidelibus: iuste bellantibus: tunc enim sunt verè eorum serui, quia iusta est seruitus, & iustum bellum ex parte capientium: Rebellus *de iustit. 1. part.*
6 *libr. 1. de praelud. quaest. 9. numer. 4.* Caeterùm innocentes in bello iusto etiam possunt captiuari: Rebell. *vbi proximè numer. 5.* Non tamen licet in bello quantumuis alioquin iusto innocentes occidere, vt volunt Couarru. *regular. peccatum, part. 2. §. 3. numer. 4.* Victoria *de iur. belli, numer. 35.* Syluest. *verbo, bellum, 1. quaest. 10. conclus. 3.* Molin. *tract. de bell. disput. 119. tom. 1. de iustit.* iuxta illud Exod. 13. *Insontem & iustum non occides*; eò quia in Republica aliqua non est integrum occidere innocentem, quamuis sit propria alicuius Principis: ergo neque in aliena, quando contra illam datur bellum iustum. Quod intelligitur quando id fit per se, & ex intentione: secùs si id fiat per accidens etiam scienter, tunc enim fas est innocentes interficere, quando nimirum Ciuitas, aut Castrum iustè oppugnatur, in quibus constat innocentes aliquos cum nocentibus esse permixtos, quia per accidens, & praeter intentionem innocentes interficiuntur: ita Couar. & Victoria *praecitati*, & Molin. *d. disp. 119. conclus. 2.*

7 Illud autem certi iuris est posse quempiam fieri seruum, si se vendat quando ita se habet consuetudo, cùm homo sit dominus suae libertatis: atque ita sicut potest se vendere, ita potest praestare consensum, vt ab alio vendatur. Requiruntur tamen de iure Caesareo conditiones aliquae ad valorem huius venditionis, quae habebunt locum in terris eidem iuri subiectis. Prima conditio vt is, qui venditur sit maior viginti annorum. Secunda, requiritur quòd sponte id velit, & intendat pretium participare. Tertia, quòd in veritate participet. Quarta quòd emptor credat ipsum esse seruum. Quinta, quod is, qui venditur, sciat se esse liberum. Sexta, quod venditor similiter sciat illum esse liberum. Si aliqua deficiat, non valet venditio, sed iure communi reuocatur in ingenuitatem. Si verò nulla desit, etiamsi postea manumittatur, non manet ingenuus, sed libertus; *ff. de statu homin. leg. homo liber*, nisi restituat omnino pretium, *ff. si inge. manul. 11.* Non tamen cogitur recipere dominus pretium inuoluntarius: Syluest. *verbo, Seruitus, numer. 3.* Rebell. *d. q. 9. n. 10.* Molin. *de iustit. tom. 1. disp. 33. pag. 242.*

8 Ex dictis sequitur attento iure naturali bene posse quemlibet vendere suam libertatem; non enim implicat, eo quod dominus sit suae libertatis, sicut, bonorum suorum externorum, atque adeo potest illam alienare, & se in seruitutem tradere; vt fecit Beatus Paulinus Episcopus propter nimiam in Deum, & proximum charitatem, tradens se vltro in commutationem pro libertate filij viduae. Aliquando tamen non carebit vitio venditio, si venditor suae libertatis, se subiiciat seruituti absque rationabili causa, imò peccabit multo magis quàm si honoris, & famae sine aliorum tamen scandalo fuisset prodigus: Molin. *de iustit. disp. 33. fol. 242.*

Quae resolutio habet locum etiam quando fama aequiparatur vitae, imò etiamsi praeferatur. 1. *Machabaeor. 7.* vbi Iudas Machabeus famam praetulit vitae dicens: *Si venit tempus nostrum, moriamur, nec imponamus crimen gloriae nostrae.* Ex quibus verbis colligitur non esse hominem dominum vitae suae, sicut nec famae; habere tamen famae suae vsum duntaxat: vt tradunt Mayorus *in 4. distinct. 15. quaest. 16.* Caietan. *in summ. verbo, detractio, & 2. 2. quaest. 73. art. 2.* Armyl. *in verbo, detractio, numer. 4.* Vnde inferunt, sicut homo non potest se ipsum occidere, quia praeiudicaret communitati, cuius est pars, ita nec se ipsum diffamare potest: argument. *Ecclesiastici 41.* vbi dicitur, ibi: *Curam habe de bono nomine; hoc enim magis permanebit tibi, quàm mille thesauri pretiosi.* Quo in loco constituuntur homines custodes propriae famae, & non domini. Iuuat illud *Prouerb. 22.* ibi: *Melius est nomen bonum, quàm diuitiae multae.* Fauet Augustin. *lib. de bono viduitatis, cap. 20.* & habetur *in cap. non sunt audiendi, 11. q. 3.* vbi grauiter carpit negligentes famam propriam ob eam rationem, *quia nobis*, inquit, *necessaria est vita nostra; aliis verò fama nostra.* Quibus verbis significare videtur dominium famae nostrae non esse apud nos, sed apud Rempublicam, cuius vnusquisque pars est.

Nihilominus quia verius est, simpliciter loquendo, homines habere dominium suae famae, & honoris, sicut & caeterorum bonorum suorum temporalium, vt docent Sotus *libr. 4. de iustit. quaest. 2. artic. 3. conclus. 4. & in tractat. de regend. secret. membr. 1. quaest. 3.* Nauarr. *in manuali cap. 18. numer. 27. & 28.* Couarru. *1. variar. cap. 2. num. 8.* Petrus Nauarr. *libr. 2. de restitut. cap. 4. part. 2. dub. 1. num. 150. & part. 3. dub. 1. num. 366.* Valent. *tom. 3. disputat. 5. quaest. 6. punct. 5. & quaest. 10. punct. 10. numer. 1. dub. 4. & quaest. 17. punct. 2.* & fauet D. Thom. *2. 2. quaest. 73. art. 4. ad 1.* dicens; *In libero arbitrio hominis constitutum esse, in propria fama, nisi hoc vergat in periculum aliorum, pati detrimentum*, non est dubium posse ex causa pati iacturam suae famae, sicut potest in caeteris bonis temporalibus, quae comparauit sua industria: argument. Sancti Ambrosij, de quo legitur, foeminas in domum suam introduxisse, vt ea ratione à dignitate Episcopali consequenda impediretur. Confirmatur ex D. Thoma *2. 2. q. 73. art. 4. ad prim.* dicente, *Iniustè infamatum parcere posse infamanti*, quod tamen facere non posset, nisi esset famae suae dominus.

Quae omnia satis probant posse quemlibet ex causa se ipsum vendere, hoc est suam libertatem pro soluendo debito pecuniario etiam; quia ex parte iuris ciuilis communis id non est prohibitum: nam quamuis libertas sit pretiosior omni auro, non erit libertatis prodigus, qui de se ex causa id faceret, vt de facto faciunt qui se ipsus vendunt in perpetuum ad remigandum in triremibus subdendo se multis periculis, quae in triremibus patent: contra Sayr. *in Clauis lib. 9. c. 6. n. 18.*

Consequens est dicere an integrum sit Christiano capto in bello à Mauris fugere, & ab illis auferre 9
quidquid possit, & quid si bellum sit iustum in aliquo euentu? Quoad primum regulariter dicendum est, Christianum captiuum licitè posse fugere, vel occultè, vel palam, imò vi adhibita, & alios licitè ad fugam capiendam iuuare: eò quia Christiani capti à Sarracenis non fiunt serui de iure, cùm bellum ab illis illatum sit iniustum ex parte eorum, & Christiano

Christianorum terras iniustè occupent, vnde Christiani iustè pugnant cum Sarracenis ad sua recuperanda de manu eorum tanquam de manu latronum: Couarru. *in regul. peccatum, 2. part. §. 11. numer.* 6. & Scribentes *in l. qui à latronibus, ff. de testament.* text. *in l. postliminium,* 19. *§. à piratis, ff. de capt. & postlimin. reuers.* ibi: *à piratis, aut latronibus capti, liberi permanent.* Valasc. *tom.* 1. *consultat.* 30. *num.* 9. Cardos. *verbo, seruus, num.* 53. & Sayr. *in claui lib.* 9. *cap.* 54 *numer.* 26. *& numer.* 29. vbi concludit licitum esse priuatæ etiam personæ Christianum seruum in captiuitate detentum à Domino infideli furari, aut per vim rapere; sunt enim Christiani iniustè oppressi, & in captiuitate detenti, & ex parte sua habent bellum iustum defensiuum contra infideles; ideò licet se defendere illis, & vim inferre, ac fugere: Caietan. 2. 2. *q.* 66. *art.* 8. Valent. *tom.* 3. *disput.* 5. *quæst.* 10. *punct.* 6. & Molin. *de iustit. tom.* 1. *disputat.* 37. *in princip.* Rebell. 2. *part. libr.* 1. *de prælud. quæstion.* 12. *num.* 9

10 Quid ergo si bellum sit iustum, poteritne seruus Christianus eo bello ab infidelibus captus fugere ad suos, itave non teneatur reuerti, & quibus de causis licitè possit fugere? Dico primò regulariter loquendo seruum bello iusto captum peccare fugiendo ad suos, tenerique se ipsum restituere: D. Antonin. 3. *part. titul.* 3. *cap.* 6. §. 4. Fortuniua *in l. manumissiones, ff. de iustit. & iur.* & Nauarr. *in manuali cap.* 6. *numer.* 103. Verumtamen quando belli iustitia non ita clare constat, quin contraria pars iustè etiam defendi possit, licitè potest fugere ad suos seruus eo bello captus, aut quocunque velit, nec tenetur redire ad suum dominum: quinetiam in eo dubio iustè retinetur à Domino, & coerceri potest, ne fugiat; quod si fugiat etiam per vim reduci valet nihil impediente quod possit fugere ne teneatur redire. Nam in eo casu æqualis est conditio, & alea captiui, ac domini sui: Molin. *dict. disputat.* 37. *vers. secunda conclusio.*

Dico secundò non omnino conuenire inter Doctores circa captiuos legitimo titulo seruituti subiectos, an possint fugere: at dicendum est eos qui se ipsos vendiderunt, vel ab ascendentibus fuerunt legitimè venditi, fugere licitè non posse. Quòd si contra faciant, tenentur reuerti; nec non restituere damna inde dominis illata, si habeant vnde restituant. Idem dicendum puto de captiuis factis iustè in pœnam delicti, commutata morte in perpetuam seruitutem, quam ob delictum incurrerunt per sententiam iustam: Molin. *vbi supra,* Sayr. *lib.* 9. *c.* 6. *num.* 28.

Quæstionis tamen est de seruis iure belli factis, qui fidem suam domino dederunt, seu promiserunt se non fugituros? Dico tertiò, non esse licitum fugere, quia iure naturali tenetur seruare fidem, & stare promissione: ideò contra fidem datam faceret, vel contra promissionem fugiendo, dominúmque suum decipiendo, quod non licet: D. Augustinus *lib.* 1. *de ciuitat. Dei, cap.* 15. vbi laudat Marcum Attilium Regulum, cui, cùm esset seruus apud Carthaginienses, concessum fuit Romam ire data fide de reuertendo, rediit cum certissimo vitæ periculo, nec fidem datam fregit.

Dico quartò, integrum esse seruo iure belli detento abire ad suos, aut quòcunque velit, si inducatur à Domino ad delinquendum mortaliter, aut si voluerit quod deficiat à fide, aut vellet illum interimere, aut necessaria alimenta negaret, & aliter seipsum non posset defendere nisi capta fuga, tunc enim potest fugere ad conseruandam vitam. Quod habet locum etiam quando fidelis iustè esset captus ab infidelibus tempore induciarum, si inter illos sine periculo salutis spiritualis non potest commorari, satisque erit in hoc casu ad summum compensationem facere; quia cum tanto periculo reuerti non tenetur: à qua recompensatione excusatur à Couarru. *in regul. Peccatum, part* 2. §. 11. *numer.* 5. *& lib.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 10.

Extra tamen casus de quibus hactenus, controuerti solet an fas sit seruo iusto bello detento fugere? Et non obstantibus supra dictis, secundùm quæ solutio videtur clara; Nihilominus, quia regulariter loquuti sumus, partitam quæstionem adiiciemus, vt clariùs quid sequendum sit innotescat. Duplex est ergo in hac re opinio. Prima Glossæ *in capit. ius gentium, in verbo, seruitutes, distinct.* 1. dicentis non integrum esse huiusmodi captis fugere: quam partem sequitur Antoninus *part.* 3. *cap.* 6. §. 4. Syluest. *verbo, Furtum, quæst.* 6. *& verbo, seruitus, quæst.* 3. *vers. secundo,* iuxta quam Turrecremata *in d. cap. ius gentium, distinct.* 1. *artic.* 4. *ad* 5. vult peccare huiusmodi seruos fugiendo; cui adhæret Nauarr. *in Manual. cap.* 17. *numer.* 103. *&* 104. addens teneri restituere infidelibus pretium, quamuis non teneantur reuerti in propria persona propter fidei periculum, ne fortè peruertantur. Consonant Aragonius 2. 2. *tract.* 2. *de Dominio, quæst. de obiecto dominij,* & Molin. *de iustit. tom.* 1. *disput.* 37. dum aiunt captos in bello iusto ita vt clarum sit de iustitia capientium, & de iniustitia aduersariorum, peccare mortaliter si fugiant, tenerique se ipsos restituere, quamuis ad suos redeant, & perueniant.

Secunda opinio affirmat licitum esse huiusmodi seruis fugere, quæ loquitur non solùm de seruis Christianis ab infidelibus in bello iusto captis, sed etiam de omnibus aliis seruis in bello etiam iusto captis: ita Couarru. *in regul. Peccatum, part.* 2. §. 11. *num.* 5. *& lib.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 10. Sotus *lib.* 4. *de iustit. quæst.* 2. *artic.* 2. *post conclus.* 3. dum docent se non audere seruos sic captos in eas angustias redigere, vt non liceat illis fugere: sequitur Salon 2. 2. *tract. de Dominio, quæst.* 3. *artic.* 1. Valent. *tom.* 3. *disput.* 3. *quæst.* 16. *punct.* 3. Emmanuel de Sà, *in summa, verbo, seruus, num.* 1. Et Ludou. Lopez 2 *p. Instructorij, cap.* 2.

Quamuis tamen prima opinio sit valde probabilis, quia serui illi verè sunt in possessione domini sui, & iure belli seruitus est inducta tanquam pœna propter delictum; nihilominus secunda sententia est etiam æquè probabilis, & secundùm eam integrum est huiusmodi seruis fugere, nec peccant fugiendo, nec tenentur aliquid restituere dominis suis, modò fugiant, & redeant ad suos; & nomine *suorum* debent intelligi quotquot existunt, & viuunt sub alio Rege, prouincia, secta, vel Religione; ita vt si seruus Christianus fugiat, non solùm manebit liber, si fugiat ad patriam suam, si sit Lusitania, sed etiam si perueniat ad aliquod oppidum fidelium, si seruus erat infidelium: eodem modo seruus si fuerit maurus non solùm si in patriam redeat, libertatem consequetur, sed etiam si redeat ad aliquam prouinciam Maurorum, seu Turcarum ditioni subditam: vt probatur *ex l. Interest, ff. de captiuis, & postlimin. reuers. §. Item ea, quæ ab hostib. Instit. de rer. diuis.* vbi habes iure belli fieri hostes captiuos, & infra sunt hæc verba, ibi: *Quod si nostram potestatem euadant, & ad suos redeant, pristinum statum percipiunt.*

Item secundùm hanc partem, non licebit captis in

in bello ex iure postliminij fugere, vt intra terminos hostium, à quibus detinentur diuagando maneant, quia in hoc non cenentur fugere ad suos rectà, atque ita vt licita sit fuga: non enim dicitur fuga quæ fit animo diuagandi intra confinia hostium à quibus detinentur: Rebellus *de instit. 1. p. lib. 1. de prælud. quæst. 12. num. 3. vers. conclusio tamen sit.* Quæ limitatio placet, ita vt rectà fiat fuga ad patriam; aliter enim fugiendo furtum committitur: Sequitur Valquez *1. 2. disp. 174. cap. 1. num 8. & sequentib.* & Illustrissimus Pinnes *1. p. decreti dist. 1. cap. ius gentium, num.*

11 Ex dictis sequitur posse multis modis seruos fieri, quibus addi potest seruus natus ex matre serua; siue pater liber sit, siue non; siue nascatur ex matrimonio legitimo, siue ex copula fornicaria: dicitur *vernaculus* ita natus, & filij etiam eorum sunt serui. Ratio quia partus sequitur ventrem, *l. partum, C. de rei vendicat. §. pen. Instit. de iur. personar. §. Sed & siquis, Inst. de Ingenuis, cap. vnico, de natis ex libero ventre* Sanctus Antoninus *3. p. tit. 3. cap. 6. §. 6.* Angelus, *Verbo, filius, §. 19. & in verbo, Seruitus*, limitant, quando nati sunt ex matrimonio, videlicet, si dominus matrimonium contraxit cum ancilla sua, & domina cum seruo, quod iure diuino non interdicitur, etiam si ciuili; nam tunc ancilla illa, aut seruus libertatem assequitur, cum nec ancilla, nec seruus sit socius. Imò Syluest. *verbo, seruitus, quæst. 3. vers. 1. & quæst. 4.* addit natos ex illegitima copula, quamuis sint ignobiles, non esse seruos eorum, qui sunt domini seruorum, vel seruarum ex quibus nati sunt. Concordat Sanctus Antoninus *citatus*, Paludan. *in 4. dist. 36. quæst. 2. art. 1.* Idem de hac seruitute vult Molin. *supra, disp. 33. in fine*, dicens, hanc seruitutem esse in Hispaniis communi vsu comprobatam.

Quæstionis tamen est, cur partus sequatur ventrem, ita vt fiat seruus natus ex ancilla? Respondetur secundùm aliquos rationem esse, quia mater non est satis apta obsequiis domini sui, & pariendo incurrit periculum mortis; æquitas ergo petit vt domini, qui obsequiis destituuntur, & subeunt periculum damni, assequantur commodum ex partu ancillæ: Sanchea *de matrim. lib. 7. disp. 24. num. 5.* Guttier. *eod. lib. cap. 93. 3. numer. 5.* satisque erit vt partus euadat liber, si tempore conceptionis, aut natiuitatis, aut medio tempore mater gaudebat libertate: Sanchez *supra, num. 10.* Bonacin. *de matrimon. quæst. 3. punct. 3. num. 11.* & probatur ex text. *in §. et ... si quis, Instit. de ingenu.* & ex *l. ... seruorum, 5. vers. ingenui sunt, ff. de stat. hom.* ... *deteriorem. in cap. fin. 32. quæst. 4.* ... in fauorem libertatis in hoc euentu partus ... ventrem, pro quocumque tempore liber fuerit, dum fœtus intra illum continetur, atque ... pro eo instanti partus assequitur libertatem, & ... non reducitur ad seruitutem: Antoninus *p. 3. tit. 4. cap. 6. §. 6.* Innocent. & Hostiens. *in cap. fin. de seruis non ordinand.* quos referens sequitur Sayr. *in ... lib. 9. cap. 6. n. 27.*

Hinc fit vt si pater dicat in testamento: lego ancillam meam Iustinam filio meo, ea lege, & conditione vt post mortem filij mei fiat libera: In eo casu omnes filij Iustinæ, quos peperit viuente filio meo erunt serui, nati verò post illius mortem erunt liberi, quamuis sint concepti filio meo adhuc superstite: *l. si iusta*, vbi Bald. Salycet. & alij, *C. si mancip. ... fuer. alien.* Cardos. *in praxi, verbo, filius, §. 29.* Sub dis si mater relinquatur libera cum conditione vt decem soluat Titio, vel alia conditione, tunc enim filij nati illius ancillæ nascentur serui; dum conditionem non adimpleuerint, *l. libertatem, C. de fideicommiss. lib. & l. Ergo quandiu, §. si ex dict. ff. eodem*, idem Cardos. *verbo, seruitus, num. 61.* vbi addit quando testator sic loquitur: Relinquo ancillam meam liberam, ea lege vt seruiat filio meo Titio dum vixerit; tunc filios illius ancillæ natos post obitum testatoris, nasci liberos, quantum in lucem exierunt tempore, quo mater erat libera, *d. l. & seruorum*, vbi Scribentes, *ff. de stat. homin. & §. sufficit, Instit. de ingen.* Vide ea de re Rebellum *1. p. de instit. lib. 1. de prælud. num. 3. quæst. 9. num. 3.* vbi concludit semper partum sequi ventrem: quod ius non solùm in Hispania, sed vbique gentium seruari videtur: poterit tamen huic iuri, si alicubi contraria consuetudo viguerit, derogari in fauorem libertatis.

Fieri etiam potest serua ex delicto, & ex ingratitudine, quando scilicet libertus est ingratus patrono, reuocatur in seruitutem: *l. si manumissus* vbi Bartol. Bald. Salycet. & omnes, *C. de liberr. & eorum liber. & in c. de famulis, de seruis non ordinand.* Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo, libertis, numer. 31. C. de reuocand. donation.* Suidus *de aliment. tit. 8. priuileg. 65. numer. 54.* Sanchea *lib. 7. disp. 24. numer. 13.* Azor *p. 3. lib. 11. de donation. cap. 8. quæst. 2. vers. item donatio*, Rebellus *p. 2. lib. 8. quæst. 9. numer. 4.* & alij, quos referens sequitur Barbos. *in d. cap. de famulis*, per text. ibi: *Non solùm libertatis beneficio careant.* Quinimo cum pater reuocatur in seruitutem, filij hoc patre nati post commissam ingratitudinem reuocantur in seruitutem, quamuis sint nati ex matre libera: quia hoc non consurgit ex statu materno, sed in pœnam delicti paterni, & ingratitudinis: vt notat Padill. *in l. naturalis, numer. 3. ff. de præscript. verb.*

In quas autem pœnas incurrat seruus pœnæ, est huius loci. Constat tamen damnatum ad mortem per sententiam condemnationis fieri seruum pœnæ, & amittere libertatem, nec posse testari: Iul. Clar. *verbo, Testamentum, q. 5.* & *qu. 21.* Tuschus, *verbo, seruus pœnæ, conclus. 235. numer. 1.* Barbos. *in Remission. ad leg. Regiam, tit. 81. ad §. 6. & vltim.* vbi loquitur de iure communi, *numer. 1. & sequentibus*, de iure etiam speciali, quod si post condemnationem aufugiat, adhuc enim est seruus pœnæ, & est intestabilis: Iul. Clar. *d. §. Testamentum, §. 21. numer. 2.* Idem Tuschus *supra numer. 2.* Nec est dubium regulariter posse fieri seruos facinorosos homines à legitimo Principe propter graue crimen commissum. Rebellus *de instit. lib. 1. de prælud. q. 9. num. 6.*

§. II.

Quibus modis, & quando serui fiant liberi.

EPITOME.

13 *Seruus primò fit liber per manumissionem.*

14 *Seruus ab hostibus captus si redimatur fit redimentis.*

15 *Non tamen fit plenè dominus, sed oblato pretio tenetur restituere.*

16 *Seruus an ita redemptus redeat verè ad pristinum Dominum? Pars affirmans est sequenda, quamuis aliqui contradicant.*

17 *Seruus Iudæi ab ipso circumcisus, & seruus Mahumetani ab eodem sectus, eo ipso consequuntur libertatem.*

18 *An*

18 *An Principes sæculares possint permittere Iudæis habere mancipia Christiana? Pars negans est vera. Possunt tamen Iudæi habere seruos adscriptitios in consequentiam,*

19 *Mancipium ad seruiendum à Iudæo emptum, & mercimonij causa, quomodo libertatem consequatur.*

20 *Ancilla tradita matrimonio à domino homini ignaro seruitutis, libero tamen, fit libera: & quid si dominus non tradat, sed alter?*

21 *Ancilla ducta a domino in vxorem inspecto iure communi non fit libera: attento autem iure Hispano, maximè.*

22 *Filij domini geniti ex ancilla cùm esset coniugatus, si soluto matrimonio eam ducat in vxorem, an fiant legitimi?*

23 *Ancilla per concubinatum perpetuum cum Domino vsque ad mortem an fiat libera?*

24 *Seruus resuscitatus fit liber: seruus autem pœna ex beneficio principis non manet liber, sed fisco addicitur.*

25 *Seruus relictus hæres à Domino fit liber, aut adoptatus in filium.*

26 *Ancilla, vel seruus si ineant matrimonium cum libero, seu libera ignara seruitutis, Domino sciente, & tacente, an fiant liberi, & validè contrahant?*

13 Seruus fit liber primò ex manumissione, *l.1.& per totum, ff. de manumiss. l.1.& l.1.& per totum, tit. C. de seru. manumiss. & Instit. de libert. & §. eadem, Instit. quib. ex caus. manumit. non licet.*

14 Sed quid siquis redimat seruum alienum, poteritne illum manumittere? Respondeo seruum ab hostibus captum, si redimatur, statim fieri redimentis: text. *in l. in bello, §. siquis seruum, ff. de capt. & postlimin. reuers.* text. *in l. sicut,* vbi Gloss. & Scribentes, *ff. eodem* poteritque redemptor seruum illum manumittere, *d. in l. in bello, §. manumittendo,* vbi Scribentes, de hac re latè. Sed his obstat, quia redimens non fit

15 plene Dominus serui quem redemit, sed tantùm potest retinere seruum loco pignoris, donec Dominus proprius, & antiquus serui, illi pretium reddat: ita Glossa 1. *& vltim. in d. l. in bello, §. siquis seruum, ff. de captiuis,* & Glossa etiam, *verbo, offerat, in l. si seruum, in princip. ff. de acquir. hæred.* & *ibi* Castrensis. Quare si redimens manumittat seruum ita redemptum cedit, ac remittit hoc ius pignoris: ita probat *d. l. Si seruum,* per hæc verba, ibi: *vinculo suo resoluit,* & *ibi* Glossa, & Scribentes.

Porro siquis sciens alienum seruum redimat ab hostibus, Dominus pristinus quocumque tempore oblato pretio redimenti recuperabit suum seruum: secùs si redimens ignorabat illum esse captum ab hostibus, & credebat esse vendentis; tunc enim ad triennium vsque integrum erit, pretium illi offerre, & non vltra: Glossa *in l. sicut, ff. de capt. & postlimin. reuers.* & Glossa *verbo, offerat, in d. l. si seruum.*

16 An verò seruus ita redemptus redeat ad dominium pristini Domini? Negat textus *in d. l. si seruum, ff. de acquir. hæred.* ibi: *vt eius fiat, cuius fuerat, antequam caperetur,* & *in d. l. in bello, §. manumittendo,* ibi: *ne libertatis præstatio fiat dominij translatio: impium enim visum fuit à redimente, qui bona fide emerat, non posse seruum manumitti, aut debere datam libertatem reuocare.* Hæc ibi. Nihilominus seruus sic redemptus, & bona fide manumissus, tenebitur sui pretium priori domino reddere; & donec non reddit pretium præstabit operas; quia quamuis manumissio valeret in fauorem libertatis, seruus tamen est obligatus ad æstimationem donec pretium refundat. Non enim potuit manumittere seruum alienum, quem redemptor iure pignoris retinebat, ideo seruus debet priori domino satisfacere, vt expreßè Glossa *in d. l. siquis seruum, verbo, offerat,* quam sequitur Angel. & Imol. *ibi.* Iuuat quod disponitur *in l. fin. C. de captiu.* & tenet Gloss. *verbo, Offerat, in d. l. si seruum,* circa liberum redemptum à captiuitate, quod teneatur redemptus ab hostibus redimenti præstare pretium, vel ad operas quinque annorum teneri; ergo multò fortius tenebitur seruus ad pretium, vel ad operas in defectum pretij, donec illud reddat: ita Paulus *in d. l. siquis seruum.*

Secundò fit seruus liber, si Iudæus seruum suum infidelem circumciderit, eo enim ipso in pœnam delicti, gaudet libertate, per *l. vnicam, C. ne Christianum mancipium.* Idem censeo si Mahumetanus iurisdictioni temporali Ecclesiæ mancipatus seruum suum paganum circumcidat ob eandem prorsus rationem. Consonat *l. Deo nobis, §. his ita, C. de Episcop. & Cleric.* vbi Imperator se refert ad *legem vnicam, C. ne Christianum mancipium,* dicens ibi: repetita *l. Iubemus, Vt nullus Iudæus, vel paganus, vel hæreticus seruos Christianos habeat: quod si inuenti in tali reatu fuerint, sancimus seruos omnibus modis liberos esse secundum antiquiorem nostrarum legum tenorem. In præsenti autem hoc amplius determinamus.* Sic Imperator: vbi nota quod de Iudæis dixerat, de Hæreticis etiam, & paganis idem esse iudicandum: quia vbi est eadem ratio, idem debet esse ius. Consonat *ca. 1. de Iudæis,* per text. ibi *vt nullum Christianum:* per quod constat non esse integrum Iudæis mancipium Christianum habere, vt per Gloss. Abb. Deci. & alios, per text. *ibi in cap. consuluit, el 3. supra de appellation.* Foller. *in constitut. regn. tit. de Iudæis num.* 8. Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 18. num. 9.* & plenè Antonius Ricciul. *tract. de iur. personar. extra gremium Ecclesiæ existentium, cap. 28. à princip. vsque num. 3. per cap. si quibus, 54. dist.* extendit vt procedat, siue seruus fuerit olim Christianus, siue fuerit de recenti, aut nunc baptizatus.

Quinimo *d. cap. 28. num. 12.* tuetur idem Ricciul. non posse Principem sæcularem in suo regno permittere Iudæos habere mancipia Christiana. Sigismund. Scac. *de appellation. quæst. 16. limitat. 1. n. 129.* Nec etiam possunt habilitari ab Episcopo, quia ille nequit dispensare nisi exprese, vel tacite permittatur, vt per Cardinal. *in cap.* [illegible] *Iudæi,* vbi Abbas *num. 3.* Socin. *num. 5. vers. extra glossam.* Felin. *sub num. 3. vers. iterum autem Episcopus.*

18 Veruntamen potest Iudæus habere seruum adscriptitium Christianum, de quo *§. præcedenti,* in consequentiam iuris, quod possidet: per text. *in cap. multorum, de Iudæis,* vt per Bero. *in c. 1. sub num. 196. vers. nec etiam prohibitis. de Const.* Syluest. *in summa, verbo Iudæus, quæst. 2. dict. 2.* Perez *l. 6. in princip. tit. 3. lib. 8. Ordinam. pag. 60.* Azor *part. 1. lib. 8. c. 22. quæst. 8.* Anton. Ricciul. *in tract. de iur. personar. d. cap. 28. num. 21,* Marquard. *de Iudæis part. 2. cap. 5. num. 20.* & Sanchez *in præcepta decalog. lib. 2. cap. 31. n. 21.* Nam quamuis non liceat Iudæis principaliter possidere mancipia Christiana, possunt tamen in consequentiam fundi, cui sunt addita, possidere illa: Rebuff. *de priuileg. Scholar. priuileg. 106.* & Tiraqnel. *in tra. Res inter alios acta, in principio. vers. sic, & semper:* etiamsi Ioan. de Platea *in l. quemadmodum, num. 9. vers. sed quid si vendidit, C. de agricol. & cens.* & Surd. *de aliment. tit. 8. priuileg. 89. numer. 2.* negent non esse integrum Iudæo emere fundum, cui sunt adscripti serui Christiani. Verum est tamen quòd non possint Iudæi imponere adscriptitiis seruis Christianis aliquod onus vltra illa, quæ debent coloni originarij peragere: Anton. Ricciul. *d. cap. 28. num. 23.*

Tertiò colligitur ex *cap. vltim. de Iudæis,* si Iudæus 19

causa mercimonij mancipium infidele coëmisset, & illud voluisset baptizari, persolutis Iudæo decem solidis, hoc est, aureis, maneat liberum; nihilominus si mancipium non habeat vnde soluat, nec alius loco illius, tunc si intra tres menses à Iudæo fuerit expositum venale, & emptor non inueniatur, à die suscepti baptismi, ostiatim mancipium eleemosynam petet ad soluendum, aut seruiet infideli quantum sufficiet ad compensandum pecuniam, vel alteri seruiet ad lucrandum. Contra verò si Iudæus mancipium intra tres menses venale non exposuerit, transactis illis mensibus consequetur libertatem, nullo persoluto pretio: ea Glossa *verbo, datis.* & Doctores *in d. cap. 1. de Iudæis* Molin. *de Iustit. tom. 1. disp. 39. vers. quartus est, ad fin.* Cardos. *in praxi, verbo, seruus, num. 59. vers. Tertio,* Consonat Barbos. *in cap. vltim. de Iudæis, num. 3.* Denique si Christianus intra tres menses præscriptos mancipium illud emat, non fiet seruus perpetuus, sed manebit in seruitute donec persoluat pecuniam pro eo præstitam: Molin. *vbi proximè,* vbi addit, *ibi vers. duo* quando seruus non fuerit emptus mercimonij causa, sed vel fuerit vernaculus, natus scilicet ex ancilla Iudæi, vel ad domesticum seruitium emptus, tunc merè gratis manere liberum.

20 Quartò, ancilla tradita in matrimonium à domino, homini libero, qui conscius sit seruitutis, si dominus dotis instrumentum ancillæ conficiat, eo ipso ancilla libertatem comparabit: vt probat *l. vnica §. sed & si quis hominis, C. de lat. libert.* ibi: *sed & si quis homini libero suam ancillam in matrimonium collocauerit, & dotem pro ea conscripserit, (quod solitum est in liberis personis solum procedere) ancilla non latina, sed ciuis efficiatur Romana.* Et quamuis *ibi* lex non declaret an coniux liber nollet seruitutem fœminæ: constat ita intelligi, vt probatur *ex Authent. ad hoc,* quæ *ibi* statim inseritur, vbi quando alterum seruitus latet, decernitur ancillam manere liberam, siue dominus eam tradens in matrimonium, dotalia confecerit instrumenta, siue non; eò quia constituere dotem pro fœmina solis liberis personis fit: Molin. *tom. 1. de Iustit. disp. 39. §. septimus est.* Idem vult Abbas *in cap. illud, num. 11. de præsumption.* quãdo dominus constituit dotem, aut donationem propter nuptias ancillæ, vel seruo. Quod puto verum de sola dote, & de sola ancilla, quia *ibi in d. l. vnica. §. sed & si quis homini,* non est sermo de seruo, nec de donatione propter nuptias, & lex si voluisset seruum intelligi, & donationem propter nuptias; id explicuisset. Ob quam causam non placet Enriquez *lib. 11. de matrim. cap. 10. numer. 4. vers. 5.* dum ait, ancillam libertatem consequi, quando seruus domino vidente, & non repugnante, dotalia instrumenta ancillæ conficit, quia lex id decidit conficiente domino, non autem seruo dotalia instrumenta: vid. *infr. num. 26.*

21 Ambigitur tamen quando dominus duxit in vxorem propriam ancillam, an eo ipso maneat libera de iure communi? Syluester asserit, *verbo, seruitus, quæst. 4. in fine,* & probat Glossa *per Authen. ad hoc, C. de lat. libert.* quæ quidem nec verbum facit ad hoc conducens, sed solum quando dominus tradit ancillam libero ignoranti seruitutem. Quare considerato iure communi, ancilla ex matrimonio cum domino nullam consequitur libertatem: ita Couar. *in 4. decret. 2 p. cap. 3. §. 7. num. 1. vers. Tertio,* Molin. *tom. 1. de iust. disp. 35. §. Sextus est.* Viuald. *1. p. de matrimonio, numer. 125.* sequitur Saà *in summa, verbo, Impedimenta dirimentia, num. 3.* his verbis: *Si dominus ducat ancillam propriam, hoc ipso fieri liberam alij aiunt, alij negant, & quidem probabilius:* sequitur Enriquez *lib. 11. de matrim. cap. 10. numer. 4. commento, littera Z.*

Attento autem iure Hispaniæ, ancilla ducta in vxorem à domino, eo ipso manet libera: vt constat ex dispositione *l. 1. tit. 13. part. 4. in fine,* per hæc verba: *Tan gran fuerça, ha el matrimonio, que luego que el padre y la madre son casados, se fazen por ende los fijos legitimos. Esso mismo seria se alguno huuiesse fijo de su sierua, y despues desso se casasse con ella. Ca tan gran fuerça ha el matrimonio, que luego, que es fecho, es la madre por ende libre, y los fijos legitimos.* Atque ita concludit Gregor. Lopez *ibi* ex solo matrimonio concedit matri libertatem. Probatur quia dominus in matrimonium serui consentiens cum libera persona, tacens seruitutem, eo ipso censetur dare libertatem, sine qua matrimonium consistere nequit, eo quòd consentiens in aliquid, consentit subinde in id, absque quo illud non potest peragi. Quæ ratio apertè deducitur ex *Authent. de nupt. collat. 4. §. si vero decretum, vers. hoc autem decernimus,* vbi agitur, quando dominus tradit ancillam libero ignoranti in matrimonium, sic ait: ibi: *Non erit iustum tale non constare matrimonium, sed tacitam libertatem sequi, siue virum, siue mulierem, cum tale aliquid a domino fit.* Quod puto verum fauore matrimonij, vt valeat; Ergo multo fortius hoc procedet quando dominus duxerit in vxorem ancillam propriam.

Dubitationis est de filijs ancillæ quos dominus 22
habuit ex ea, cùm esset coniugatus, an fiant legitimi soluto iam priori matrimonio, per subsequens cum ancilla? Respondeo *ex d. l. Hispaniæ,* colligi filios etiam spurios ex ancilla fieri legitimos per sequens matrimonium, ibi: *Ca tan gran fuerça ha el matrimonio que luego que es fecho, es la madre por ende libre, y los fijos legitimos.* Quod satis indicat, dum eos legitimos facit, & per consequens hæredes decernit, quod seruituti repugnat. Item quia satis est vt dominus matrem ancillam faciat liberam, vt filij etiam ex ea geniti iudicentur liberi; vt tradit Couar. *4. decretal. 2. part. cap. 3. §. 7. num. 1.* & Molin. *d. disp. 35. §. Sextus est,* quod etiam probatur ex *Authent. vt liberti de cætero aureo §. si quis autem* ibi: *Neque enim quislibet eum putaturus erit voluisse filiorum quidem matrem legitimam esse, & hoc tam magnum donasse opus libidinis, proprios autem filios ex sua natos semine adhuc relinquere cruituros.* Quæ omnia, quamuis comperant filiis naturalibus, extendenda sunt ad filios etiam spurios: cùm lex Hispana indistinctè loquatur, manumissa matre, censeri quoque filios manumissos legitimos, & ad hæreditates capaces. Neque credendum est noluisse dominum fieri matrem legitimam, hoc est liberam, & filios proprios seruos.

Quintò de ancilla habita à domino pro concubi- 23
na vsque ad mortem: nam quamuis tam mater, quàm filij domino superstite sint in seruitute, & possint tempore mortis eidem subijci, relicti, vel legati eisdem domini hæredibus; si tamen dominus nihil disponat mortis tempore de illis, ipso iure tam mater, quàm filij fiunt liberi: vt habetur *in l. vltim. C. commun. de manumiss.* Quod intelligitur quando vir solutus concubinam habuerit. Idem dicendum est de filio, quem vir pedestris, solutus tamen genuerit ex sua ancilla, modo tempore mortis filius ille liber maneat, ex ordinatione Lusitana *libro 4. tit. 92. in principio ad fin.*

Hoc tamen priuilegium non procedit quando dominus fuerit coniugatus, vel aliquo alio modo impeditus, ne cum concubina possit matrimonium inire. Similiter quando concubinam ad tempus

habuerit

habuerit suam ancillam, si tamen non persistat cum ea in concubinatu, ob aliquam causam, putà, quia duxit aliam vxorem; sanè ancilla illa, quamuis dominus ex ea susceperit filium, non gaudet hoc priuilegio: vt satis ostenditur ex *eadem lege* Molin. *supra disp.39. §. Sextus est*, vbi inclinat filios ex ancilla illa genitos priuilegio illo gaudere.

24 Sextò, seruus mortuus, & resuscitatus liber manet, nec redit in prioris domini potestatem: Ægid. Lusitanus *l.1.C.de sacros. Eccles.part.6.§.3. numer.10 §.Caeterùm.* Contra verò seruus alicuius, ex supplicio seruus pœnæ factus, & postea ex indulgentia Principis à pœna liberatus, in prioris domini potestatem non reuertitur: vt *in l.aut damnum,§.fin. de pœn. l.frustra. de sentent. pass. & restit.* quoniam propter pœnæ damnationem, illius iam semel esse desierat, vt dicitur *in d.§.fin.* Quod in seruis captis ab hostibus locum non habet, quoniam reuersi postliminio in potestatem prioris domini redeunt: *l. in bello, §.siquis seruum, l.fin.ff. de capt. & postlimin. reuers.*

Ratio autem ob quam seruus mortuus, si reuiuiscat, non redeat in potestatem pristini domini, prouenit ex indulgentia Dei, per cuius potentiam reuiuiscit, iuxta illud *Iob.cap.3.*ibi: *Paruus, & magnus ibi sunt, & seruus liber a domino suo.* Et quamuis seruus priuati seruus pœnæ factus, & ab ea solutus, etiamsi in dominium prioris domini non redeat, manet tamen seruus fisci: vt habetur *in l.generaliter,§. si seruus ,ff.de fideicommiss. liber.* Ægid. Lusitanus *vbi*
25 *proxime, §.Caeterùm.*

Septimò, fit liber seruus à domino in hæredem relictus, nulla etiam facta libertatis mentione: *l.5. & 6.C.de necessar.seru.* non tamen consequetur libertatem, ex eo quòd seruo legatum relinquat. Item si seruum suum relinquat filio suo tutorem, non ignorans illum esse seruum suum: Molin.*d. disp.39.ad fin.*Rebell.*d. quæst.13. num.6.* vbi docent ex eo consequi libertatem; *disp.154.* idem repetit subdens fieri seruum liberum siquis in filium illum adoptet, eo enim ipso libertate gaudet, *disp.227. ad fin.* & habetur *§. vltim. Instit. de ado-*
26 *ption.*

Octauò, quid dicendum quando ancilla, vel seruus copulantur matrimonio cum persona libera ignara seruitutis, domino tradente in matrimonium, vel sciente, & tacente seruilem conditionem? Lex hispana 1.*in fin.tit.5. part.4.* decernit sic copulatos matrimonio gaudere libertate, matrimonium tamen esse nullum. Idem videtur approbare Gregor. Lopez *ibi verbo, porque,* dicens conuenire *cap.2. & cap. vltim. de coniug. seruor.* sequitur Couar. 4.*decret.2. part.cap.3.§.7. numer.1.vers 2. in fin.* Et probari potest, quia cùm ex ipso matrimonio inito acquiratur libertas, priùs est matrimonium contrahere quàm libertatem dari, ac proinde verè contractum sit inter personam liberam, & seruilem, cum errore seruilis conditionis: in quo euentu matrimonium est nullum, ex *cap.2.de coniug.seruor.* Gutier. *de matrim.cap.90.numer.16.* Bonacin.*quæst.3.punct.1. numer.3.& 4.*Enriquez *in summa lib.1. cap 10. num.3.* Sanchez *de matrim.lib.7.disp.19.num.2.* vbi *num.3.* ampliat etiam si seruitus ignorata non sit perpetua, sed pro certo tempore concedatur, vt eo scilicet transacto in priorem reducatur seruitutem: & *numer.4.* addit etiam minimè valere matrimonium liberi cum serua statulibera, nimirum cui ex tempore aliquo, vt ab hinc triennio concessa est libertas, ignorante libero eam conditionem seruilem, nisi modicum tempus desit, vt statulibera plenam acquirat libertatem: sequitur Barbos. *in d. cap.2. de coniug.seruor. n.2.* vbi concludit tunc matrimonium valere.

Nihilominus sic coniugatos seruos assequi libertatem, & matrimonium sustineri, constat ex Glossa *in cap.siquis ingenuus,verbo,faciat, col.1.29.q. 2.*Goffred.*in cap. fin. de coniug.seruor.* & *ibi* Ioan. Andr.*ad fin.*& Abbas,& Anchar.etiam *ad fin.*Sotus *in 4.dist.35.quæst.vnica, art.2.col.3. vers.ex his colligitur* Vera Crux *1.p. specul. ar.30.§. sed est dubium circa hoc*, Enriquez *lib.11.de matrim.cap.10.num.4. vers.4.& 5.*Saa, *verbo matrimonium*, vbi de impedimentis dirimentibus, *num.1.vers.si liber,*& decernitur *in Authent.de nupt.§. si vero decretum, vers.hoc autem decernimus, & vers.Si verò,* vbi habetur clarè huiusmodi seruos acquirere libertatem,& matrimonium consistere. Nec refert lex Regia Hispaniæ 1. *in fine,tit.5. part.4.* quia solum ostendit conditores illius in ea fuisse sententia, quòd crediderint ita coniugatos libertatem consequi, at matrimonium esse irritum; non tamen habere vim legis, ipsam legem, quoad decisionem nullitatis matrimonij, bene tamen quoad libertatem præstandam illi seruo. Nam prius pertinet ad forum Ecclesiasticum: posterius autem ad forum secularem. Nec item obest ratio contraria; eò quia cùm statim eodem instanti, quo perficitur matrimonium coniux seruus fiat liber, seruitus illa non est in consideratione, nec nocet fini matrimonij, nec inducit incommoda propter quæ ius Ecclesiasticum nullum reddidit matrimonium cum errore conditionis: vt vltra præcitatos voluit Ledesma *2.part.4.quæst.54.art.1.in fin.& ar.4. paulo post princip.§. sed est dubium, in fine, & §.sed rursus est dubium,* Petrus de Ledesma *de matrim. quæst.52.ar.1. dub.vltim.* Ludouicus Lopez *2. part. instructory de matrimon. cap.47.* vbi de impedimento conditionis, *col.5.* Angles *in floribus 1.p.* vbi de matrimonio, *quæst. 10.* de errore conditionis. *ar.1. dub.1. conclus.3.* Molin fauet *d. disp. 39. §. septimus est*, & expressè docet Sanchez *lib.7. de impediment.disp.20. num.14.*

---

§. III.

Ad quæ teneatur dominus erga seruos? & serui erga dominos?

EPITOME.

27 *Seruus est alendus à domino etiamsi habeat patrem liberum.*

28 *Seruo si relinquantur alimenta, debentur domino.*

29 *Seruus tenetur operari domino; idem est in homine libero, qui bona fide seruit.*

30 *Seruus non tenetur salutem domini præferre propriæ, attento iure Canonico, & quid de iure ciuili?*

31 *Seruus non habet proprium, sed ex permissu domini habet peculium.*

32 *Seruus acquirit domino, & habetur pro mortuo, est tamen*

tamen capax eorum, quæ sunt facti.

33 *Seruus non potest pacisci, vel aliquem facere contractum, & se aliis, vel alios sibi obligare etiam cum interuentu Prætoris.*

34 *Seruus litigans cum domino alendus est lite pendente.*

35 *Seruus non potest agere, & est incapax actionis.*

36 *Seruus potest agere ex causa alimentorum sibi relictorum, non potest tamen transigere super eisdem alimentis.*

37 *Seruo legari, & fideicommitti non potest, nec conualescit legatum mortuo testatore.*

38 *Serui ad quæ, & quousque domino subiaceant?*

39 *Seruorum iniuria, & damna à domino illato seruis sunt restituenda.*

40 *Serui possunt denunciare apud iudices de iniuriis sibi illatis à dominis, & iudices ex officio possunt punire dominos.*

41 *Serui in quibus casibus sibi; & non dominis acquirant.*

42 *Serui neque ad pias causas possunt testari, nec valet testamentum factum in seruitute etiamsi postea fiant liberi.*

43 *Seruus coniugatus non eximitur ab obsequiis consuetis domino præstari. Et quid de famulis, infra num. 45.*

44 *Seruus an teneatur seruire domino excommunicato, & quid de vxore? ibidem.*

27 PRima resolutio. Seruus est alendus à domino, etiamsi habeat patrem liberum. Prior pars probatur ex *l. cum plures*, *§. Cum tutor*, *ff. de admin. tutor.* Speculat. *in tit. Qui filij sint legitimi*, *§ fin. numer.* 20. Cordub. *in l. si quis à liberis*, *§. solens*, *num.* 15 *ff. de liber. agnoscend.* Nam seruiens alicui recipit ab eo alimenta; & ratio conuenit vt eos alamus, qui nobis seruiunt: *l. diuortio*, *§. fin. ff. solut. matrim. l. item serui*, *in fine*, *ff. de adilit. edict. l. in rebus*, *§. possunt*, *ff. commodat.* Posterior pars ex eo patet; quia dominus, non autem pater etiam liber, debet alere seruum: vt est textus *in l. si neget, in fin.* vbi Bartol. *numer.* 2. post Dyn. *ff. de liber. agnoscend.* Sequitur Alber. *ibi*, *vers. si vero pronunciatur.* Idem tradit Speculator *in tit. Qui filij sint legitimi*, *§. fin. numer.* 15. & alij, quos referens sequitur Cordub. *in d. l. si quis à liberis. §. solet*, eò quia dominus in eum, qui nascitur ex ancilla sua potestatem habet, & ab eo percipit commodum acquisitionum; meritò ergo illum alere tenetur. Non enim conuenit iustitiæ quòd alter seminet, & alter metat; sed illum sequi debet impensa, qui commodum est recepturus: *l. secundum naturam*, *ff. de regul. iur. cap. qui sentit*, *eod. tit. in* 6.

28 Secunda resolutio, Seruo si alimenta relinquantur, debentur domino, vt declarat Bartol. *in l. cùm hi*, *§. Eam transactionem*, *num.* 5. vbi Iason *in fine*, *ff de transaction.* Nec obstat quod dicitur de seruo, quòd sit capax alimentorum, & legatum seruo factum pro alimentis sustinetur: Quia id procedit quando dominum non habet; tunc enim ipse capit, & ipse agit: at verò si dominum habeat, tunc non agit, neque capit, sed domino videntur relicta.

29 Tertia resolutio. Seruus tenetur operas suas præstare domino: idem esto quando est homo liber, qui bona fide seruit: Constat *ex l. liber homo*, *ff. de acquirend. rer. domin.* & quia nihil aliud est seruire, quàm operas præstare: *l. penult. §. penult. ff. de statulib. l. Thais*, *§. hærede*, *ff. de fideicommiss. libert.* Lucas de Pen. *in l.* 1. *num.* 20. *C. de agrico. & mancip. lib.* 11. Quæ resolutio regulariter habet locum in omnibus casibus, in quibus alimenta à lege debentur: nam in illis, qui alitur, tenetur operari ad illius commodum, qui præstat alimenta: Bartol. *in l. Caio*, *§. Imperator*, *in fine*, *ff. de alim. & cibar. legat.* vbi vult aliud esse quando alimenta vxori debentur ex legato, & ita distinguit loquendo de vxore, inter alimenta debita ex legis dispositione, & ea quæ debent præstari ex dispositione hominis: vt primo casu, debeat operari; secundo, non. Qua distinctione vtitur Bartol. *in l. diuortio*, *in princip. numer.* 3. *ff. solut. matrim.* Dici etiam potest, quòd legis dispositio recipit interpretationem ab alia legis dispositione: atque ita cùm lex mandat præstare alicui alimenta intelligit, quatenus homo operis suis sibi nequit acquirere: secùs autem quando à testatore, vel alio relinquuntur alimenta: nam voluntas testatoris largè est accipienda: *cap. dilecti*, *extra de donationib.* Igitur testator legando alimenta nulla facta mentione operarum, videtur remittere operandi necessitatem: argumento *l. apud Iulianum*, *§. si Titius*, *ff. de legat.* 1. vbi Bald. Angel. & Iason, ad propositum multa dicunt. Quare quamuis alimentarius teneatur operari ad commodum illius, qui præstat alimentum, tamen quando alimenta legantur simpliciter sine obligatione operandi, eam necessitatem remittere legans videtur.

Quarta resolutio. Seruus considerato iure Canonico non tenetur salutem domini propriæ præferre: secùs considerato iure Ciuili. Prior pars probatur ex regula, *Charitas incipit à se ipso etiam bene ordinata*: *l. Præses*, *C. de seruit.* & nemo regulariter debet fame perire, vt aliis subueniat. Bald. *in l.* 1. *§. officio, in fine*, *ff. de tutel. & cons.* 312. *col.* 1. *post medium, vol.* 4. & Crauet. *cons.* 6. *num.* 25. idcircò iure Canonico, non tenetur seruus præferre saluti propriæ salutem domini: ita Baptista de Sancto Blazio, *in tract. contradictionum*, *in contradiction.* 55. Posterior ostenditur inspecto iure ciuili, secundùm quod debet seruus anteponere salutem domini saluti propriæ: vt est text. expressus in *l.* 1. *§. eodem tecto*, *ff. ad Syllanianum*, vbi Glossa *in vers. saluti*, Padilla *in d. l. præses numer.* 7. *C. de seruitutib. & aqua.* Sequitur Bonacuz. *in tract. de seruis. & famul. quæst.* 55. Ratio, quia serui salus non est in manu sua, sed domini qui in eam habet potestatem: idem Bonacoz. *supra*: sed hæc ratio non placet, quia dominus non potest sæuire supra modum in seruum, vt *Institutionib. de his, qui sunt sui, vel alien. iur. §. sed hoc tempore.* Potest tamen dici seruum nihil habere proprium, sed omnia acquirere domino, *§. in potestate*, *Instit. eod. titul.* Vnde si quid habuerit seruus alimenti, potest dominus eo vti, vt se ipsum alat, quamuis ob id seruus fame pereat: nam dominus capit quod suum est, & non aufert seruo quicquam. 30

His obstat, vasallum, qui non habet pro alimentis propriis, non teneri domino subuenire; argument. *d. l. præses*, eò quia non tenetur vasallus domini salutem præponere propriæ: vt vult Glossa in *capite primo §. si à morte*, *de alienation. feud. pater.* vbi Afflictus *numer.* 5. Idem probatur *in l. prima §. fin. de lege Corradi*, vbi Vassallus non tenetur iuuare dominum

dominum aduersus se ipsum: Afflictus *in cap. 1. §. praterea, Qua sit prima causa benefic. amitt.* & est Gloss. *in cap. Domino guerram, §. fin. in gloss. in verbo, contra omnes, tit. Hic finit. lex, deinde incip. consuet.* vbi notat Afflict. *num.* 21. Quia est latum discrimen inter vasallum, & seruum: nam is si diues sit, dominus autem sit egenus, tenetur domino subuenire: secùs si vasallus non habeat pro alimentis propriis. Quando enim dicitur vasallum teneri domino subuenire, intelligitur salua ipsius vita, & persona; vt probat textus *in capit. 1. quibus mod. feud. amittat.* Seruus autem cùm teneatur, vt dictum est, vitam dominorum præponere vitæ propriæ, vt ait Gloss. *ibi, in d. cap.* 1. quam Afflict. *num.* 46. notabilem vocat; aliter se habere debet. Conducit ad hoc quòd vasallus est miles, *cap. 1. quo tempore miles*, & gaudet beneficio ne conueniatur vltra quàm facere possit: gaudere autem hoc beneficio traditur in *l. Miles*, vbi Iason *in princip. ff. de re iudic.* Decius *in cap. Episcopus, in princip. de præbend.* Igitur si vasallus non habeat sibi necessaria, non tenebitur Domino subuenire: secùs se res habet in seruo, quia quidquid acquirit, domino acquirit: vt notatur *in cap. cùm olim, de priuileg.* ab Innocentio.

31 Quinta resolutio. Seruus non habet proprium, sed ex permissu domini potest habere peculium. Probatur, quia relictum seruo ita domino acquiritur, vt nec momento remaneat apud seruum, *l. placet, ff. de acquir. hered.* Sicut Monachus nequit habere proprium, vt *in cap. cùm non dicatis, 12. quæstion. 1. cap. ad monasterium, in princip. de statu Monachor. in Authent. ingressi, Cod. de sacros. Eccles.* Quinimò si habeat peculium sine licentia Abbatis, remouebitur ab Altaris communione, & priuatur sepultura, vt dicitur *in cap. Monachi, de stat. Monachor.* per text. ibi: *Monachi nec peculium permittantur habere.* Ex quibus verbis non esse integrum Religionum Prælatis concedere Religiosis peculium ad nutum Superiorum reuocabile ad vsus etiam honestos aliqui traduot, ex causa legitima, inter quos Felin. *in capit. cùm M. num. 26. vers. Eadem reassummit, de constitution.* Tapia *in Authent. ingressi, Cod. de sacros. Eccles. cap. 3. num.* 54. Multò tamen probabilius est peculium supradictum ex licentia Superioris esse licitum: ita Nauarr. *comment. 2. de regul. num. 14. & comment. 3. num. 27. & cons. 20. num. 5. sub tit. de Regularib.* aliàs *cons. 14. num. 5. sub tit. de stat. Monachor.* Gregor. Lopez *l. 14. verbo, Proprio, titul. 1. part. 1.* Azor. *institut. Moral. part. 1. libr. 12. capit. 12. quæst.* 1. Mirand. *in Manual. Prælator. tom. 1. quæst. 28. art.* 8. & Sanchez *in præcept. decalog. tom. 2. lib. 7. cap. 22. num. 5.* Ex quibus omnibus constat posse seruos habere peculium: Surdus *in tractat. de aliment. priuileg. 79. num.* 4.

32 Sexta resolutio. Seruus acquirit domino, & habetur pro mortuo. De acquisitione constat ex *§. in potestate, Instit. eod. tit. de his,* scilicet, *qui sunt sui, vel alien. iur.* & ex dictis etiam satis probatum est. In quibus tamen casibus sibi acquirat, dicetur *infra num.* 41. Habetur item seruus pro mortuo, *l. intercidit, in fin. ff. de condit. & demonstrat. l. cùm hic status, §. si donator, l. res vxoris, Cod. de donat. inter vir. & vxor. l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebell. l. 1. §. filius, qui mortis, ff. ad Tertull.* Dicitur etiam mortuus, quia quoad ius ciuile pro nullis habentur serui, nec possunt contrahere ciuilem obligationem, iuxta l. ac regulam, *Quod attinet, ff. de regul. iur.* & Scribent. *ibi*, quæ sic habet: *Quod attinet ad ius ciuile serui pro nullis habentur, non tamen & iure naturali, quia quoad ius naturale attinet, omnes homines æquales sunt.* Rebellus 2. *part. libr. 1. quæst. 8. section. vltim. num.* 65.

Non est negandum tamen seruum esse capacem alimentorum, & pro alimentis potest implorare officium Iudicis, etiam contra dominum, vt est textus *in l. seruus ad custodiam templi, ff. de alimen. & cibar. legat. l. quidam, §. illo, Cod. de necessar. seru. hered. instit. l. seruo alieno, §. si quis post tempus, ff. de legat.* 1. & Gloss. *ibi*, dicit esse speciale in gratiam alimentorum, quod detur officium iudicis: Bartol. *in l. si constante, num. 69. ff. solut. matrim.* Feder. de Sen. *cons.* 41. & Cordud. *in l. si quis a liberis, §. vtrum, num. 12. ff. de liber. agnoscend.* Et quamuis seruus dominum nequeat conuenire, potest pro alimentis vti Iudicis officio, etiam contra dominum. Ratio rationis est, quia serui retinent sibi ea quæ sunt iuris naturalis, quamuis ob seruitutem priuentur aliis: argument. *l. legatum, ff. de capit. diminut. l. 3. ff. de his, quæ pro non script. habent.* Porrò alimenta proueniunt à iure naturali: ergo seruis debentur, vt tradit Cornelius Tacitus *Annal. libr.* 4. Accedit quòd in seruo cadunt, quæ facti sunt, *l. qui heredi, in princip. ff. de condition. & demonstrat. §. sed & cum factum, Instit. de stipulat. seruor.* Iuuat damnatum ad metalla esse capacem alimentorum, cùm sit seruus pœnæ. Ratio quia relictum causa alimentorum consistit potiùs in facto, quam in iure, vt inquit textus in *dict. l. legatum, in fin. ff. de capit. diminut.* & damnatus in metallum, quamuis perdat libertatem, *l. in Metallum, Cod. de bon. proscript.* & perdat quæ sunt iuris, non tamen amittit ea quæ sunt facti: nam quæ sunt facti nulla possunt constitutione mutari: *l. denique, ff. ex quib. caus. maior.* Item alimenta sunt iuris naturalis, idcircò seruus etiam pœnæ non ea amittit, & alimenta non capit persona, sed natura: vt Felin. *in capit. Qualiter, & quando. el 2. num. 28. de accusation.* Ex quibus infertur vt illi concedenda sint alimenta cui personæ relinquuntur, eo quòd retineat, quæ sunt iuris naturalis: atque ita alimenta retinere debet, & reliqua necessaria ad alimentorum consecutionem.

33 Septima resolutio. Seruus nequit pacisci, vel contrahere cum aliquo, nec potest se aliis obligare, vel alios sibi etiam interueniente authoritate Prætoris. Probatur non posse pacisci, vel facere contractum cum alio, ex *l. in personam, ff. de regul. iur.* nec se obligare, vel alium sibi; deciditur per *l. seruus, ff. de action. & obligation.* & per *l. Nec seruus*, vbi Gloss. *ff. de peculio.* etiam interueniente Prætoris authoritate: habetur in *l. contra iuris, in fin. ff. de pact.*

34 Potest autem litigare cum domino ex causa alimentorum, & alendus est ab eo lite pendente, quia non habet aliunde: vt est textus clarus in *l. fin. C. de ordin. cognition.* vbi dominus conuentus seruo subministrat alimenta si non habet: vbi lex loquitur absolutè, & indistinctè de seruo litigante cum domino, Scribentes *in cap. ex parte, de accusation.* Angelus *in l. vix certis, ff. de iudic.* Simon de Prætis *de coniect. vltim. volunt. interpr. 2. dub. 2. in princip. n.* 13. Soc. iun. *in cons. 8. a 6. vol.* 2. vbi loquitur quando seruus erat in possessione, seu quasi: argumento Regularis accusantis Abbatem, cui debentur expensæ litis, & alimenta à Monasterio donec causa finiatur: ita Boet. *decis. 303. n. 4. & decis. 325. n.* 5. Palatius *in repet. cap. per vestras, de donation. inter vir.*

vir. & vxor. notab. 1. *ampliat.* 18. §. 39. *num.* 2. Nauarr. *comment.* 2. *de regular. n.* 66. Benincas. *in tract. de pauper. in* 7. *quæſt. principal. in* 2. *ſpeciali, num.* 4. Saoch. *in præcept. decalog. lib.* 6. *cap.* 12. *num.* 20. *cum ſequent.* vbi latè, & *num.* 19. reſoluit adhoc nec veniam, nec licentiam deſiderari: Barbol. *in d. cap. ex parte, num.* 3. vbi *num.* 10. addit monacho accuſanti Abbatem deberi tantùm expenſas neceſſarias, non verò vtiles, vt per Surdum, *tit. de aliment.* 4. *quæſt.* 23. *num.* 39. Idem probatur in vaſallo litigante contra dominum, quia ſi non habet aliunde, dominus debet miniſtrare, & prouidere ſi pro illo eſt præſumptio: Menoch. *de præſumption. lib.* 1. *quæſt* 35. *num.* 22.

35 Octaua reſolutio. Seruus abſolutè non poteſt agere, & eſt incapax actionis, & cur? Reſpondeo non poſſe agere, nec habere actionem, quia habetur pro mortuo, ideo nequit actionem exercere; per text. *in l ſeruus, ff. de aliment. legat. l. ſeruo alien. ff. de legat.* 1. Tamen officium Iudicis reſidet in ipſo Iudice, qui poteſt ſupplere quandocunque voluerit, & illud exercere, & ſubuenire ſeruo Sed hæc ratio non ſufficit, quia ſeruus dum implorat officium iudicis pro alimentis comparet in iudicio, ergo poterit comparere intentando actionem. Nihilominus dicendum eſt, ſolùm dari ſeruo officium iudicis, non verò actionem, vt benè probat Lancell. Galiaula *in conſuetudin. Alexandrin. in verſ. ſolidos. quæſt.* 6. *n.* 50. & Vital. *in tract. clauſul. tit. an poſſit aliment. renunciari. col. fin. verſ. & ſcias*, vbi vult quòd Iudex poteſt non ſolùm pro alimentis, ſed etiam pro legatis piis cogere ex officio executores teſtamentorum ad ſoluendum, non tamen pro aliis legatis.

36 Nona reſolutio: ſeruus autem poteſt agere ex cauſa alimentorum, non poteſt tamen tranſigere ſuper eiſdem alimentis, & an poſſit obligare dominum ex promiſſione ſibi facta de libertate promiſſa? Prior pars probatur ex *l. legatum, ff. de cap. diminut. & l. ſeruus, ff. de aliment. & cibar. legat.* quod procedit, quando non habet dominum, vt eſt ſeruus pœnæ, alias ſi dominum habet, acquirit domino: Surd. *de aliment. tit* 8. *priuileg* 56. *num.* 105. Non poterit verò tranſigere ſuper alimentis ſibi relictis, quamuis illi relinqui poſſint, & ei detur actio. Ego tamen non video, quando ſeruus dicatur non habere dominum, vel Monachus Superiorem, quia ſeruus pœnæ ſubiicitur in omni caſu Principi, vel Reipublicæ, & Monachus ſubeſt Epiſcopo, vel ſummo Pontifici; atque ita non debet ſeruus tranſigere, nec tranſactio valet; vt per Bald. *in l. Cum hi, in princip. col.* 2. quia qui tranſigit, aliquid recipit, vt *ff. de tranſaction. l.* 1. quod non poteſt fieri ſine authoritate domini: Surd. vbi proximè *d. tit.* 8. *priuileg.* 56. *ex n.* 103. *ad n.* 106.

An autem poſſit ſeruus paciſci cum domino de libertate promiſſa? valdè ambigitur: Pars negans ex eo probatur quòd inter dominum, & ſeruum nulla oritur obligatio: *l. interpoſitas*, 13. *in fine*, *C. de tranſaction.* ibi: *Neque enim dubij iuris eſt dominos cum ſeruis ſuis paciſcentes ex placitis teneri, atque obligari non poſſe.* Vbi Bald. *num.* 5. ſuadet dominum non debere fidem ſeruo datam adimplere: per *regulam, l: perſonam, ff. de reg. iur.* dicentem in perſonam ſeruilem nullam cadere obligationem; Concordat lex Hiſpana 6. *tit.* 11. *part.* 5. vbi idem tradit non poſſe ſcilicet dominum obligare ſeruum, nec ſeruum domino facere promiſſionem: Padill. *in l. Interpoſitas, de tranſaction. num.* 34. vbi excipit, niſi conuentio fiat de libertate: quod reprobat *num.* 35. Reſolutio tamen ſit non valere inter dominum, & ſeruum promiſſionem circa obligationem ciuilem: ſecùs quoad naturalem: Habetur *in l. ſi id quod domino*, 64. *ff. de condict. indeb.* ibi: *ſi id, quod domino ſeruus debuit, manumiſſus ſoluerit, quamuis exiſtimans ei aliqua teneri actione, repetere non poterit, quia naturale debitum agnouit*: vbi Gloſſ. *verbo, In conditione*, tradit obligationem fuiſſe ſeruo in ſeruitute comparatam: ſequitur Bartol. *ibi, num.* 2. dicens obligationem naturalem competere ſeruo actiuè, & paſſiuè. Conſonat Bald. *in cap. cum contingat, n.* 30. *concluſ.* 2. *de iureiur.* dum exponit *l. interpoſitas, in fin. C. de tranſact.* docens obligationem non acquiri ſeruo de iure ciuili: ſecus de naturali: ſequitur Ioann. de Molin. *in different. inter forum conſcientiæ, & externum, different.* 18. vbi vult promiſſionem factam ſeruo à domino deberi in foro conſcientiæ: Quando autem lex, *nec ſeruus* 42. *ff. de peculio*, tradit nec ſeruum debere, nec illi deberi poſſe: declarat Gloſſ. *verbo, debere*, de ciuili debito. Nec conſtat hic intellectus. Quoniam ſeruus naturaliter obligatur vt ait lex *naturaliter, ff. de condict. indebit.* Conſonat expreſsè Innocent. *cap. quia plerique, n.* 1. *de Immunit. Eccleſ.* quatenus vult, debitum eſſe reddendum, ſiue iure naturali, ac ciuili ſit debitum, ſiue ſolo naturali, quale eſt quod debetur ſeruo: Idem ait Antoninus *ibi, num.* 5. tradens poſſe quempiam naturaliter obligari ſeruo: Nec refert quòd ſeruus aliquid acquirens acquirat domino, quia id intelligitur, quando acquirit ſine pacto: ſecùs ſi pacto interpoſito propter obligationem naturalem ſeruo quæſitam, vt habetur *in l. ſi quis*, 4. *ff. de manumiſſ. in princip.* vbi obligatur dominus ſeruo libertatem promittens, ſi ſuis ſe redimat pecuniis, quia obligatur naturaliter, & in foro animæ ſtare promiſſis: Molin. *de Iuſt. tract.* 2. *diſp.* 38. §. *Primum eſt*, & Ludouicus Lopes *l.* 2. *de contract. lib. cap.* 40. paulò poſt princip. & Rebellus 2. *p. de obligat. iuſtit. lib.* 1. *q.* 8. *ſect. vltim. n.* 67. vbi concludit dominum ſeruo ex aliqua pactione cum eo inita ſuper libertate, vel alia re obligari poſſe obligatione naturali, intendendo ſe ex iuſtitia obligare velle, ſicut alteri homini libero: quod etiam vult Suar. *diſp. vnica, de iuſtit. Dei, ſect.* 6. *in ſolutione* 2. *difficultatis.*

Decima reſolutio: ſeruo legari, & fideicommitti non poteſt, nec conualeſcit legatum mortuo teſta- 37
tore: Prior pars probatur ex *l. Seruus, C. de legat.* vbi dicitur non eſſe integrum legari ſeruo exceptis alimentis, quæ ſeruis legari poſſunt: *l. ſeruo ad cuſtodiam templi, ff. de aliment. & cibar. legat. l. ſeruo alieno, §. ſi quis poſt, ff. de legat.* 1. vbi Gloſſa dicit eſſe ſpeciale fauore alimentorum, quod ſeruo debetur officio Iudicis etiam contra dominum: Surd. *de aliment. tit.* 9. *n.* 9. & 10. Poſterior pars quoad fideicommiſſum oſtenditur ex *dicta l. ſeruus, C. de legat.* vbi additur legata ſeruo facta non conualeſcere, ſi mortuo teſtatore donetur libertate: Surd. *de aliment. tit.* 8. *priuileg.* 7. *n.* 1. Cardoſ. *in praxi, verbo, ſeruus, num.* 65.

Controuerti poteſt ad quæ onera ſerui, & quo- 38
uſque domino ſubiaceant. Reſolutio ſit vndecima: Ius in ſeruos non concedit tam amplum dominium quantum præſtat in pecora, quæ pro iure quiſque ſuo etiam licitè poteſt occidere: Tamen domini habent ius ad omnes ſeruorum operas, quæ licitè ipſi præſtare poſſunt, necnon ad omnes eorum fructus, & ad partus ancillarum, & ad reliqua commoda, quæ ſerui percipere poſſunt, Atque ita quidquid ſerui vel ex teſtamento, aut ab inteſtato, vel ex donatione cauſa mortis, vel inter viuos, vel ex alia ratione conſequuntur non ſibi, ſed dominis acquirunt; vt ex §. 1. *Inſtit. de iis, qui ſunt ſui, vel alieni iur.* & ex pleriſque aliis iuribus colligitur:

Molin.

Molin. *de instit. tom.1. tract.2. disp.38.* Rebellus *part.1.de obligat. lib.1. de prælud. quæst.11.sect.1.ex n.1.& sect.2.n.8.*

39 Duodecima resolutio : domini si supra modum sæuiant, eò que grauiter puniant iniustè,& damna inferant, tenentur satisfacere seruis : Molin. *supra, §.licet autem* ; vbi addit idem dicendum esse, quando domini contra seruorum spiritualem salutem aliquid eisdem præcipiant, aut quocunque alio modo iniuria eos afficiunt, nam peccare eos mortaliter ex eo constat, si iniuria notabilis sit, considerata qualitate personæ, & attentis circumstantiis cum onere restituendi, vel seruis, vel eorum hæredibus, possuntque iidem domini puniri à Potestatibus publicis, debéntque saltem à Confessariis animaduerti. Et quamuis non detur seruo posse agere in iudicio aduersus dominum suum,nisi in causa libertatis,& in aliis ad bonum commune spectantibus : vt habetur *in l. vix, ff.de iudic.* Potest tamen recurrere ad Iudicem, & illi iniurias, & damna proponere : quibus auditis ex officio Iu-
40 dex potest procedere de plano ad indagandam veritatem, & ad vindicandum seruum ab iniuria; vt deciditur *in Instit.de his,qui sunt sui, vel alien. iur. §.vltim.& l.1.§.seruos, & §. Quod autem, ff. de officio præfect.vrbis.* Non est tamen necessarium in huiusmodi denuntiationibus, quod præcedat monitio: Rebell.*part.1. lib.1. de prælud. quæst.15. sect.1.ex num.2.*

41 Decima tertia resolutio continet casus, in quibus serui sibi, & non dominis acquirant; nimirum interueniente pacto inter seruum & dominum de præstando singulis diebus, vel annis certum quid,& reliquum seruus sibi reseruet, illud acquiret seruus sibi, & dominus tenetur stare contractui, neque potest assequi quod sibi seruus eo modo retinuit. Rebellus *supra,sect.2.ex n.8.*

Similiter seruus sibi acquirit relicta per legatum,testamẽtum,vel donationem aliam factam non intuitu domini, sed ipsius serui : Neque requiritur quòd id declaret donator, seu testator: quia id colligitur ex intentione donantis, vel testantis, & ex ea pendet virtualis intentio pro foro saltem conscientiæ, perinde ac si expressa poneretur. Eodem modo sibi acquiret seruus, quæ tribuuntur pro iniuria sibi illata, non quatenus seruus est, sed vt homo est, siue recipiat à domino, siue ab aliis: Molin.*de instit.tom.1. disp.38. vers. Tertius*, & Rebellus *supra, quæst.11.sect.2. numer.9.* Sayr.*in claui, lib.9. num.39.vers. Tertio*, & *vers.quarto.* Eodem modo lucratur seruus sibi quidquid ludo, aut alia negotiatione lucratur,de bonis illis, quorum habet dominium sine vllo præiudicio domini; Atque adeò his omnibus modis peculium potest sibi comparare, & potest se ipsum redimere : vt colligitur *ex l.1.§. seruos, ff.de offic. præfect.vrb.& ex l. vix,ff.de iudic.*quibus in locis habetur, posse seruum se redimere : Molin. Rebell. & Sayr.*locis supra dictis.*

Ad hæc sunt addenda ea, quæ ancilla turpiter acquirit per stuprum, vel turpem corporis vsum, vel per aliquod peccatum : Ratio, quia seruus turpe seruitium domino non debet, nec consequenter stipendium : Nec non si seruus ex pecunia sibi data, vel ex portione ad alimoniam quotidianam aliquid sibi subtrahit, illud non domino, sed sibi ipsi lucratur. Rebellus & Sayr. *vbi supra, d. num.39.* Idem esto iudicium de seruis emptitiis, qui se vendiderunt,non tamen se, & sua iura omnia vendiderint, sed se, & suas operas, non autem omnia iura sua:tunc enim quidquid postea labore quotidiano, aut ludo, diebus quibus laborandum est, acquirunt, acquiritur domino : reliqua verò, quæ seruis euenient, sunt ipsorum : Quare ad ipsos spectabit, quod acquirunt, vel diebus festis, aut aliis diebus completo suo onere, aut completa opera ad quam die illa tenebantur, acquirunt. Similiter illa, quæ illis dono, aut hæreditate accedunt : Ex ea ratione, quia domini non acquisierunt maius ius in seruos istos,quam quod per emptionem in eos acquisiuere, præsertim cum seruitus sit odiosa,& non debeat extendi nisi ad ea,quæ in contractu emptionis,& venditionis fuerunt comprehensa. Secùs dicendum de seruis emptitiis,qui se quando vendiderunt, vendiderunt se, & sua iura omnia, & quidquid in posterum consequi poterant:tunc enim quidquid acquirunt, siue quotidiano labore, siue ludo, aut donatione,aut iure hæreditario, dominorum est:Sayr. *in claui,lib.9.cap.6.num.40.*

Decima quarta resolutio : Serui ad pias causas etiam nequeunt testari, nec valet eorum testamentum factum in seruitute, etiamsi postea libertatem assequantur: Prior pars placet Molinæ *de testament. tract.2.disp.137.in princip.* vbi probat posteriorem partem, testamentum videlicet confectum tempore seruitutis,esto postea libertate donetur,esse nullum: quinimò si tempore, quo testamentum confecit, ignorabat se esse liberum à suo domino, aut ambigebat de suo statu, quamuis reuera sit liber, testamentum est nullum : *l.qui testamento domini, & l. sequenti, & l. Filius familias, 2.ff.de testam.* Contra verò sustinebitur testamentum ad pias causas factum, ab homine verè libero, quamuis liberum se esse ignoraret, aut de libertate dubius esset:ita Panor.*ad fin.rubric.de testament.* cum Bartol. affirmat *ex l.ex militari,§.si miles,ff.de milit.testa.* ea ratione, quia hic testator verè est dominus eorum,de quibus fecit testamentum,nec reuera seruus est:Molin. *vbi proximè.* 42

Decima quinta resolutio : seruus coniugatus non eximitur ab obsequiis consuetis præstandis domino : Est communis, quod intelligit Hostiensis *in cap.1. de coniugio seruorum, numer.9. super verbo,consuetu.* Quod intelligitur de obsequiis maximè consuetis; vt explicat Ioan. Andr. *ibi num.4.* Anton. *numer.7.* Anchar. *numer.5.* & Alexand.de Næuo *numer. 12.* quos refert Sanchez *de matrim. lib.7.disp.21. numer. 11.* Constant hæc omnia ex *dict.c.1.de coniug.seruor.*ibi:*debita tamen,& consueta seruitia non minus debent propriis dominis exhiberi.* An autem debeant non consueta obsequia serui domino ? Affirmatiua sit responsio; eo quia quidquid seruus est, domini est: *§.Item nobis, Instit.per quas personas nobis acquiratur*; vel dic, quia si alicubi consuetudo esset, vt serui coniugati ad certa quædam obsequia tenerentur, eam Ecclesia tueri debere. 43

Quæstio est, quando concurrit obsequium domini cum obsequio vxori debito, & alterum necessariò est reddendum ? In hoc casu præferendum esse obsequium domino debitum, quando est consuetum, non minus quàm si seruus non esset coniugatus; innuitur *in cap.1. de coniug. seruor.* quia res cum suo onere transit ad possessorem; *cap. Ex literis, de pignor.* & ius domini præponderat ex *regul. Qui prior est tempore, potior est in iure, de regul. iur. in 6.* Nec obligatio serui ad vxorem debet nocere domino prius possidenti : ita Innocent. *in d.cap.1. numer. vnico*, & *ibi* Hostiens. *numer. 10. de coniug. seruor.* Consonat lex Hispana a *tit 5. part.4.* Nisi periculum fornicationis immineret vxori ex negato sibi statim debito : in quo euentu obligatio domini cessaret, nisi dominus esset in periculo mortis ex

aduentu inimici: Hostiens. *in d. cap. 1. de coniug. seruor. num.11.*

Iuuat hanc partem, domini ius in seruum esse antiquius iure vxoris, in ipsum seruum acquisitum per matrimonium; & ideò anteponendum, nisi matrimonium ex domini consensu sit initum: Tunc enim dominus concedens facultatem contrahendi matrimonium, censetur cedere iuri suo, & cessit illo, nam concesso principali, concessum quoque videtur accessorium. *cap. Prudentiam, de officio delegat.* Secùs si initum fuit matrimonium domino inscio, aut contradicente: In quo euentu dominus anteponendus est, quia illius ius in seruum antiquius est: ita Diuus Thomas *in 4. distin. 36. quastion. vnica, art. 2. ad 3.* vbi Gabriel. *in supplemento, quast. 1. articl. 3. dub. 3. corol. 1. & 2.* Astens. *in summa, 2. part. lib. 8. titul. 15. artic. 2. quastion. 3.* Turrecremat. *cap. 2. num. 29. quast. 2. in solutione, ad 3.* Sotus etiam *in 4. dist. 35. q. vnica, art. 1. ad 2.* Noster Saâ *in summa; verbo, Matrimonium,* vbi de impedimentis dirimentibus, *n. 1. vers. Dominus consentiens*, & Ludouicus Lopez *2. p. Instruct. Matrim. cap. 47.* vbi de impedimento conditionis, *ante fin. §. circa pradictam.* Eadem distinctione vtuntur, videlicet, vbi initum est matrimonium sciente domino; secùs quando ignorante, vel contradicente, tunc enim ille anteponendus est: In dubio autem an cætera sint paria, & vtrius necessitas præualeat, fauendum esse matrimonio, maximè incontinentiæ periculo impendenti; volunt Sotus, Emmanuel Saâ, & Ludouic. Lopez *pracitati*, eo quod ius naturale matrimonij iuris gentium seruituti præponatur.

Nihilominùs ex hoc fundamento nullum esse discrimen videtur inter matrimonium contractum à seruo domino volente, & contractum domino ignorante, aut contradicente, quia ius domini in seruum non videtur antiquius iure vxoris in ipsum seruum concesso per matrimonium: Quinimò videtur antiquius ius vxoris, & ex consequenti cæteris paribus præferendum, præsertim considerata primæua origine iuris matrimonij in corpus coniugum, & hoc modo ius coniugis in seruum antecedit iuri domini, quod descendat, ac vires sumat ex iure naturali primæuo, quo gaudent serui ad potestatem sui corporis tradendam per matrimonium, quod quidem præponitur iuri gentium, & anterius illo est, quo aliqui in seruitutem reducti sunt, & hinc prouenit posse seruos inuitis dominis licitè copulari matrimonio, vt est communis teste D. Thom. *in 4. dist. 36. quast. vnica, art. 2. in corpore;* quem reliqui sequuntur. Ratio illius quæ est communis, ea est, quòd ius dominorum non potest prohibere seruis matrimonium, neque vsum illius: Nam ius naturale, & diuinum id concessit ad naturæ humanæ propagationem, & in remedium concupiscentiæ: & ideò ius hoc nec fuit sublatum, nec tolli potuit iure gentium, quod seruitutem induxit. Quod ius primæuum per contractum coniugalem transfert seruus in vxorem: eo enim ipso quòd seruus ius naturæ habeat antecedens omnem seruitutem transferendi sui corporis potestatem in coniugem, per matrimonium, coniux ille, in quem transfertur potestas sui corporis, acquirit primæuum illud ius serui, & ius illud in coniugem transmissum prius est iure domini, quoad originem, potestque coniux eo iure vti inuito domino, iúsque domini, vbi cætera sunt paria, postponendum erit: Atque ita seruus amittit iura particularia, quæ per seruitutem ad dominum transmittuntur, non tamen ius ipsius naturæ. Item quia matrimonium datum est propter bonum publicum in remedium concupiscentiæ, vt vitia carnis exterminarentur. Ideò datum est seruis matrimonia inire absque domini consensu. Cùm ergo nulli iuri positiuo concessum est, vt possit matrimonium alicui interdicere, nisi ipsemet perfectioris status auidus continentiæ voto se Deo adstringat, non est dubium ius primæuum matrimonij esse præferendum iuri dominicali: quod intelligitur quo ad honestam, & moderatam debiti exactionem, & quoad honestum matrimonij vsum: Sanch. *lib. 7. de Matrimon. disp. 21. num. 16.* vbi tradit legem matrimonij solùm obligare ad rationi consonam debiti petitionem, solutionémque, quæ iustis occupationibus minimè obstat. Idem repetit *n. 17.*

Ex dictis sequitur antiquius esse ius serui ad matrimonium ineundum, præferendúmque quo ad honestum vsum, non tamen fieri seruum sui iuris, sed adhuc teneri ad consueta domino obsequia præstanda. Peccabit ergo seruus si hæc obsequia debita domino subtrahat, nec dominus ante matrimonij contractum peccabit, si seruum vbicunque venundet, esto ius serui ad matrimonium ineundum sit antiquius iure domini, ratione cuius habet ius seruus impediendi dominum, ne illum vendat in partes longinquas impedito vsu matrimonij. Nam post contractum matrimoniũ dominus non habet ius ad vbique vendendum seruum cùm non sit prius iure coniugis, vt probatum est: & tradit Sanch. *disp. 21. n. 15.*

Decima sexta resolutio: Serui domino excommunicato nequeunt subtrahere seruitia consueta, imo possunt cogi domino excommunicato communicare: Suar. *de Censur. disp. 15. sect. 5. num. 9.* Vgolin. *de Censur. Tabul. 2. cap. 23. §. 8. num. 1.* Ricciul. *de iur. personar. extra gremium Ecclesia existentium, lib. 4. cap. 50. &* Bonacin. *de Censur. disp. 2. quast. 2. punct. 6 §. 2. num. 25.* Quod procedit quocunque titulo serui sint, & etiamsi post excommunicationem domini eius serui fiant, & in aliis famulis conductitiis, veluti nutricibus, laboratoribus, & similibus. Nam obligati ad obsequium familiare, munera, & obsequia, quæ ante excommunicationem præstabant dominis, præstare etiam debent post excommunicationem. Couar. *in cap. Alma mater, p. 1. §. 1. num. 9.* Paul. Comit. *lib. 6. respons. moral. quast. 34.* Ægid. *de sacrament. & Censur. tom. 2. disp. 14. num. 125. cum sequentibus.* 44

Hinc fit vt liberi parentibus excommunicatis licitè communicent, *cap. si vero, de sentent. excommunicat.* quamuis sint emancipati, naturales, & adoptiui: Vgolin. *de Censur. Tab. 2. cap. 23. §. 7.* Couar. *in cap. Alma mater, p. 2. §. 2. num. 8.* Paul. Comit. *respons. moral. lib. 6. quast. 34. num. 4.* Bonacin. *disp. 2. de Censur. quast. 2. punct. 6. §. 2. num. 28.* Anton. Ricciul. *supra d. lib. 4. cap. 49. à princip.* vbi indistinctè loquuntur de filiis. Procedere autem hoc in liberis emancipatis, colligitur ex dispositione *capitis, Quoniam multos, 11. quast. 3.* vbi loquitur simpliciter de liberis, & ideo de omnibus simpliciter intelligi debet, non adhibita distinctione an sint in potestate, vel emancipati: ita Vgolin. *d. cap. 23. §. 7. num. 7.* Mart. Alter. *de Censur. tom. 1. disp. 15. lib. 1. cap. 4. in 1. dubit.* Hoc tamen potest procedere in iis, quæ competunt filio, vt filius est, veluti ad obedientiam, & reuerentiam erga patrem, non tamen quoad alias actiones, præsertim si habitet extra patris domum, quia tunc nequibit de nouo habitare, & alias similes actiones cum patre excommunicato vitando exercere: vt per Suar. *de Censur. disputat. 15. section. 5. num. 3.* Bonacina *dicto disp. secunda, §. 2. numer. 28.* Ricciul. *dicto capit. 49. num. 8.*

*num.*8. posse autem hoc habere locum in liberis naturalibus simul habitantibus cum patre, vult Vgol. *supra cap.* 23. §.7. *num.*7. Suarez *d. sect.* 5. *num.*4. Mari. Alter. *d. cap.*4. *in* 3. *dubitat.* Quinimò hoc extenditur vt procedat etiam in iis, qui naturaliter habentur filiorum loco, quales sunt nurus, priuigna, ij enim cum socero, aut vitrico excommunicato, si commensales sint, communicare possunt: vt per Vgolin. *d.* §. 7. *num.*8. Suarez *d. sect.*5. *num.*7. & Bonacin. *d.* §.2. *num.*29. Id autem non habebit locum in filiis spiritualibus: Suarez *d. sect.* 5. *sub num.* 8. Bonacin. *d.* §. 2. *num.*34. Sed in filiis adoptiuis habebit locum; dummodò sint sub cura parentum, & commensales illorum. Suar. *d. sect.* 5. *n.*4. Vgolin. *d.* §.7. *sub num.*7. & Mari. Alter. *d. cap.*4. *in* 3. *dubit.*

Similiter nobis licitum erit cum excommunicato communicare, quoties opera excommunicati est necessaria nobis, vel ad nostra tuenda. Hinc infertur licitum esse nobis petere consilium à Doctore excommunicato, si ab alio æquè idoneo consilium non speramus; & pari ratione possumus in infirmitate vocare Medicum, & Aromatarium excommunicatum, si existimemus illum magis idoneum, vel de nostra complexione magis informatum.

His adde vxorem posse communicare cum viro suo excommunicato; quia non priuatur ipsa iure suo per excommunicationem mariti; & ex consequenti non priuatur debito, hoc enim exigit naturale fœdus, & coniugij necessitas: ita D. Thom. *in* 3. *part. quæst.* 23. *artic.*1. Sotus *in* 4. *distinct.*22. *quæst.*1. *art.*4. Henriquez *in summa libr.*13. *de excommunicatione, cap.*12. §.2. Suarez *tom.*5. *disput.*15. *sect.*4. Auila *de Censur. part.*2. *cap.*6. *disp.*11 *dub.*5. Paul. Comitol. *respons. moral. lib.* 6. *quæst.* 34. *n.*1. & 2. & Sanch. *de matrim. libr.*9. *disput.* 14. *per totam*, quod etiam procedit quoad alias actiones, & obsequia; ac denique quoad totam ciuilem, & visualem communicationem. Quod autem dicitur de vxore teneri scilicet illam communicare cum viro excommunicato, dicendum est etiam teneri virum communicare cum vxore excommunicata, quamuis neget Glossa, *verbo, vxores, in cap. quoniam multos,* 11. *quæst.*3. & *ibi* Archidiac. *n.*1. Sed fallitur; posse enim maritum agere cum vxore excommunicata vitanda in iis omnibus, in quibus ipsa potest cum marito excommunicato, tradunt Couarr. *in cap. alma mater,* 1. *part.* §. 1. *n.*8. Nauarr. *in manual. cap.* 27. *num.*27. *vers. humile.* Vasquez *de excommunicatione. dub.*9. *num.*3. Bonacin. *eod. tit. disp.* 2. *q.* 2. *punct.*6. §.2. *n.*24. & Sanch. *de matrim. lib.*9. *disp.*14. *num.*16.

45 Pro famulis denique pacta mercede conductis, certi iuris est illos etiamsi iurent se domino obtemperaturos, non teneri domino imperanti aliquid illicitum obsequi: D.Thomas 2.2. *quæst.*64. *art.*2. *ad* 3. Syluester *verbo, iuramentum,* 3. *quæst.*1. *vers.*9. Iuramentum enim non trahitur ad ea, de quibus iurans verosimiliter non disposuisset: Tiraquel. *in l. si vnquam, in præfat. num.*171. & Cald. Pereir. *post tract. de potest. eligend. in respons. pro Domino Roderico à Sylua,* quos referens sequitur Illustrissimus Primas 1. *p. decret, dist.*86. *a.*5. *c.*13. & Barbos. *de rector. cap.*23. *n.*3.

Cæterùm quando ministeria sunt indifferentia bono, & malo vsui, & famulus nouit herum abusurum, non tamen ea intentione seruitia præstat, vt herus abutatur; sunt qui putant famulum peccare, quòd ad alterius peccatum concurrat, ministrando; ita D. Antonin. 2. *part. titul.* 1. *cap.*23. §.13. Syluester *verbo, ars, numer.*3. 4. & 5. Alcocer *libr. de lud. cap.* 60. *conclus.* 2. Dicendum tamen est, posse famulos sternere equos, comitari heros, & expectare, quamuis intelligant ad malum finem ipsos abire, quia hæc ministeria de se sunt indifferentia, nec concurrunt ad prauam intentionem domini: Ita Nauarr. *libr.* 5. *consil. titul. de pænit. & remiss. in* 1. *edition. cons.*6. *in fine, & in* 2. *edit. cap.*25. *numer.* 2. Emmanuel 1. *tom. summ. in* 2. *edition. cap.* 205. *num.*2. Anglez *in floribus*, 1. *part quæst.* 7. *de ieiun. difficult.* 5. Non enim famuli in hoc casu censentur obedire domino libenter, sed ex necessitate parent rem indifferentem præcipienti: Secùs dicendum de aliis, qui famuli non sunt; iis enim non esset integrum, nisi alia causa iusta excusaret, cùm non teneantur ex necessitate obsequij morem gerere. Eodem modo nefas esset comitari herum custodiæ causa, aut illum peccantem expectare, vt eum si opus fuerit, defendant; & quamuis ex se hæ actiones indifferentes sint, nimirum, quæ bono, & malo vsui possunt deseruire, & ideò possunt dici aliquo modo licitæ; tamen cùm ita proximè accedant peccato heri, vt sint quasi positiua, & directa cooperatio, necessariò requiritur causa valde vigens, quæ excuset famulos comitantes herum. Nam videntur apertè non solùm accedere defendendi causa, sed vt pugnent pro hero, vt ipsi animosiores reddantur ad peccandum: sicuti non licet comitari eosdem ad duellum euntes, vt eos iuuent, eò quia sic pugnare est intrinsecè malum, vt patet. Pro cæteris ministeriis indifferentibus, & à famulis expediendis, vide Petrum de Ledesm. *tom.* 2. *summ. tract.* 27. *cap.* 9. *in fin.* Nostrum Saà, *verbo, Peccatum, numer.* 9. Nauarr. *in summa nouissima cap.*20. *numer.*16. & Azor 1. *tom. instit. Moral. libr.* 12. *cap. vltim. quæst.* 8. *rursus de salario famuli infra* §. 5.

DISPVTATIO XXII.

De emptione seruorum Æthiopum, & venditione; qui ex vtraque Guinea in Lusitaniam, & in Hispaniam deferuntur.

§. I.

Quinam ex Gentilibus, & Infidelibus nequeunt in seruitutem redigi?

E P I T O M E.

1 *Iapones an possint fieri mancipia Lusitanorum?*
2 *Synæ an iustam patiantur seruitutem.*
3 *Apud Synas nullum seruitutis genus inuenitur.*
4 *Bellum an possit esse iustum cum Barbaris ex vtraque parte, & quando negatur inter barbaros bella esse iusta.*
5 *Episcopus Iaponiorum D. Ludouicus Cerqueira interdixit Lusitanis, ne ex Iaponia serui exportarentur.*

6 *Brasilienses an possint seruitutem pati post baptismum susceptum.*

7 *Mancipia adducta ex India orientali de Regnis, quibuscum Lusitani bellum iustum gerunt, benè possunt emi, ac vendi?*

8 *Cum Tartaris an iustum bellum gerant Synæ, & an possint Synæ capti à Tartaris vendi licitè Nostris?*

9 *An sit sufficiens titulus ad seruitutem iure belli inter hostes, quando bellum inter illos est ex tempore immemoriali ex vtraque parte, & nescitur omnino belli origo?*

10 *Inter Christianos Principes iustum præsumi debet bellum, etiam ignorata antiqui belli causa: secus inter Principes barbaros, & infideles, si bellum fiat, & offensiuum sit.*

11 *Serui capti in bello defensiuo licitè ab externis emi possunt, quamuis belli prima origo nesciatur, nam tunc licita videtur defensio, & ab externis licita præstatio auxilij.*

12 *Et quid sit bellum defensiuum, & offensiuum iustum, & an occidens in vtroque fiat irregularis.*

1 PRima dubitatio circa Iaponiorum seruitutem in partem negatiuam soluitur apud Lusitanos, non posse scilicet Iaponios fieri seruos; sed fieri liberos per legem à Rege nostro serenissimo Sebastiano latam, qua cauit ne infidelium conuersioni ad fidem impedimentum opponeretur; & ita Iaponios in seruitutem redactos à Lusitanis, & ad Lusitaniam perductos liberos fuisse iudicatos in hoc Regno certò scio: Rebellus 1.p.lib.1.*de prælud.quæst.*10 *sect.*2.*numer.*29.& 30. *fol.*73.

2 Secunda dubitatio soluitur à nostro Molina, *tom.* 1.*tract.*2.*disp.*35. *ad fin*, dicente Synas iniustam pati seruitutem apud Lusitanos, esséque restituendam illis libertatem, si vt fama loquitur, à suis furto auferuntur, vt Nostris vendantur. Ratio quia apud Synas nullus apparet titulus seruitutis ex illis, quibus seruitus inducitur, nec apud illos sunt serui nati, hoc est natiuitate, nec constat apud eos fieri seruos ob crimen aliquod, & multo minus se vendunt ob indigentiam, aut famem, nec solent filios vendere, nec bella ineunt intra prouincias suas inter se.
3 Quòd si bella cum Tartaris, & Iaponiis gerant perpetuo, id pro ipsis Synis pugnat, qui se defendunt, & extra suos fines non exeunt, & suapte natura pacem amant; quare pro illis stare iustitiam præsumendum est; & ideò iniustam seruitutem pati videntur: ita Rebellus *loco citato, num.* 34. vbi subdit apud Synas certum esse filios vendi inter eos propter famem, sed hoc raro; & ideo hæc doctrina ex fame, & venditio temperanda est, si de ea constet.

4 Tertia dubitatio: an bellum inter barbaros infideles possit esse bellum iustum ex vtraque parte, & an id aliquando fieri possit. Ratio dubitandi est quia regulariter non datur formaliter bellum iustum ex vtraque parte per se, quamuis per accidens sub reatu ingentis peccati mortalis illicitum reperiri possit; si inde maiora mala immineant: Molin. *de iustit.tom.*1.*tract.*2.*disp.*107.ex Victoria *de iur.belli, num.*33. Nihilominùs in nostro casu, quando inter infideles iure hæreditario à tempore immemoriali mutua bella cum vicinis hostibus exercentur, ita vt omninò ignoretur prima belli origo; nec proinde examinari possit, vnde stet iustitia belli, acceptis ex vtraque parte tam olim, quàm hodie de nouo iniuriis: in hoc euentu dici potest videri bellum geri bona fide vtrinque, existimantes se iustè bellare ex vtraque parte formaliter, etiamsi nequeat dici iustum, nisi ex vna parte, quæ tamen pars omninò nescitur: atque ita cum vtraque pars tali bello iusto formaliter secundùm existimationem capiat hostes, iustè eos detinere potest, & ex consequenti poterit eos vendere externis mercatoribus, & in eos transmittere ius seruitutis per venditionem, quod in eos habet, quandiu de iniustitia belli non constat, eò quia præsumi debet bellum esse iustum, donec constet de prima belli origine, vt tradit Menoch. *lib.*6. *præsumpt. quæst.*6. *num.*6.

Veruntamen cùm bella inter hos barbaros, præsertim Æthiopes, non sit maior ratio, quòd sint iusta regulariter magis ex vna parte, quàm ex altera, aut iniusta; imò præsumi potest magis iniusta; quia non tam ratione & consilio, quàm auaritiæ, & appetitione vindictæ geruntur, non excusabitur quiuis mercator fidelis ex nostris à periculo committendi iniustitiam, si se immisceat emptioni, & venditioni huiusmodi captiuorum, nisi ante emptionem sufficienter inquirat de iustitia belli: sicut non excusantur à peccato milites externi contra charitatem, & iustitiam, si adiuuant pugnantes alteram partem in quocunque euentu, in quo non præsumitur rectè, quòd iustè bellum fiat; modò sit offensiuum: Ita Molin. *de iustit. disp.*114. *per totam, tom.*1.& Rebell.1.*de obligation.iustit. lib.*1. *de prælud. quæst.*10.*sect* 2. *num.*38. vbi *num.* 39. tradit quando bellum est defensiuum inter barbaros, & ignoratur prima causa belli, posse Nostros, iuuare barbaros, & mancipia capta ab iis, qui se defendunt, licitè posse emi ab externis mercatoribus, quia iure belli defensiui ac iusti capiuntur, & iustè detinentur.

Ex dictis sequitur conclusio hæc: Verisimilius est emptionem de manu Æthiopum infidelium faciam à Nostris promiscuè, & sine sufficienti inquisitione in vtraque Guinea, Angola, & Cafreria, regulariter esse iniustam, & contra charitatem, & iustitiam: Nec non emptores talium seruorum, quicunque illi sint, qui de manu priorum mercatorum seruos emunt, & in varias partes exportant, peccare mortaliter contra charitatem, & iustitiam: Idem tenendum est de Iaponiis, & Synis, regulariter scilicet illos apud nos retineri iniusta seruitute, nisi fortè ob famem vendantur à parentibus.

Illud etiam non est hoc loco prætereundum, Dominum Episcopum Lodouicum Cerqueira Iaponensem iure optimo per censuras interdixisse Lusitanis omnem mancipiorum ex Iaponia exportationem, eò quia, vt dixit, per peculiarem legem cautum est ne vlli Iaponij in seruitutem redigerentur à Nostris, vel in seruos emerentur: Rebellus *supra, num.*31. 5

Porrò Brasilienses, siue sint infideles, siue fideles, nequeunt possideri à Nostris iusta seruitute, nisi ex iure belli iusti, si fortè inter illos contingat, aut ex alio titulo iusto, tunc enim licitè vendi, & emi possunt. Nec iuuat dicere licitum esse illos capere, & in seruitutem redigere, vt eo modo conuertantur ad fidem, aut conuersi apud nos in ea perseuerent; Quia fides summa libertate est docenda, ac persuadenda, & Brasilienses ita capti communiter fidem liberè non recipiunt. Vnde si possunt ad suos fugere, fugiunt, & fidem deserunt. Quare talem modum tradendi fidem Deus non acceptat. Cæterùm si apud Brasilienses aliqui sint interficiendi à suis, & vt fertur, comedendi, si 6

tamen

tamen aliquis fidelis pretium aliquod pro illis offerat, & ita liberentur à morte, poteritne sic liberans dato pretio seruituti redemptos subiicere. Respondeo, quando iustè occidendus à suis esset, quia fortè captus fuit in bello iusto, aut propter delictum ea pœna dignum, quamuis iniquè esset comedendus, licitè tamen io seruum emi, ac retineri posse. Eo quia neque ex charitate, neque ex iustitia tenetur fidelis hunc à morte liberare; & ideò ex misericordia sic occidendum dato pretio redemit, & in seruitutem reduxit. Contra verò si fidelis iniustè sit occidendus, tunc vt charitas postulat, si sit pauper, omninò pretium exhibendum esset; vel commodatum, quando simpliciter non esset pauper: quando tamen infidelis iniustè illum occidere, qui pretium offert, si potest sine suo detrimento infidelem à morte liberare, tenetur lege charitatis sub peccato mortali vitam illius vnà cum libertate incolumen illi seruare, & ita à morte erutus, si habet vnde pretium restituat, tenetur restituere mutuanti; quòd si non habeat, tunc quando pretium datum esset æquale perpetuæ seruituti, poterit illum retinere in seruum perpetuum; quia non censetur omninò pauper, qui est aptus ad seruiendum; nec fidelis tenetur gratis illi succurrere: Nauarr. *in manual. cap* 23. *n*.95. & 96. & Molin. *tom*. 1. *tract*. 2. *disput*. 33.

7 Quarta dubitatio circa mancipia, quæ Lusitani afferunt ex India Orientali, de Regnis quibuscum iusta bella gerunt, & à fortiori de Turcis, & Mauris Mol. *disp*. 35 *supra conclus*. 1. & 3. & Rebellus *lib*. 1. *de præbus. quæst*. 10. *num*. 23 & 24. tradunt huiusmodi mancipia tutè ibi à mercatoribus, & vbique emi. Neque videtur necessaria inquisitio vlla ad veritatem indagandam, quia sufficit bellum iustum quod Lusitani gerunt cum eisdem. Cæterùm quando mancipia sunt ex aliis regnis infidelium, cum quibus Lusitani habent negotiationem pacificam, videlicet, ex Cambaia, Pegu, aut ex aliis amicis prouinciis, licitum erit mancipia emere pro pecunia, vel pro annona si propter famem, aut egestatem, quod fieri solet apud illos, filios suos, vel se ipsos iusto pretio vendunt: non tamen sufficit quæcunque necessitas, sed debet esse grauis, cui aliter nequeant occurrere, ut per venditionem filiorum: aliter enim venditio erit iniusta, & nulla, quia extra grauem necessitatem à iure naturali negatur potestas vendendi filios parentibus, & emptores tenentur restituere: quia nunquam verum dominium super eos compararunt: quod fallit in cæteris etiam extra grauem necessitatem, cum ipsi parentes infideles, & filij, de consensu parentum, si sunt sub potestate illorum, validè vendere se ipsus possunt, si habeant ætatem idoneam ad contractus celebrandos, sunt enim domini suæ libertatis, quidquid sit de peccato, si libertatem sine causa vendant: Rebellus *supra, num*. 26.

8 Quinta dubitatio sequitur, ansit iusta seruitus apud Synas quando venduntur à Tartaris cum quibus bella gerunt saltem defensiua. Pro solutione sciendum est, & præsumendum Synas iusta bella agere cum Tartaris, & aliis hostibus suis aggressoribus; & ex consequenti si aliqui capiantur tam à Tartaris, quàm à Iaponitis cum quibus belligerantur, non esse captos iusta seruitute, nec posse tutè emi à nostris mercatoribus absque peccato, sed faciendam esse illis restitutionem: Rebellus *d. q*. 10. *num*. 32. post Molin. *tom*. 1. *de iustit. tract*. 2. *disp*.

9 35. *ad fin* nisi fortè dicatur esse sufficientem titulum ad seruitutem iure belli inter hostes, quando bellum est inter illos ex tempore immemoriali, quia hoc non habet locum apud Synas suopte ingenio pacis amantissimos cum Tartaris belligerantes, & pro illis licita videtur defensio: Rebellus *vbi supra*, & dictum est *num*.4.

Sexta dubitatio. Quid dicendum de bello inter Christianos, quando prima antiqui belli causa cessitur. Dicendum est præsumi iustum, secus inter Principes Barbaros, præsertim quando bellum est offensiuum. Cùm ergo defensiuum est, etiam ignorata causa formaliter iustum videtur, & defendentes se iustè possunt vendere captos iure belli, & emi ab externis, bellum enim defensiuum nulli est prohibitum; quia pro tuenda, & curanda vita, patria, & Rege sit, seruato moderamine inculpatæ tutelæ: quin imò si quis in eo bello occidatur dertuncetur, & desformetur se defendendo, non propterea erit irregularis, vt probat Suar. *de censur. disp*. 47. *sect*.6. vbi citat pro hac parte Nauarrum, Innocentiú, Ioan. Andr. & Abbatem *in cap. Petitio, de homicidio*. Longè aliter quando bellum est aggressiuum, tunc enim vt sit iustum debet tria requisita habere ex D. Thoma, 2.2. *quæst*. 40. *art*. 1. Primum: debet adesse authoritas Principis, cuius mandato illud gerendum est. Secundum quod requiritur, est causa iusta, vt illi, scilicet, qui impugnantur ob aliquam culpam, impugnationem mereantur: culpa tamen debet esse formalis, quæ cum peccato incurritur, ad distinctionem culpæ materialiter, hoc est absque peccato: & in hoc sensit primo scilicet, loquuti sunt Scholastici, dum dicunt iusta bella describi, quæ vlciscuntur iniurias, si qua gens, vel ciuitas, quæ bello petenda est, vel vindicare neglexerit, quod à suis improbè factum est, vel reddere quod per iniurias ablatum est: ita Augustin. *in cap. Dominus*, 23. *quæst*. 2. Molin. *de iustit. tom*. 1. *tract*. 2. *disp*. 100. *num*. 2. & *disp*. 102. quem sequitur Luysius Turrianus *tom. vnico* 2.2. *disp*.90. *dub*. 1. §. *item videre*. Tertium requisitum est recta bellantium intentio, qua scilicet, intenditur vt bonum promoueatur, vel vt malum vitetur. Vnde non debet procedere bellum ex odio, neque illius infligendi occasio quæratur, at quamuis odium admisceatur, nulla oritur obligatio restituendi illata hostibus damna; quamuis culpa contra charitatem subsistat: Conatr. *in regula, Peccatum, p*.2. §.9. *n*. 3. & *sequentibus*. Valent. *tom*. 3. *disput*. 3. *quæstion*. 16. *puncl*. 2. Alfonsus de Castro *libr*. 2. *de iustit. hæres. punit. cap*. 14. & Sayr. *in claui, libr*.7. *cap*. 13. *num*. 5. 10 11 12

§. II.

Quando licita sit emptio, & venditio mancipiorum Æthiopum tam in genere, quàm in specie.

EPITOME.

13 *Æthiopum venditio quomodò possit esse licita tam in genere, quàm in specie: & quibus titulis fieri valeat.*

14 *Mancipia bona fide emens vbi primùm rescinerit emptionem esse iniustam tenetur restituere sua libertati.*

15 *Defendi potest vt licita venditio de manu mercatorum in Lusitania, sed verosimilius est quòd sit illicita quando Lusitani ea emunt ab infidelibus.*

damnum ipsum dedisse videtur: Dec. *consf.* 218.*n.*4. Suid. *decis.* 326. *num.* 23. *&* 24. Cardin. Tuschus *tom.*1. *littera C. conclus.*138.*num.*4. *& tom.*2. *littera D. conclus.*6. Quod intellige quando causam propinquam dedit. Thomas de Thomacet. *in florib.leg. regul.* 244. ergo à fortiori qui mala fide promiscuit seruos legitima seruitute oppressos cum seruis iniustè in seruitutem redactis, & ideò damnum vbicunque subsequitur ex aliqua culpa, teneretur ad restitutionem in vniuersum de toto damno: vt per Beiam, *re,ponf. casu. conscient. p.*2.*cas.*20. *vers.probat.* Sayr. *in claui lib.*10.*tract.*3.*c.*1.*n.*10.

19 Septima conclusio. Si absque culpa mercatoris facta sit permixtio seruorum, itavt distingui nequeant, de consensu omnium mittantur sortes, vt totidem liberi exeant, quot probabilius liberi credebantur. Quòd si reuelent eorum sortium, fas erit mercatori omnes vendere: quinimò potest cogere omnes ad sortium fortunam, cùm sit dominus totius multitudinis, præsertim intercedente authoritate iudicis; nam in eo euentu non debet mercator tantam iacturam pati in fauorem libertatis, vt aue omnes amittat: quin etiam si permixtio seruorum contingat per culpam venalem, non est obligatio manumittendi omnes, sed ex conuentione dirimatur contentio, per sortes videlicet, retinendo plures, vel pauciores proportione habita ad rationem culpæ. In dubio autem de iure libertatis, & seruitutis, æqualiter si dubitatur pro vtraque parte, in fauorem libertatis inclinandum est; cùm hæc sit fauorabilis, seruitus autem odiosa: per *regul. odia oportet restringi, & fauores conuenit ampliare:* Rebellus *supra,sect.*1. *ad fin.* vbi concludit nec longi temporis possessione, aut consuetudine contra libertatem valere præscriptionem, ex *l.vltim. C. de longi tempor. præscriptione.*

Nec obstat regula quando ex vtraque parte dubium est, & non potest deponi, sequendam esse partem tutiorem: quod si neutra sit tuta, sequendam esse partem minus periculosam: atqui tutius est concedere libertatem, & minus periculosum, quàm redigere in seruitutè homines liberos; ergo ex prædicta regula in hoc casu, quando dubium ex vtraque parte se offert, nec deponitur, sequeda est pars tutior in fauorem libertatis: prout docent Summa Pisanella, *verbo, dubium.* Angel. *ibid. n.*1. Caietan. *verbo, opinio.* Couar. *de sponsalib. p.*1. *cap.* 4. §. 1. *num.* 9. Nauarr. *in cap. si quis autem, de pænit. dist.*7. *n.*34. *& in manual.c.*27.*n.*181.& Vasq. *in* 1.2.*disp.*65.*c.*3.

20 Non est tamen negandum dum mercator possidet aliqua mancipia, & dubitat an omnia sint sua, vel alterius mercatoris, teneatur illa restituere, aut posse detinere, & illis vti? Sit ergo octaua conclusio. Qui dubius est an mancipia sint sua, vel alterius, esto ante inquisitionem debito modo factam, illa possidere queat, illis tamen vti non potest, nec alienare. Est communis per Cordubam *lib.* 3. *quæst.*8. *ad* 1. *ration.* Sotum *in* 4.*dist.*27.*q.*1. *art.* 3. *ante fin.* Vasquez *supra disp.*66. *c.*7. quia vt fatetur Adrianus *quodlib.* 2. *punct.* 2. etiam qui habet certam fidem, vel scientiam quod res sit aliena, & ignoret cuius sit, propter discrimen præiudicandi vero domino, potest rem illam possidere quousque dominus verus appareat: ergo in nostro casu poterit mercator in tali dubio licitè retinere mancipia possessa, donec constet de vero domino. Quòd autem nequeat illis vti, aut ea alienare ante inquisitionem sufficientem ex eo constat, quia censebitur esse in dolo, & velle vti rebus non suis, nisi id faciat animo reficiendi damnum vero domino reperto, interim adhibita diligentia ad indagandam veritatem, cum teneatur inquirere verum dominum.

Nona conclusio. Qui dubius est prudenter an mancipia, quæ possidet, sint sua, & facta diligentia pro inquirenda veritate, adhuc manet dubius; non tenetur illa restituere; nec partem illorum, sed integrè possidere potest. Quod procedit quoties facta diligentia deprehendit mercator se habere maius, vel æquale ius, quàm alter habeat. Patet ex *regul. iur. in* 6. *In pari delicto, vel causa, melior est conditio possidentis.* Fauet *regul.*11. *de regul.iur.in* 6. ibi: *Cùm sunt partium iura obscura, Reo fauendum est potius quam actori.* In hoc tamen casu qui dubitat de mancipiis an sint sua, est potiùs Reus, quàm Actor, ideò illi fauendum: ita Alex.& Iason *in l.*3. §. *generà, ff. de acquir. possess.* Sotus *in* 4. *dist.*27. *q.*1. *art.*3. *ante fin. vers. ad huiusmodi euentus*, Ioan.Medin. *Cod. de restitut. q.*17. Syluest. *verbo præscriptio, quæst.*5. *vers. Tertium.* Couar. *in regul. possessor, p.*2. §.7.*n.*3.*&* 4. vbi ait hanc esse communem: sequitur Anglez *in floribus p.*2. *in quæst. de præscriptione, art.*2.*difficult.*2. Valent. *tom.*3.*disp.*5.*q.*6. *pun* 1.5.Michael Salon 2.2. *q.*5.*de domin.art.*7.*q.*3.& Cened. *in collect. iur. Canon. collect.* 50.*n.*5.

Hæc autem habent locum in vtroque iudicio tam interno, quàm externo; atque ita in externo in hoc euentu non possessor ad restituendum non condemnabitur, qui dubitat de mancipiis an sint sua; & forum externum non differt in materia iustitiæ à foro interno; & ideò pronunciando sententiam in fauorem possidentis Iudex non confert ius, sed solùm explicat, quod eam pars habeat ius, quando iura partium sunt æqualia; tunc enim potior est ratio possidentis, qui non peccat retinendo mancipia illa contra iustitiam, cùm iustitia in eo consistat vt seruetur æqualitas inter ius proprium, & alterius, & possidens habet æquale ius dominij ratione dubij: quinimo habet maius ius ratione possessionis, quam habet bona fide; ergo cùm sit in possessione, quamuis non restituat mancipia, nihil facit contra ius alterius, sed debitam seruat æqualitatem. 22

Decima conclusio. Mercator post debitam diligentiam factam circa mancipia an sua sint, si manet adhuc dubius, potest illa possidere, imò & vendere; debet tamen esse paratus restituere pretium eorum si constiterit illa esse aliena. Ratio, quia cùm sit in possessione eorum, nequit remoueri à sua possessione, & vsu, obsequiisque eorundem. Nam si aliter esset faciendum talis possessor verè pateretur detrimentum sine causa: ita Ioan.Medin. *C.de restitution. q.*10. Cuiarr. *in regul. peccatum, part.*3.*in princip. num.*4. Sayr. *in lib.de restitut. in communi, in tract. de possessor. malæ, aut dubiæ fidei, dub.*3. Confert Gabriel Vasquez *in* 1. 2. *disp.*66. *cap.*7. Quæ intelliguntur de mercatore possidente à principio mancipia bona fide, & tamen postea incepit dubitare de vero domino eorum, esset ne ipse, an alter. 23

Vndecima conclusio. Mercator dubitans à principio de mancipiis an sint sua, quæ in nullius mercatoris erant possessione, vel saltem cum tali dubio à principio possidebantur: tunc si dubium illud aliàs non possit vinci ab eodem, nequit mancipia illa omnia retinere, sed tenetur pro ratione dubij partiri ea cum altero, quem verum dominum suspicatur. Si tamen contingat hoc dubium non esse inter aliquos determinatos mercatores, sed dubitatur in genere, cuiusnam sint, aut esse possint illa mancipia, quia ignoratur verus dominus; non est facienda diuisio: sed meo iudicio debent omnia restitui suæ libertati. Ratio, quia neuter dominus habet titulum possessionis, cùm ignotus sit omninò verus dominus, & in hoc casu res quælibet eo modo inuenta ita se habet, atque si esset res perdita, quæ inuenitur, & ex communiori consensu iubetur pauperibus 24

 erogari;

erogari: cùm ergo misera mancipia sint veri paupe-tes, & eorum ignorarunt veteres dominus, restituenda sunt suæ libertati: ex traditis à Soto *lib. 4. de iustit. quæst. 7. art. 1. ad 3.* & à Caietan. *2. 2. quæst. 62. art. 5. in respons. ad 3.* & diximus *suprà* in fauorem libertatis, etiam quando sumus in dubio æquali de seruitute: ex Rebello *d. quæst. 10. sect. 1. num. 7.*

25 Duodecima conclusio. Plerumque, imò vniuersim illicita est venditio Æthiopum facta ab eisdem de nocte, & clam, dum Lusitani naues appellunt ad portus vtriusque Guineæ, cùm mancipia furtim rapta asportant: Molin. *de iustit. tom. 1. tract. 2. disp. 35. vers. Quod de.* Non tamen mancipiorum venditio pro vili pretio facta ex eo in vtraque Guinea, & India, videtur damnanda. Emuntur namque in prædictis locis de manu parentum pueri interdum pretio quatuor, aut sex regalium argenti, & interdum vno speculo, aut vno cubito rubei, aut cerulei coloris cuiuscumque panni: ac denique aliis mercibus ex vitro, aut aurichalco confectis, quæ parui apud nos æstimantur: Molin. *d. disp. 35. vers. circa pretium.*

26 Decima tertia conclusio. Ex variis coniecturis colligi potest de iniustitia seruitutis horum mancipiorum, etiam quando iure belli in seruitutem rediguntur. Ratio, quia Æthiopes nihil regulariter de iustitia belli curant, sed totum ius eorum in armis consistit, & qui maiorem habent potentiam, maiores prædas agunt, & maiores mancipiorum greges aggregant. Quare eorum bella potiùs dicenda sunt latrocinia, vt nostri mercatores fatentur. Item, quia à suis etiam oppidanis quædam furto solent rapi, & alia pro leuissimo crimine seruituti addicunt, non solùm criminosum ipsum, sed vxores, & filios in seruitutem redigunt. Denique pro mala præsumptione conscientiarum ipsorum mercatorum stat testimonium Domini Petri Brandani Episcopi Viridis Promontorij dicentis, in inferiori Guinea ad suam Diœcesim spectante, tria millia mercatorum suo tempore numerari: ex quibus vix ducentos satisfacere tempore Quadragesimæ præcepto confessionis, & communionis annuæ, pro certo habuit ex relatione suorum Visitatorum illuc euntium. Ex quibus quàm parum sit fidendum negotiationi, & conscientiis eorum mercatorum constat. Rebellus *supra, sect. 1. num. 13.*

27 Vltima conclusio. Quando duæ Republicæ bellum inter se gerunt, & dubium est de verius iustitia, & pro vtraque verisimiles apparent rationes, licitè possunt emi mancipia, & reliqua bona in bello capta, dummodò mercatores sint parati vbi primùm de belli iniustitia illius Reipublicæ, à qua illa bona fuerunt empta, & mancipia libera relinquere, satisfaceréque seruitia, & emolumenta, quæ ex illis fuerint percepta, quatenus inde facti fuerint ditiores: ita Couar. *in regul. Peccatum part. 2. §. 11. à num. 6.* vbi vult de iure Cæsareo vtramque Rempublicam, quæ ita gerit Bellum, acquirere dominium rerum, quas milites in bello capiunt: subdens nec teneri illa restituere prioribus dominis à quibus illa acceperunt, exceptis quibusdam rebus, quibus ius Cæsareum priuilegium postliminij concessit.

Nihilominus quia fieri non potest, vt bellum sit materialiter iustum vtrinque, sic etiam fieri nequit vt vtrinque comparetur dominium rerum, quæ eo bello capiuntur, sed solùm ex parte iustitiam habentium: ex altera autem parte pro qua iustitia non subsistit, quamuis inuincibiliter non assequatur se iniustè bellare, nullo modo in re aliqua acquirit dominium, cùm iustitiam non habuerit: ideò in foro conscientiæ iura illa Cæsarea non procedunt; imò neque in externo, si bellum sit inter Christianos. Atque ita interim vnaquæque illarum Rerumpublicarum dum sibi persuadet bellum ex parte sua materialiter esse iustum, licitè potest retinere, & possidere bona ibi capta, quamdiu de iniustitia illis non constet; nam licitè pugnant si à Principe iussi bello intersunt, & ex consequenti modo supra dicto licitè retinent, quæ eo bello consequuntur, & iustè vendunt cum eo onere, vt scilicet cum primùm de iniustitia belli constet, omnia restituant: Molin. *disp. 35. vers. Ratio, quæ pag. 280.*

---

§. III.

De coniugio seruorum tam fidelium, quàm infidelium.

EPITOME.

28 *Seruorum contrahentium matrimonium onera, & priuilegia, & libertas.*

29 *Seruorum matrimonia quando valida, & quando nulla.*

30 *Seruitutis ignarus coniux an possit propria authoritate quoad thorum recedere, quando seruitus alterius detecta est.*

31 *Coniux dubius de seruitute alterius an teneatur reddere debitum?*

32 *Matrimonium liberi cum ancilla ignorato errore conditionis seruilis, an valeat transacto decennio, ex quo ancilla est in libertate?*

33 *Liber contrahens cum serua ignarus seruitutis potest detecta seruitute resilire, non autem ancilla: Et quid si copula postea accedat? numer. eodem.*

34 *Infideles ad fidem nostram accedentes an debeant redire ad vxores, quas primo habuerunt? Hac de re Pius quintus bullam edidit.*

35 *Infidelibus an possit summus Pontifex impedimenta matrimonij statuere; & an statuta obligent infideles subditos summo Pontifici?*

36 *Infideles si matrimonium contrahant in primo gradu consanguinitatis, si ad fidem conuertantur an sint separandi?*

37 *Infideles post baptismum an possint ducere consanguineas proprias intra quartum gradum?*

38 *Infideles conuersi an possint copulari matrimonio cum fideli, cuius coniux consilio eius coniugem proprium interfecit, aut si infidelis vxorem suam occidat vt cum adultera matrimonio copuletur?*

39 *Infideles quando validè contrahunt matrimonium, & quid debeant facere quando cum pluribus contraxerant tempore infidelitatis?*

40 *Infideles coniuncti in primo gradu affinitatis linea recta an sint separandi post baptismum?*

41 *Infideles ad fidem conuersi nequeunt diuertere ab infideli ad fidem conuerso ob fornicationem commissam tempore infidelitatis.*

42 *Infidelis habens filium, si conuertatur, an succedat in maioratu?*

43 *Papa an possit statuere vt Laicus criminosus fiat seruus, & habeat impedimenta ad contrahendum cum libera?*

44 *Infidelis ducens fidelem, si ille conuertatur, matrimonium valet.*

45 *Infidelis conuersus potest manere cum infideli si vult ille manere sine iniuria creatoris; & an possit discedere ab infideli, etsi, infidelis sine iniuria*

ria Creatoris cohabitare velit: & quando infidelis non vult manere nisi cum graui scandalo, & offensa Dei, fidelis tenetur eum relinquere.

46 *Seruitus ignorata quo iure dirimat matrimonium, & an apud infideles habeat locum.*

47 *Seruitus an possit superuenire matrimonio alterutro coniuge vendente se pro seruo?*

28 PRima difficultas circa onera, & priuilegia seruorum, quænam illa sint? Quoad onera certi iuris est seruum nõ teneri alere vxorem: cùm aliàs maritus regulariter teneatur alere illam, etiam quando illam sine dote duxit: Sanchez *de matrim. lib. 4. disp. 26. num. 21. & lib. 9. disp. 4. num. 19. ex l. penul. ff. vt in possess. legat.* Surd. *de aliment. tit. 1. tota quæst. 32.* Quod intelligitur quando vxor cohabitat viro, si enim absque viri culpa ab eius consortio recedat, non est alenda à viro, quia debet esse in obsequio viri: *cap. hæc imago, 33. quæst. 5.* quæ enim obsequium debitum non præstat, non est receptura alimenta sibi debita. Hæc autem obligatio non tangit maritum seruum, cùm spectet ad dominum in cuius obsequio est serua vxor, esto cohabitet in eadem domo cum marito libero.

Quoad priuilegia seruorum ex supra traditis ostenditur. In primis: Serui inuitis dominis possunt licitè matrimonio copulari: Cenedus *ad decretal. collect. 88. num. 1.* Flores *ad Gam. decis. 142.* vbi etiam addit posse maritum accusare vxorem seruam: Guttier. *tract. de matrim. cap. 92.* Bonacin. *eod. tract. quæst. 3. punct. 3. num. 7.* Sanchez *de matrim. lib. 7. disp. 12.* Ex ea ratione, quia matrimonium à iure naturali, & diuino, datum est pro remedio concupiscentiæ, & pro propagatione naturæ humanæ. Hoc autem ius non aufertur seruis, imò peccant domini contra iustitiam impediendo positiuè seruos ne matrimonium ineant, aut impediendo maritale commercium inito iam matrimonio, cùm faciant contra ius tributum seruis à natura: Guttier. *d. cap. 92. num. 3.* Sanchez *de matrim. lib. 7. disp. 21. num. 1. & sequentibus,* Basil. Pont. *de impediment. matrim. cap. 23. §. 1. vers. Ex dictis colligitur.*

Constat ergo priuilegium in gratiam seruorum, posse illos inuitis dominis licitè matrimonio copulari: ita etiam *l. 1. tit. 5. part. 4.* Valasc. *de iur. Emphyt. quæst. 37. num. 4. & 5.* Enriquez *in summa lib. 11. cap. 10. num. 4. in medio, de matrim.* & Azor. *Instit. Moral. part. 2. lib. 2. cap. 38. quæst. 4.* Quinetiam posse seruum accusare vxorem seruam adulteram licitè, vt Flores *supra,* & vltra illum tenet Cynus *in l. seruis, C. de adulter.* & ibi Odofred. & Ioan. Faber, quos ibi referens sequitur, dicens hoc esse verum. Consentit ipse Gammá *decis. 142.* incipit: *Blasia quadam.*

Habent item priuilegium serui, ne possint domini impedire seruis ius matrimonio vtendi; nam eo ipso quòd serui habent ius contrahendi matrimonium, habent subinde ius illo vtendi; aliàs inutile esset ius illud. Quare sicut domini iniuriam faciunt seruis, si illis matrimonium impediant; ita etiam si eius vsum: Sanchez *lib. 7. de matrim. disp. 21. numer. 15.* vbi probat ius coniugum potius, ac vetustius esse iure dominorum. Ex dictis inferunt quando vterque coniux sunt in seruitute, aut si alter est liber, & nõ possit commodè alterum sequi, si consensu domini matrimonium fuit contractum, teneri dominum lege iustitiæ non vendere seruum, aut seruam ad partes remotas, vt nequeant matrimonio vti: quia eo ipso quòd præstitit consensum, cessit iure suo; & concesso principali, subinde accessorium fuit concessum: *cap. prudentiam, de officio delegat.* nisi seruus esset intractabilis, & ita male moratus, vt non posset à domino sine periculo proprio, ac rerum suarum domi retineri, neque in oppidis vicinis reperiretur emptor; tunc enim posset vendi in partibus remotis: Sanchez *supra, disp. 22. num. 10.*

Quinimò etiam quando matrimonium fuit initum ignorante, aut contradicente domino, debet dominus sub mortali seruum non vendere in partibus remotis, vbi non datur facultas vtendi matrimonio, si pretium iustum reperiatur in partibus vicinis: Sanchez post alios *dicta disp. 22. à num. 11.*

Secunda difficultas continet, quando matrimonia seruorum sunt valida, & quando nulla? Resolutio sit. Error conditionis seruilis, quando nimirum liber contrahit cum serua; aut libera cum seruo; matrimonium est nullum: Enriquez *in summa, lib. 11. cap. 10. num. 3.* Rebell. *de obligation. iustit. part. 2. lib. 3. quæst. 3. sect. 2.* Sanchez *de matrim. lib. 7. disp. 19. num. 2.* quos referens sequitur Barbos. *in cap. 2. num. 2. de coniug. seruor.* vbi id ampliat, etiamsi seruitus ignorata non sit perpetua, sed ad tempus; vt eo scilicet elapso, in pristinam redeat seruitutem: Sanchez *ibid. num. 3.* Quòd si liber ineat matrimonium ignoranter cum serua, & postea rem habeat cum illa iam manumissa, ignarus tamen manumissionis, non propterea valet matrimonium: ita Sanchez *lib. 2. de matrim. disp. 36. num. 3.* contra aliquos, *ibi num. 2. argumento 5.* relatos, *& lib. 7. disp. 19. num. 5.* Amplia adhuc non valere, secundùm veriorem, quando liber contraxit cum ancilla ignarus conditionis, etiamsi contrahens eo esset affectu, vt si sciret, adhuc contraheret; quoniam non reperitur ibi consensus voluntarius positiuè, & actu, sed tantùm habitu, & animi præparatione. Quod alio modo dicitur quando error conditionis seruilis est concomitans: Sanchez *lib. 1. de matrim. disp. 65. per totam.*

Tertia difficultas, an seruituris ignarus coniux possit propria authoritate quoad thorum recedere, quando seruitus alterius detegitur? Affirmant Basil. Pont. *de impediment. matrim. cap. 23. §. 2.* Nauarr. *in summa cap. 22. num. 33.* Syluest. *verb. matrimonium 8. quæst. 2. d. 10.* & alij apud Sanchez *dict. lib. 7. disp. 19. num. 7.* Ratio, quia hoc occultè, & secluso scandalo fieri potest. Item si matrimonium ita sit occultum vt nequeat probari testibus, nec testimonio libri Parochi, qui amissus est, potest fieri separatio per authoritatem propriam, quoad habitationem, modò non sit scandalum; quia certum est matrimonium fuisse nullum: ita Sotus *in 4. dist. 35. quæst. vnica, art. 2. col. 4. vers. verum verò.* Nauarr. *supra,* Ludouicus Lopez *2. p. Instruct. de matrim. cap. 47.* vbi de impedimento conditionis *col. 8. vers. Porrò solet hic.* Barthol. à Ledesma *dub. 31. de matrim. immediatè ante secundam conclus.* & Enriquez *lib. 11. de matrim. c. 10. num. 5.*

Porrò ambigitur quando matrimonium est notorium? Richard. *in 4. dist. 36. art. 3. quæst. 2.* & Syluest. *supra,* & Enriquez *loco citat.* negant absolutè posse rone propria authoritate recedere, esto seruitus sit notoria: sequitur Nauarr. *d. cap. 22. num 33.* licèt non explicet, si seruitus sit notoria: & probatur *ex cap. Porrò, de diuortiis,* quod de casu notorio loquitur: per cuius textum probatur desiderari Iudicis sententiam, vt licita sit thori separatio, vt per Caietam *in repetition. cap. ad limina, 30. quæst. 1. §. 4. à num. 422.* Castr. *lib. 2. de leg. pœnal. cap. 8. vers. vt igitur,* Cardinalis Bellarm. *in suis controuer. lib. 1. de matrim. vers. secundum est.* Perez *l. 7. Gloss. 1. col. 2. tit. 15. lib. 8. Ordin.* Molia *in Emporio iur. p. 1. tit. 1. quæst. 9. num. 51*

num. 51. Sotus autem, Barthol. à Ledesma, & Ludouic. Lopes, quando matrimonium non est occultum, *vbi supra*, tradunt sequi iudicium Ecclesiæ, si coniux deceptus reclamauerit, quia quamuis notorium esset seruitus, potest esse ignotum an liber habuerit seruilis conditionis ignorantiam necessariò requisitam, vt matrimonium sit nullum, quam liber debet probare.

Aliqui tamen limitant prædictam resolutionem non procedere, vbi tam notoria esset seruitus, vt nulla prorsus tergiuersatione celari posset, nullusque inficiationi esset locus, de qua limitatione in adulterio agit Couar. *de sponsal. & b. part.* 2. *cap.* 7. §. 5. *numero* 22. Petrus de Ledesma *de matrim., quæst.* 62. *ar.* 3. *in fin.* Enriquez *lib.* 11. *cap.* 17. *num.* 2. *& in commento litet.* I. Sanchez *de matrimon. lib.* 10. *disp.* 12. *n.* 13. & priùs *lib.* 7. *de impediment. disp.* 19. *num.* 7. *vers. & ideo breuiter dico*, vbi concludit licitum esse cessante scandalo: sequitur Enriquez *supra*: at quando scandalum non cessat, quia coniux liber non proficiscitur in partes longinquas, sed manet in loco, vbi publicum est matrimonium, tunc vera est sententia dicentium desiderari iudicium Ecclesiæ, nec fas esse propria authoritate abire, non propterea quòd coniugi libero competat probare ignorantiam seruitutis, sed quia id est impedimentum dirimens omnino matrimonium, quod quando datur, non est integrum alteri coniugi propria authoritate discedere; esto sit publicum; quin concedatur alteri restitutio.

31 Quarta difficultas, an quando coniux est dubitans de seruitute alterius, teneatur debitū reddere? Teneri vult Ioan. Andr. *in cap.* 2. *de coniugio seruorum, ad fin.* Butr. *ibidem, n.* 6. Anchar. *num. eodem.* Aleaand. de Nævo *num.* 11. Syluest. *verbo, Matrimonium,* 8. *quæst.* 3. *dict.* 2. 4. *&* 5. Petr. de Ledesma *de Matrimon. quæst.* 45. *art.* 1. *dub.* 2. *ad vltimum prima sententia*, & Sanch. *lib.* 2. *de matrim. disp.* 43. *numer.* 5. *cum sequentib.* Ratio, quia debet conseruare alterum coniugem in sua possessione, ideo debet reddere debitum, cùm existimare debeat alterum in hoc dubio possidere in bona fide, & ita non esse priuatum iure petendi. Quam partem ea Theologis docent etiam Palud. *in* 4. *dist.* 36. *quæst.* 1. *ar.* 2. *n.* 14. D. Antonio. 3. *p. tit.* 1. *cap.* 3. §. 2. Adrian. 4. *de sponsal. dub.* 13. *vers. Præterea tertio, in parua forma fol.* 411. *col.* 2. Ledesma 2. *part.* 4. *quæst.* 54 *ar.* 4. *f.* 473. *col.* 2. *&* 3. Palatius 4. *dist.* 30 *disp.* 1. *f.* 671. *col.* 2. §. *sed quæritur, & dist.* 36. *disp.* 1. *fol.* 797. *col.* 1. §. *per hæc, & fol.* 798. *col.* 1. *vers.* At verò, & Cordub. *lib.* 3 *quæstionar. quæst.* 8. *fol.* 183. *col.* 1. §. *Ex supradictis sequuntur.* Idem Sanch. *d. disp.* 43. *n.* 8. quamuis contrarium, hoc est non teneri hunc reddere debitum, tametsi Ecclesia præcipiat, teneat Abbas *in d. cap.* 2. *de coniug. seruor. num.* 6. Præpos. *numer.* 10. *vers. venio ad secundam.* Couar. *de spon sal. part.* 2. *cap.* 7. § 2. *in fin.* Nauar. *in cap. si quis autem, de pænitent. dist.* 7. *numero* 84. Enriquez *in summa lib.* 1. *cap.* 10. *numero* 6. *& cap.* 15. *num.* 7. Sayr *in claui lib.* 5. *c.* 13. *n.* 40. *in fin.* Gregor. Lop. *lib.* 4 *verbo departir, tit.* 5 *partit.* 4. Sed non est recedendum à parte affirmante teneri scilicet reddere debitum coniugem dubium de seruitute alterius, etiam iudice non præcipiente, nec sibi præiudicium inferre. Quin addo iuxta sententiam, quam tradidit Sanch. *lib.* 2 *de matrim. disp.* 41. *numero* 47. si facta diligentia sufficienti non possit dubius vincere dubium, posse etiam sua possessione etiam petere, neque in hoc coniux dubius sibi nocet, quin possit seruitute detecta ab illo matrimonio resilire, cùm fuerit nullum, nec ratificatum illa copula.

32 Quinta difficultas, an matrimonium liberi cum ancilla, ignorato errore conditionis seruilis, possit conualescere per decennium transactum, ex quo ancilla est in libertate? Affirmat Tiraquel. *de præscription.* §. 1. *gloss.* 4. *vers.* 12. *ex c. penult. de coniug. seruor.* ibi: *Et ipso decennio*: vbi non auditur fœmina dum allegat viri seruitutem, qui probauit decennio se tanquam liberum gessisse, nulla lite circa statum sibi excitata. Nam libertas præscribitur per decennium; imò per quinquennium, vt vult Gloss. *in d. cap. penult. verbo, Decennio, per leg.* 1. *&* 2. *si pater, C. ne de statu defunctor.* Nihilominus quidquid sit de foro externo, vt insinuat Paludan. *in* 4. *dist.* 36. *quæst.* 1. *ar.* 2. *numero* 15. dicendum est in foro conscientiæ non conualescere matrimonium, nisi post libertatem præscriptam accedat nouus consensus, cognita prioris matrimonij nullitate, vt quando ancilla illa esset iam manumissa: ita Palat. *in* 4. *dist.* 36. *disp. vnica, col.* 5. *vers. Porro quidquid, & vers. sequent.* Quod est verissimum vt vult Sanch. *d. lib.* 7. *disp.* 19. *numero* 6. si ante matrimonium initum ancilla iam legitimè præscripsisset libertatem, concurrentibus ad eam præscriptionem cæteris requisitis. Quare valet matrimonium cum liberta, hoc est cum fœmina, quæ fuit serua, & iam libertate donata est: vt tradunt Couar. *de sponsal. b. p.* 2. *cap.* 3 §. 7. *num.* 1. *vers. Primum.* Enriquez *in summa, lib.* 11. *cap.* 10. *numero* 3. *in commento, litera N &* Sanch. *disp.* 19. *supra numero* 10. quos referens sequitur Barbos. *in cap. licet, de coniug. seruor. numero* 10. *ad fin.*

Sexta difficultas, an liber contrahens cum serua ignarus seruitutis, possit detecta seruitute resilire, & quid si ipse postea ad illam accedat? Responsio sit quoad priorem partem, liberum posse cognita seruitute resilire, seruam autem, si velit resilire cogendam esse ab Ecclesia stare matrimonio; quia fuit in culpa deceptionis: sequitur Alexand. de Nævo *in cap. vltim. de coniug. seruor. in fine.* Nauarr. *in manual. cap.* 22. *numero* 33. Enriquez *lib.* 11. *cap.* 10. *numero* 5. Sanch. *de matrim. lib.* 4. *disp.* 15. *numer.* 4. *vers.* 5. vbi etiam resoluit decipientem teneri ante compulsionem stare matrimonio. Quoad posteriorem partem, quando liber contraxit cum serua ignarus seruitutis, accedente postea copula esse validum matrimonium censebatur olim; hodie tamen post Concilium Tridentinum *sess.* 24. *de reformat. matrim. c.* 1. cùm non satis sit per matrimonium præsumptus consensus, nisi nouus accedat inter contrahentes post sublatum impedimentum coram Parocho, & testibus; etiamsi postquam ipse deprehenderit certò eam esse ancillam, & carnaliter ipsam cognoscat, non est compellendus vt illam sicut vxorem maritali affectione pertractet: Ita Spin. *in specul. testam. in gloss.* 15. *princip. numero* 61. Nec iam procedere text. *in cap.* 2. *de coniug. seruor.* Cened. *ad decretal. collect.* 88. *numero* 2. vbi subdit pari ratione, si liber ancillam ducat, quam liberam esse crediderat, quamuis post donatam libertatem cum illa cohabitet, & habeat rem cum illa sicut antea; non dici ex hoc verum matrimonium inter ipsos existere, nisi noua consensus accedat coram Parocho, & testibus; quantumcunque contrahentes se tractent sicut coniuges: quia vbi non est consensus inter personas legitimas, non datur matrimonium, quamuis sequatur traductio, & copula, & mutua cohabitatio: facit Gloss. *in cap. ad nostram, vltim. de coniug. seruor.* & plenè Veracrua *in specul. coniug.* 1. *p. ar.* 29. *vers. dubitatur adhuc*, & Guttier. *lib.* 1. *Canon. quæst. cap.* 18. *ex numer.* 5. *vers. Quarto roboratur.* 33

Septima difficultas circa infidelium matrimonia, an teneantur redire ad vxores post conuersionem, quas priores habuerunt? Hac dere Bulla Pij V. sic habet: *PIVS Papa V. ad perpetuam rei memoriam. Romani Pontificis æqua, & circumspecta prouidentia, ne ea quæ pro salutis Indorum nouiter ad fidem conuersorum* 34

sorum, & conuertendorum sanciri debent, & terminari; alicuius hæsitationis scrupulo subiaceant, declarationibus, & aliis opportunis consueuit prouidere remediis. Cùm itaque, sicut accepimus, Indis in sua infidelitate manentibus, plures permittant vxores, quas ipsi etiam leuissimis de causis repudiant; hinc factum est quòd recipientibus baptismum permissum sit manere cum ea vxore, quæ simul cum marito baptizata existit: Et quia sæpenumero contingit illam non esse primam coniugem, inde tam ministri, quàm Episcopi grauissimis scrupulis torquentur, existimantes illud non esse verum matrimonium. Sed quia durissimum esset separare eos ab vxoribus, cum quibus ipsi Indi baptismum susceperunt, maximè quia difficillimum foret primam coniugem reperiri. Ideò Nos statui dictorum Indorum paterno affectu benignè consulere, atque ipsos Episcopos, ac Ministros huiusmodi scrupulis eximere volentes, Motu proprio, & ex certa scientia, ac de Apostolica potestatis plenitudine, vt Indi sicut præmittitur, baptizati, & in futurum baptizandi, cum vxore, quæ cum ipsis fuerit baptizata, & baptizabitur, remanere habeat tanquam cum vxore legitima, aliis dimissis, Apostolica authoritate, tenore præsenti declaramus; matrimoniúmque huiusmodi legitimè inter eos consistere, sicque per quoscunque Iudices, & Commissarios, quauis authoritate fungentes, sublata eis, & eorum cuilibet, quauis aliter iudicandi, ac interpretandi facultate, & authoritate, iudicari, ac diffiniri debere. Et si secus super his à quocunque quauis authoritate scienter, vel ignoranter contigerit attentari, irritum, & inane decernimus; Non obstantibus quibusuis Apostolicis, ac in prouincialibus, ac in synodalibus Conciliis editis generalibus, vel specialibus constitutionibus, & ordinationibus, cæterisque contrariis quibuscunque. Datum Romæ apud sanctum Petrum sub annulo Piscatoris, die secundo Augusti anno 1571. anno sexto nostri Pontificatus. Hæc ad literam, vt refertur *3. p. coniugiorum specul. conclus. 5.*

Quamuis ergo ex constitutione supradicta colligatur quid dicendum sit ad propositam difficultatem, disputationis gratia ex aliis relicta; Dico primò; de iure infideles ad fidem nostram conuersos, si tempore infidelitatis legitimas vxores repudiarant, ad illas redire cogendos esse, etiamsi iam alias nuptias contraxissent, nisi fortè casus contingat, in quo per conuersionem alterius dirimatur matrimonium initum tempore infidelitatis; vt constat *ex cap. Gaudemus, vers. Qui autem, de diuortiis*, ita Sotus *in 4. dist. 33. q. 3.* Syluest. *verb. Matrimonium 8. quæst. 10. dict. 7.* Gaeta *in repetition. cap. ad limina, 30. quæst. 1. §. 4. num. 427.* & alij, quos referens sequitur Sanch. *de matrim. lib. 10. disp. 1. n. 31.* eòquia secunda vxor non est legitima, nec potest esse talis, dum viuit prior repudiata. Quinimo soluto priori matrimonio nouus consensus requiritur vtriusque, vt secundæ nuptiæ subsistant.

Ex prædicto Motu tamen Pij V. mancipia, quæ ex Æthiopia singulis annis in Brasilicam regionem, seu nouum orbem deferuntur, si baptizantur, possunt transire ad secundas nuptias, viuente adhuc priore coniuge, relicto in Æthiopia, cum quo ob distantiam loci, & ob conditionem seruitutis nequeunt mutua cohabitatione vti: ita Sapientissimus Doctor Pater Ferdinandus Peres *in manuscriptis*, quam partem tanquam magis piam, & magis probabilem, & sequendam amplectitur, eámque probat potissimùm ex diplomate Pij V. Nam in proposita constitutione nullum nouum ius statuit summus Pontifex, neque dispensationem aliquam adhibuit; sed solùm declarauit si infidelis plures vxores tempore infidelitatis duxerat, & postea ad fidem conuertatur, validè matrimonium contrahere cum ea vxore, quæ cum ipso baptizata fuerit; quamuis ea non sit prima, si modo primam reperire non possit. In hoc enim euentu solummodo intelligendum esse decretum summi Pontificis rectè obseruauit Alfonsus de Veracruz, & omnino colligitur ex *cap. Gaudemus. de diuortiis.*

Quod autem hac in re nulla interueniat dispensatio, aut noui iuris constitutio, sed sola antiqui iuris declaratio, patet ex ijs verbis, quibus hac in re summus Pontifex vtitur: *Apostolica*, inquit, *authoritate tenore præsenti declaramus, matrimonium huiusmodi legitimè inter eos consistere*, &c. Non posset autem summus Pontifex declarare hoc secundum matrimonium validum esse, nisi censeret matrimonium in infidelitate cum prima contractum dissolui posse, quando maritus, scilicet ad fidem conuersus primam coniugem reperire non potest; quasi censeat summus Pontifex, quemadmodū in eo euentu, quo coniuge vno ad fidem conuerso, alter habitare cum illo renuit, fas esse coniugi conuerso, soluto priore, secundum matrimoniū contrahere, ne conuersus ad fidem sine coniuge viuere compellatur: Sic idē fas esset, quando is, qui ad fidem conuertitur, non potest eam coniugem reperire, cum qua matrimonium in infidelitate contraxerat, quamuis huiusmodi matrimonium in lege naturæ validum fuerit: quòd si hoc summus Pontifex declarat, certè in casu Æthiopum, de quo *in principio* quæsitum est, videtur idem esse dicendum, cū iis in Brasiliam productis fas omninò non sit propter loci distantiam, & incōmodum seruitutis, vllas reperire coniuges, quas antea cùm essēt infideles in sua patria duxerāt, nec spes vlla sit simul illos viuere posse.

Hanc etiam sententiam Sapientissimi Patris Ferdinandi Perez sequuti sunt ij grauissimi Doctores nostræ Societatis in scriptis priuatis ducti constitutionis Pij V. authoritate, ob quam multo minus reuocari posse in controuersiam certum est, & ostenditur ex verbis illis eiusdem constitutionis, ibi: *quia durissimum esset*. Et rursus ibi: *& maximè quia difficillimum foret primam coniugem reperiri*. Quæ ipsa determinatio est declaratio iuris diuini. Quod constat non esse tantùm, vt occidentalibus Indis cōmgans, verum etiam vt omnibus coniugibus, qui ex infidelitate ad Ecclesiæ gremium veniunt, succurrat. Præsertim quia siue secunda, siue tertia, siue quarta sit, cum qua post primam viuentem Indus iniuit coniugium, nequaquam est vllo modo ipsius vxor vera, aut magis vxor quàm quæcunque alia, quam nunquam nouit: Vnde nullo pacto est maior ratio cum qua secundò, tertiò, aut quartò factum est coniugium, quàm de quauis alia, cum qua nunquam fuit coniugij mentio; & ita inter occidentalem Indum, & Æthiopem Brasiliæ quoad veram vxorem, aut præsentem, aut absentem nullum est discrimen constituendum, sed vterque veram vxorem absentem, & neuter præsentem habet: & hinc est vt Pius V. nequaquam interpretandus sit, vim vllam fecisse ex ea parte; quia Indus plures vxores duxerat, aut quia erat secunda, tertia, aut quarta vxor; sed potiùs ex parte difficultatis, quæ in separatione à non vera vxore, siue aliunde esse potest.

Ex quibus colligitur quoties coniux infidelis inueniri commodè non potest ad consortium maritale, vt accidit in casu Æthiopum, transire posse coniugem conuersum ad fidem ad secundas nuptias: facit *caput, Iudæi, 28. ex Concilio Toletano 4.* vbi statuitur, vt Iudæi, qui Christianas habent vxores (hoc est, quæ ante conuersionem ad fidem contraxerant cum illis)

admo

admoneantur ab Episcopo, vt si cum illis permanere cupiunt conuertantur, alioquin separentur ab illis: & reddit rationem textus, ne scilicet, dum fidelis salutem quærit infidelis, potiùs ipse infidelitatis perditionem inueniat: at verò in eo casu vtique mulier fidelis ita separata ab infideli, qui ad fidem non vult conuerti, transire potest ad secundas nuptias; & ita habet consuetudo Romæ: quod quando aliquis de genere Iudæorum, qui coniugatus erat, conuertitur ad fidem, eo ipso, quod alter coniux interrogatus, non vult conuerti, conceditur conuerso facultas transeundi ad secundas nuptias. Quare cum eadem videatur esse ratio de cæteris infidelibus, fit vt Æthiops coniugatus, qui conuertitur ad fidem, eo ipso, quod alter coniux est inter infideles, neque est spes quod de proximo conuertatur, neque facultas illum interrogandi an velit conuerti propter distantiam loci, & alias circunstantias concurrentes, possit transire ad secundas nuptias. Hæc Doctissimus Mulina interrogatus respondit.

35 Octaua difficultas, an possit summus Pontifex infidelibus impedimenta matrimonij statuere, & an statuta obligent infideles subditos summo Pontifici? Prior pars placet Guillel. Rubeo 4. *dist.* 40. *q.* 2. *in princip. & conclus.* 3. posse scilicet Ecclesiam infidelibus impedimenta matrimonium dirimentia statuere, & proinde irritare inter ipsus matrimonium in gradibus consanguinitatis, quod fidelibus prohibet. Dicendum tamen est non posse aduersùs infideles ea statuere, cùm sint extra Ecclesiæ gremium, atque ideò non ligantur constitutionibus Pontificiis: Innocentius III. *in c. gaudemus, de diuort.* accedẽte Pauli testimonio 1. *Corinth.* 5. *Quid enim mihi de iis, qui foris sunt, iudicare?* Sanch. *de matrimon.* 7. *disp.* 1. *num.* 3. vbi *disp.* 3. *num.* 8. addit posse summum Pontificem, vt est Dominus temporalis in locis suæ iurisdictionis statuere infidelibus impedimenta sibi temporaliter subditis, eò quia veram habet iurisdictionem temporalem supremam in eos infideles tãquam Dominus temporalis eorum: argumento Principis infidelis, qui potest impedimenta dirimentia matrimonium suis legibus indicere (cum id Principibus Catholicis non sit integrum, quia Ecclesia id sibi reseruauit. Sanch. *vbi supra, in vtroque loco,* præsertim *n.* 5.) cùm Sacramenta non sint: ita D Thom. *in* 4. *dist.* 39. *quæst. vnica, art.* 2. *ad* 3. Altensis *summa* 2. *p. lib.* 8. *tit.* 20. *art.* 1. *q* 4. Rosella, *verbo, Impedimentum, impediment.* 9. *num. vltim.* D. Antonin. 3. *part. tit.* 1. *cap.* 6. *vers. tertium punctum est.* Caet. *in d. cap. ad limina,* 30. *quæst.* 1. §. 4. *num.* 435. Vera-Cruz 1. *part. specul. art.* 32. *in probation.* 2. *octaue conclusionis,* Lodouicus Lopez 2. *part. instructor. de matrim. cap.* 52. *col.* 3. *notab.* 1. Emmanuel Saà *summa, verbo matrimonium* vbi de impedimentis dirimentibus, *n.* 18. Vnde fit, infideles illos, qui cum impedimento dirimenti secundum eorum leges coniugium inierunt, cùm ad fidem conuertuntur, iterum debere id matrimonium inire, si in eo velint perseuerare, quia priùs fuit nullum: ita Sà *supra,* Anglez *in floribus* 1. *p. de matrimonio, quæst.* 13. *de impedimento consanguinitatis, art.* 3. *difficult.* 4. Sotus *in* 4. *dist.* 39. *quæst. vnica, art.* 1. *in solutione ad* 3. *in fine.*

6 Nona difficultas, an infideles si matrimonio coniuncti sint in primo gradu consanguinitatis, & postea ad fidem conuertantur, an sint separandi. Dico primò inter ascendentes primi gradus coniugium esse prohibitum, idest inter patrem, & filiam: Valent. *p.* 4. *disp.* 10. *quæst.* 5. *punct.* 3. vbi de cognationis impedimento, *vers. quarto conuenit.* Henriquez *in summa lib.* 12. *cap.* 9. *num.* 3. Reginald. *in praxi fori pœnitent. lib.* 31. *n.* 218. Sanchez *lib.* 7. *de matrim. disp.* 51. *num.* 7. dicens esse irritum iure naturæ coniugium inter parentes, & filios. Quod probatur, quia omnes gentes bene, & doctè solo naturæ lumine instructæ, nuptias inter hos nefandas existimarunt; & Persæ ea connubia permittentes notantur tanquam barbari à Tertulliano *in Apologetico cap.* 9. & à D. Augustino *lib.* 3. *qq. in Leuitic. q.* 61. & à D. Chrisost. *homil. de Pentecost. in fine.*

Quinimò est prohibitum inter collaterales primi gradus coniugium, quales sunt frater, & soror, & ex consequenti irritum iure naturæ inter eos initum: Valẽt *d. quæst.* 5. *punct.* 3. *tit. de matrim. cognat. vers. sed tamen contraria sententia.* Henriquez *d. lib.* 12. *cap.* 9. *num.* 4. & Sanchez *num.* 11. *d. lib* 7. *disp.* 52. vbi *num.* 12. infert infideles matrimonio coniunctos in primo gradu consanguinitatis lineæ transuersæ, quales sunt fratres, separandos esse dum ad fidem conuertuntur, & huiusmodi connubia inter fratrem, & sororem vti prohibita lege naturali; Ecclesiæ, vel Papæ dispensatione permitti non posse, docet Azor *instit. Moral. p.* 2. *lib.* 5. *cap.* 3. *q.* 2. *vers. communis.* Confirmatur ex Innocent. III. *in cap. gaudemus, de diuortiis,* vbi decernitur, infideles conuersos ad fidem non separandos esse à matrimonio contracto in infidelitate in secundo, & tertio consanguinitatis gradu, quòd legibus Ecclesiæ non obligentur. Igitur censuit Pontifex à contrario sensu, si matrimonio coniungantur in primo gradu, separandos esse, quòd is gradus iure naturali ita interdicitur, vt irritet matrimonium iure naturali. Iuuat D. Augustin. *lib* 15. *de ciuitate Dei, cap.* 16. *& lib.* 22. *contra Faustum, cap.* 35. dum censet matrimonia inter fratres, & sorores solo mundi exordio licita fuisse, necessitate generis humani propagandi compellente.

Neque obstat quod dicitur de Abrahamo viro sanctissimo dicente in vxorem Saram sororem suam, de qua ipse *Genes.* 20. ait: *Verè soror mea est, filia patris mei, & non filia matris meæ,* & ita fuisse veram sororem testantur D. Hieronymus *in quæst. Hebraicis in Genes.* Clemens Alexand. *lib.* 2. *stromat.* Caiet. *in verba Genes. proximè citata.* Ex quibus coniici potuit similia connubia inter fratres, & sorores fuisse licita secundùm aliquos: Quia oppositum est dicendum, scilicet, Saram non fuisse Abrahæ sororem, vt constat ex familia Thare patris Abrahæ. Nachor duxit Melcham filiam Aram fratris sui, *Genes.* 11. & Abraham duxit Saram filiam sui fratris Aram, inter quos hodie ob publicam causam inter magnos Principes summus Pontifex solet dispensare in linea æquali, & inæquali, vt inter patruum, vel auunculum cum nepte; & inter amitã, & materteram cum nepote. Cùm ergo matrimonio coniuncti sunt in primo gradu consanguinitatis lineæ transuersæ infideles, dum ad fidem conuertuntur, separandi sunt; quia id matrimoniũ iure naturæ est irritum. Contra verò cùm sit valde probabilis sententia, de qua Sanchez *lib.* 7. *disp.* 52. *num.* 10. docens hoc matrimonium sola lege Ecclesiastica irritari, cui infideles tempore infidelitatis non subiacebant, habet subinde eandem probabilitatem, separandos non esse, dum ad fidem conuertuntur, nisi speciali lege, aut consuetudine eorum tale matrimonium irritetur: vt expressè volunt Ver -! tuz 2. *part. speculi, art.* 22. *conclus.* 2. *& artic.* 25. *pag. antepenult.* §. *ex omnibus istis,* Vega 2. *tom. summ. cap* 34. *casu* 127. *ad fin.* præsertim si ægrè ferant separationem, & ita relinqui possunt in primo matrimonio: Sanch. *supra n.* 10. *& n.* 14. vbi addit in cæteris gradibus lineæ transuersæ infideles matrimonio coniunctos nullatenus esse separandos, vt cauetur *in d. cap. gaudemus, de diuortiis,* eo quòd omnes illi sola lege Ecclesiastica matrimonia irritentur, à qua infideles sunt exempti.

Decima difficultas, an infideles post baptismum possint 37

possint ducere consanguineas proprias intra quartum gradum? Pro solutione notandum est consanguinitatem esse quid naturale, & ideò inuenitur apud infideles seclusa omni lege Ecclesiastica. Nam ex communicatione eiusdem sanguinis sua pte natura manat quædam coniunctio, & amicitia naturalis; atque ita infideles non possunt valido matrimonio copulari post susceptum Baptismum cum consanguineis intra quartum gradum; etiamsi tempore infidelitatis possent vltra primum gradum, eo quòd cum consanguinitas tempore infidelitatis proficiscatur tanquam quid naturale, & ipsi post baptismum manent consanguinei, & iam eo tempore subdantur legibus Ecclesiasticis intra quartum gradum consanguinitatis coniugia irritantibus, nequeunt validè contrahere matrimonium intra illum gradum. Nec obest posse tempore infidelitatis inire matrimonium secluso primo gradu. Quia consanguinitas in vlterioribus gradibus non dirimit matrimonium, nisi solo iure Ecclesiastico, cui non subduntur infideles: Enriquez *lib. 12. de matr. cap. 3. num. 5.* & Nauarr. *lib. 4. cons. in prima edit. de spons. sal. cons. 7. num. 7. & 8. & in 2. edit. tit. de consanguinit. cons. 12. num. 7. & 8.*

38 Vndecima difficultas, an infideles conuersi possint copulari matrimonio cum vxore, quando insidiis, & machinationibus maritum illius occiderunt, quamuis vxor hoc efficeret causa alliciendi infideles spe ineundi cum ipsis coniugium, vt ad fidem fiat reductio? Affirmant Diuus Antoninus *3. part. tit. 1. cap. 5. n. 1.* Syluester *verbo, matrimon. 8. quæst. 9. dict. 1.* Nauarr. *cap. 22. in summa, num. 46.* Antonius Cucch. *lib. 5. instit. maior. tit. 12. num. 87.* Tolet. *lib. 7. summa cap. 6. num. 2.* non posse: quibus accedit Frat. Basil. Ponti. *de impediment. matrimon. cap. 27. vers. sed quæres*, per text. *in cap. 1. de conuersion. infidel.* vbi id expressè probatur, ex ea ratione, quod tale damnum eo lucro Ecclesia compensare noluerit. Magna ergo est contentio inter Scribentes in præsenti, in explicando quomodò potuerit Ecclesia hoc impedimentum infidelibus statuere in pœnam delicti, dum adhuc essent in infidelitate; & quare ea pœna per baptismum susceptum non expirauerit, qui omnino præterita delicta absorbet? Hostiens. *in d. cap. 1. de conuersion. infidelium, num. 1.* Ioan. Andr. *ibi num. 3.* Butr. *numero 2.* & Ancha. *numero 7.* dupliciter respondent. Primò, quia hoc impedimentum conuenit communiter tam fideli, quam infideli mortem coniugis machinanti eius, atque ita etiamsi expiret per baptismum ex parte infidelis, perseuerat adhuc ex parte fidelis. Secundò quia per baptismum peccata extinguntur, & ipsorum pœnæ moriuntur, non tamen impedimenta.

Dicendum tamen est infideli eam pœnam non esse indictam, nec indici potuisse ab Ecclesia, sed solum fideli, vt perpetuò non possit inire matrimonium cum illo infideli, quantumcunque ad fidem conuertatur. Ex quo sequitur si eo tempore, quo id accidit vterque coniux sit in infidelitate, non reperiri adhuc impedimentum, cùm non sit ex natura rei impedimentum, sed tantùm ex lege Ecclesiastica, quæ non arctat infideles, sicut hodie ex Ecclesiæ decisione matrimonium fidelis cum infideli non subsistit, non propter impedimentum infidelis, sed quia fidelis eo impedimento Ecclesiastico arctatur: ita Henriquez *lib. 12. de matr. cap. 14. n. 2.* quem approbat Sanch. *loco proximè citato, lib. 7. disp. 78. num. 3.* vt benè docet Frat. Basil. Ponti. *d. cap. 27. vers. sed quæres.*

Sed quia dubitari potest quid dicendum de infideli interficiente vxorem propriam animo ineundi coniugium cum adultera? Palat. *in 4. dist. 39. disp. vnica, col. 14. fol. 791. vers. Obserua tamen*: respondet illum esse inhabilem etiam post baptismum ad contrahendum cum adultera: *ex cap. 1. de conuers. infidel.* sed meo iudicio fallitur, quare cùm *ibi* sit sermo de infideli, qui ex fidelis consilio coniugem occidit, fidelis reus fuit illius homicidij; idcirco punitur ab Ecclesia ne valeat contrahere, cuius ineundi causa homicidium suo consilio commissum est: at in nostro casu nullus est fidelis, quem pœna Ecclesiastica punire possit, eo quòd adultera illa fidelis non est homicida, nec pœna hæc propter adulterium absque homicidio imposita est: ac proinde adulterium solum non obstat matrimonio contrahendo, vt expressè deciditur in *cap. significasti, de eo qui duxit. & cap. si quis viuente, 31. quæst. 1.* Est autem impedimentum, adulterium cum machinatione mortis alterius coniugis, aut cum fide data de contrahendo post coniugis mortem, vel cum contractu matrimonij de præsenti, cum adultera. Et multo clarius est impedimentum dirimens si adsit homicidium alterius coniugis ab vtraque perpetratum, vel ab vno illorum, insidiis tamen, & machinationibus alterius, animo contrahendi matrimonium etiam sine adulterio: Card. Bellarmin. *lib. 1. de matrimon. cap. 22. col. 2. vers. Crimen autem homicidij.* Vega *in summa, tom. 2. cap. 34. casu 74. notab. 1.* Henriquez *in summa cap. 14. §. 2.* & Matienz. *ad Rubric. tit. 1. gloss. 5. num. 179. lib. 5. noua recopil.* quibus accedit Fratr. Basil. Ponti. *d. cap. 27. de impediment. matrim. vers. Tertius casus*, vbi aduertit, quòd ad hoc tres conditiones sunt necessariæ. Prima vt vterque cooperetur ad mortem siue per se, siue per alium, & satis est quod solùm consilio, aut mandato, ad necem coniugis: Matienz. *dict. gloss. 1. n. 178.* quare non sufficit si alter tantùm sit causa mortis, vel tantùm ratam habeat. Secunda conditio est intentio contrahendi, vnde non erit impedimentum si mors fiat ob vindictam, vel ob aliquam aliam causam. Tertia, vt occisio sequatur ex illorum opere: secùs si ex culpa Medici, aut ex negligentia ipsius percussi; tunc nullum erit impedimentum.

Duodecima difficultas quærit, quando valeat matrimonium infidelium, & quid quando cum pluribus contraxerunt tempore infidelitatis? Quoad priorem partem, responsio sit matrimonium apud infideles esse verum, & legitimum, non tamen ita perfectum, vti inter fideles. Constat ex *1. ad Corinth. cap. 7.* vbi Diuus Paulus consulit conuerso ad fidem, ne ab infideli coniuge diuertat: Sed id illicitum esset, nisi tempore infidelitatis verum contraheretur matrimonium. Probatur ex *cap. de infidelib.* per text. *ibi*; vbi deciditur matrimonium apud infideles iustè, & validè contrahi posse: Sanch. *de matr. lib. 2. disp. 8. & 9.* & *lib. 7. disp. 73. à n. 2. ad 7.* Bonacina *eodem tract. q. 2. punct. 2. n. 2.* Cened. *ad Decretal. collect. 70. n. 2.* Sayr. *de Sacrament. in genere, lib. 2. c. 5. art. 3. vers. Secunda propositio.* Paul. Comitol. *respons. moral. lib. 1. q. 126. vers. Tertia*; Barbos. *in c. Quanto, de Diuortiis, n. 5.* vbi cum Sayro *supra* tradit, quòd si matrimonium inter infideles ineatur, verum esse potest, non tamen inter eos Sacramentum est: dicitur namque à summo Pontifice *in d. cap. Quanto*, huiusmodi matrimonium esse verum, quia est validum, non tamen est ratum, id est non est omnibus modis indissolubile, quia non est Sacramentum. 39

Cæterùm his obstat cap. *Gaudemus, de Diuortiis*, vbi sunt hæc verba, ibi: *Cum Sacramentum coniugij apud fideles, & infideles existat*; Quomodò autem sint intelligenda, variant Doctores, quia Sacramenta non reperiuntur, nisi in Ecclesia: *cap.*

Quia ex sola, 24. *quæst*.1. *cap. Extra Catholicam*, 1. *quæst*. 1. ita vt extra Ecclesiam nullum reperiatur: *cap. plerumque*, 8. *Hinc est*, 2. *quæst*. 7. Ratio est, quia cùm careans baptismate, quod est ianua omnium sacramentorum, *cap. veniens*, *de Presbyter. non baptizat*. Consequens est, vt omnes, qui baptismi gratiam non receperunt, in Ecclesia esse dici non possint. *cap. firmissimè*, *de consecrat. dist*.4. *cap. Maiores*, *de baptism*.

Ex quo circa hunc locum indagant diuersas solutiones Scribentes, nimirùm Couar. *de sponsal.p*.2. *cap*. 1. *§. vnico*, *num*. 4. opinatur Sacramentum coniugij apud infideles existere habitu, non verò actu. Sanchez autem de matrimonio *lib*. 2. *disp*.8. *num*.1. post alios ait, matrimonium infidelium appellari Sacramentum largè, & impropriè, quatenus aliquo modo designat vnionem Christi cum Ecclesia, quamuis impropriè, quia fide carent infideles. Nouissimè tandem Antonius Riccial. *in tr. de iur. Personar. extra gremium Ecclesiæ existent. lib*. 2. *cap*. 1. *num*. 8. duobus modis matrimonium considerat: Primò vt est naturæ contractus, & remedium concupiscentiæ, & vt signum rei sacræ non conferentis gratiam, & hoc modo reperitur etiam inter Iudæos, vt Scribentes *in* 4. *d*.39. *art*.1. vbi Sotus *in* 1.*concl*. Secundo modo ait idem Riccial. posse matrimonium considerari prout Sacramentum a Christo Domino institutum, & hoc modo non reperitur nisi inter fideles, prout probant ea, quæ diximus in confirmationem huius dubij.

Mihi tamen placuit aduertere semper Sacramentum esse nomen generale, de cuius ratione in genere est, saltem quòd sit rei sacræ signum. Cæterùm Sacramenta in genere sumpta in duas partes diuisa sumuntur, nimirum in Sacramenta legis naturalis, & veteris; & in Sacramenta legis nouæ, quæ inter se valdè differre notum est, & tamen vtraque dicuntur Sacramenta, & ita vocantur à Sanctis Patribus, & appellantur à Conciliis; & hoc modo matrimonium infidelium vocatur Sacramentum, non quidem legis Euangelicæ, sed legis naturalis, quia specialiter institutum est, tum quia significat rem sacram, hoc est vnionem inter Christum, & Ecclesiam. & hoc modo sumitur Sacramentum coniugij, *in cap. Gaudemus*. quando dicitur Sacramentum coniugij apud fideles, & infideles existere. hoc est in genere, sed diuerso modo. Apud infideles, scilicet, imperfectum, significans tantum, & non efficiens; apud fideles tamen significans, & efficiens, ac gratiam conferens.

Quoad posteriorem partem quando cum pluribus scilicet contraxerunt tempore infidelitatis, vt solent Æthiopes, & Brasilienses, relictis passim prioribus, & aliis deinde assumptis sine grauamine, & iniuria regulariter priorum, quod etiam fœminæ solent efficere vt ex patribus nostræ Societatis fide dignis apud Brasil. accepi, vbi addunt, ad fidem conuersos contrahere cum posteriori vxore, relicta priore, absque eo, quòd prior ostenderit ex repudiatione sibi aliquam fuisse iniuriam illatam; ita refert in tractatu coniugiorum Brasiliensium, Pater Iosephus de Anchieta vir sanctitate, & pietate insignis, & multis exemplis id probat.

Nihilominùs dicendum videtur quando infideles conuertuntur ad fidem, cogendos esse à matrimonio posteriori tanquam irrito recedere, & ad prius redire, vt *supra* dixi, & vult Sanchez *de matrimonio*, *lib*.10. *disp*.1. *n*.11. vbi loquitur de infideli, qui repudiata legitima vxore aliam duxit. Idem si infidelibus conuersis plures sint vxores, separandos scilicet esse ab omnibus aliis, dempta priori, quæ sola est legitima vxor, deciditur expressè *in c. Gaudemus*, *de Diuortiis*, nam plures habere vxores aduersatur iuri naturæ.

Quando autem prior vxor noluerit fidem nostram amplecti, potest conuersus quamcunque aliam, quæ conuertitur, ducere vxorem, sicut potest aliam personam fidelem sibi elocare in matrimonium: ita D. Thom. ab omnibus receptus, *in* 4. *dist*.39. *q. vnica*, *art*. 3. *ad* 4. & *ibi* Sotus *art*. 3. *ad* 5. dicens cùm nulla alia ex prioribus illis vxoribus, excepta prima, conuersis ad fidem, teneri infidelem illum conuersum celebrare matrimonium, eò quia nulla alia fuit legitima vxor: subditque idem dicendum de Iudæis, quibus quamuis olim vxorum multitudo esset permissa, iam id per legem Euangelicam sublatum est.

Tertiadecima difficultas; an infidelis coniunctus 40
in primo gradu affinitatis lineæ rectæ, sit separandus post baptismum? Respondetur in primo gradu affinitatis lineæ rectæ prohibitum, & irritum esse matrimonium iure naturæ, veluti inter priuignum, & nouercam, vel priuignam, & vitricum, socerum, & nurum, socrum, & generum: Hæc sententia est Diui Thomæ in illud 1. *Cor*. 5. *Omnino auditur inter vos fornicatio*, *lect*.1. D. Antonin. 3. *pars. tit*.1. *c*.11. *§*.1. statim *in principio*, Syluest. *verbo*, *matrim*.8. *q*.15. *dict*.6. Couar. 4. *decret*. 2 *p*. *c*.6. *§*.10. *n*.6. Bellarmin. *lib*.1. *de matrim*. *cap*.28. *paulo post princip. notab*.2. Valent. 4. *p*. *disp*.10. *q*.5. *punct*.3. vbi de impedimento cognationis, *vers. Tertiò controuersia est*. Vasq. 1.2. *q*.74. *art*.8. *disp*.112. *n*.7. Secundùm quam opinionem, coniunctos infideles in primo gradu affinitatis lineæ rectæ, cùm baptizantur, esse separandos est in confesso; quia coniuncti sunt in gradu iure naturæ irritanti: Secus secundùm asserentes affinitatem ex matrimonio ortam in nullo gradu lineæ rectæ, ita prohibere iure naturæ matrimonium, vt illud irritum reddat: ac proinde secluso iure Ecclesiastico in quocunque gradu esse validum, quia id matrimonium solo iure Ecclesiastico est irritum, cui non subduntur infideles: *c. Gaudemus*, *de Diuortiis*, ita, Vera-Cruz 2. *p*. *speculi*, *art*.25. *col. antepenult. vers. Ex omnibus istis*. Henriq. *lib*.12. *de matr*. *cap*.9. *n*.5. & ideò non sunt separandi, cùm baptizantur. Sanch. *lib*.7. *disp*.66. *n*.8. & multò fortius quando affinitas oritur ex fornicatione, id tenendum est, videlicet in nullo cuiuscunque lineæ gradu dirimere eam iure naturali matrimonium, quia ex solo iure Ecclesiastico ea affinitas contingit: Sanch. post alios *disp*.65. *n*.9. & esse certum tradit Petrus de Ledesma *de matrim*. *q*.55. *art*.6. circa primum statum affinitatis, *diffic*. 2. *conclus*. 3.

Decimaquarta difficultas: an infideles ad fidem 41
conuersi, possint diuertere ab infideli ad fidem conuerso propter fornicationem commissam, tempore infidelitatis: Responsio est negatiua. Nec obest si obiiciatur fornicationem tempore infidelitatis admissam occasione data per coniugem innocentem, eo quòd noluerit admittere ad mutuam cohabitationem maritalem volentem illum cohabitare absque contumelia Creatoris: ita Frat. Basil. *de impediment. matrim*. *c*.21. *vers. sunt tamen*. Sanch. *de matr*. *lib*.10. *disp*.5. *n*.8. qui etiam tradit non obstare text. *in c. Gaudemus*, *de Diuortiis*, ibi, *nisi alias fuerit fornicata*. Quia eò tantum pertinet, vt fornicatio patrata tempore infidelitatis non censeatur extincta per baptismum, quoad diuortium faciendum ratione illius. Sequitur Diuus Thomas *in* 4. *dist* 39. *in fine*, vbi meminit huius dubij, negans posse diuertere, quia fuit in culpa infidelis, & causa fornicationis illius: vide tamen rationem apud Sanchez *lib*. 10. *de Diuortiis*, *disputatione* 5. *numero* 8.

Decimaquinta difficultas: an infidelis habens filium, si conuertatur, succedat in maioratu.

Gregor.

Gregor. Lopez *l. 2. verbo, si no el fijo mayor, tit. 25. part. 2.* loquitur de infideli habente iam filium maiorem ex vxore, qui iuxta morem patriæ possidet maioratum, si maritus conuertatur ad fidem, & postea procreent filium alium, tradit primum filium succedere in maioratu, non obstante quòd sit natus in infidelitate, & est argumentum quod filij suscepti ante baptismum habere debent partem hæreditatis; & hoc est verum nisi remanerent in infidelitate; tunc enim priuari debent paterna, & materna hæreditate: *l. cognonimus, C. de hæretic.*

43 Decimatertia difficultas: an possit summus Pontifex statuere vt laicus criminosus fiat seruus, & habeat impedimenta ad contrahendum cum libera? Glossa *in cap. ita quorundam, de Iud. & Sarracen.* docet hoc facere posse: quam latè exornat Nauarr. *ibid. notab. 1. in gloss. 5. & in gloss. penult. n. 15.* addens aliquam seruitutem inductam esse iure Pontificio iuxta Gloss. *verbo, seruos, in d. c. Ita quorundam,* qualis est etiam ea, de qua *cap. De raptoribus, 36. quæst. 1.* vbi raptor vim inferens puellæ fit seruus illius, nisi se redimat; quòd si puella consenserit, & patrem habeat, raptor tenebitur satisfacere Patri, satisfactióque æstimabitur iudicio boni viri. Eodem modo fient serui capientium, qui ad hostes arma portabunt; vt per Menchac. *Illust. quæst. cap. 10. num. 3.* & per text. hunc *in d. cap. Quorundam, ibi: & capientium fieri seruos,* tenet à iure diuino, quasi supernaturaliter homines seruos pœnæ fieri per peccatum: Sequitur Barbos. *in d. cap. Quorundam, numero 11.*

44 Decimaseptima difficultas: an Infidelis ducens fidelem, si ille conuertatur, matrimonium subsistat? Ratio, quia infideles inter se validè contrahunt, & è contra inter fidelem, & infidelem non stat matrimonium, vt est communis: Quinimò inter personam baptizatam, & cathecumenam est irritum matrimonium ex defectu baptismi, qui sacramentorum ianua est, & potest cathecumenus fidem tenere, & esse in gratia: Sanch. post plures *lib. 7. disput. 61. num. 2.* vbi *num. 5.* subdit matrimonium fidelis cum infideli esse iure diuino naturali vetitum, non tamen esse irritum aliquo iure naturali diuino, aut diuino positiuo, sed solo iure Ecclesiastico: Sanch. ibi, *n. 7.* vbi id plenè probat. Vnde sequitur posse summum Pontificem dispensare, vt fiat matrimonium inter fidelem, & infidelem; cùm sit irritum solo iure Ecclesiastico.

45 Hoc posito ad præcipuum dubium, dicendum est infidelem ducentem fidelem, si ille conuertatur, matrimonium valere: Contra verò matrimonium infidelium quantumuis consummatum potest dissolui, si alter coniux ad fidem conuertatur; alter verò in infidelitate perseueret pertinax, aut omnino cohabitationem mutuam negligat, aut nolit habitare sine Creatoris contumelia, vel absque eo, quòd coniugem fidelem ad peccandum mortaliter pertrahat: tunc enim conuersus potest transire ad alias nuptias. Probatur ex *cap. Quanto, de Diuort.* vbi Innocent. III. loquitur his verbis. *Si alter infidelium coniugum ad fidem Catholicam conuertatur, altero, vel nullo modo, vel non sine blasphemia diuini nominis, vel vt eum pertrahat ad peccatum mortale, ei cohabitare volente, qui relinquitur, ad secunda, si voluerit, vota transibit: Et in hoc casu intelligimus quod ait Apostolus: Si infidelis discedit, discedat; frater enim, vel soror, non est seruituti subiectus in huiusmodi. Et canonem, in quo dicitur: Contumelia Creatoris soluit ius matrimonij circa eum, qui relinquitur.* Idem decidit idem Innocentius *in cap. Gaudemus, vers. Qui autem, de Diuortiis.* Sanchez *de matrimon. lib. 7. disputat. 74. numero 4.* Rebellus *2. part. lib. 3. quæstione 10. sect. 1. ex numero 1. ad 8.*

Censebitur item dissolutum matrimonium contractum inter infideles alterutro ad fidem conuerso, tribus concurrentibus; ita vt possit fidelis statim contrahere cum alia: Primum est, cùm infidelis conuersi fidelis respuit conuictum: Secundum, cùm non vult sine iniuria Creatoris cum fideli commorari. Tertium, cùm ex conuictu infidelis permaneret fideli pernicies, atque animi exitium; ita Paul. Comitol. *respons. moral. lib. 1. quæstione 126. vers. Quarta:* Ægyd. *de Sacrament. tom. 2. disp. 26. dub. 5. num. 58.* Bonacina *de matrim. quæst. 3. punct. 7. n. 4.* An autem his tribus concurrentibus sit matrimonium ipso iure solutum? Paulus Comitol. negat tanquam probabilius, sed tunc demum cùm secundum est legitimè in facie Ecclesiæ celebratum. Sequitur Henriquez *in summa, lib. 1. cap. 8. num. 4.* vbi *in commento, litera S.* non approbat opinionem eorum, qui negant sustineri matrimonium secundum fidelis, si infidelis coniux monitus vellet quidem remanere sine iniuria Creatoris, sed non vult conuerti: Bonacin. *prædicto loco, punct. 7. numero 6.* vbi contrarium sequitur.

Quæres, quomodo possit dissolui matrimonium consummatum in his euentibus, an ex iure aliquo Pontificio? Pars negans est certa, quamuis in infidelitate sit initum saltem lege generali. Soluitur ergo ex priuilegio Christi id concedentis in fauorem fidei, quod priuilegium Diuus Paulus explicuit, *1. ad Corinth. 7.* ibi; quòd *si infidelis discedit, discedat, non enim seruituti subiectus est frater, aut soror in huiusmodi;* Ita etiam vult Anglez *in Floribus, 1. part.* vbi *de matrimon. quæst. 10. art. 2. dub. 4. difficult. 1.* Henriquez *lib. 11. De matrimon. cap. 8. num. 4. & lib. 12. cap. 13. num. 5.* Canned. *de Sacrament.* vbi *de matrimon. cap. 7. num. 67. in comment.* Gallego *de cognation. spiritual. cap. 3. num. 71.* Lodouic. Lop. *2. part. Instructor.* vbi *de matrimon. cap. 53. col. 4.* contra Abbatem *in cap. Quanto, n. 5. de Diuort.* & ibi Alex. de Neuo, *n. 9* Palud. *in 4. dist. 39. q. vnica, art. 2. n. 12.* asserentes iure Pontificio matrimonium tunc dissolui, Ecclesia sic interpretante ius diuinum de matrimonij indissolubilitate.

Sed quid si infidelis non vult conuerti, vult tamen cohabitare cum conuerso absque iniuria Saluatoris, & absque periculo peruersionis, aut scandalo, licitane erit cohabitatio ista? Negat Richard. *in 4. dist. 39. art. 2. q. 1.* & Sotus *ibidem, q. vnica, art. 3.* Sed contrarium est verius; ita D. Antoninus *3. part. tit. 1. cap. 6.* Nauarr. *cap. 22. n. 49.* Couarr. *2. part. Epito. cap. 7. §. 4. num. 5.* ex illo Pauli, *1. ad Corinth. 7.* ibi: *Si qua mulier habet virum infidelem, & hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum.* vbi loquitur de mutua cohabitatione quoad thorum. Quod patet ex verbis Apostoli sequentibus; filios eorum immundos non esse, eò quod *infidelis per fidelem sanctificetur.* Interdum namque melius erit cohabitare, quando scilicet probabiliter datur spes conuertendi infidelem. Secus si noluerit cohabitare nisi cum iniuria Creatoris, aut id cedat in contemptum fidei, aut periculum peruersionis, alteriúsve scandali mortalis: tunc enim fidelis tenetur discedere ab infideli: Sotus *in 4. distinctione 39. artic. 3.* Rebell. *supra quæstione 10. sectione 1. numero 3. & 4.* Sanchez *de matrimonio, libro septimo, disputatione 73. numero 13. & 14.*

Decima octaua difficultas; quo iure seruitus ignorata dirimat matrimonium, & an apud infideles habeat locum? Affirmant aliqui iure naturali obstare matrimonio seruitutem ignoratam, nam hæc 46

quæstio dupliciter expediri potest, ac discuti. Primò an seruitus secundùm se præstet impedimentum matrimonio, sicut impotentia ad maritale commercium. Secundò an error seruitutis dirimat matrimonium iure naturali? Certi iuris est seruitutem non esse matrimonio ineundo naturale impedimentum, quia serui inter se, & liberè cum seruis scientes conditionem seruilem validè contrahunt. Quare quæstio est de seruitute ignorata, & quamuis sint qui putent iure naturæ matrimonium esse irritum, eo quod is error omnem auferat consensũ probabilius est solo iure Ecclesiastico irritari matrimonium, quamuis id valdè iuri naturali consonum sit: Ratio, quoniam seruitus non est impedimento absolutè, & simpliciter vsui matrimonij libero, sed duntaxat certis temporibus, nimirum quãdo iustè dominus occupat seruum, quod non aduersatur substantiæ matrimonij, quæ contenta est corporis potestatis absoluta traditione, & onere reddendi debitum, quando non sese obtulerit legitimum impedimentum: Atque ita ex Theologis approbant hanc partem D. Thom. *in 4. dist. 36. quæst. vnica, ar. 1. ad 3.* & *ibi* Durand. *quæst. 1. in solutione ad 2.* Diuus Antonin. *3. p. tit. 1. cap. 3. ad fin.* Sotus *in 4 dist. 35. quæst. vnica, ar. 2. post 1. conclus. vers. dubium autem est*: Ledesma *2. p. 4. quæst. 35. art. paulo post princip.* & *quæst. 54. ar. 1. paulo post princip.* Vera-Cruz *1 part. speculi, ar. 29. paulo post princip. conclus. 1 & 2.* Petrus de Ledesma *de matrimon. q. 52. ar. 1. dub. 1. conclus. 1.* & Ludouicus Lopez *2. p. Instruct. de matrimon. cap. 47.* vbi de impedimento conditionis, *col. 8. vers. Postremo autem.* Ex qua sententia sequitur subsistere matrimonium inter fideles contractum cum errore conditionis, nisi per aliquam specialem legem ipsorum reddatur irritum, quod legibus Ecclesiasticis id irritantibus minimè arctetur, ita Vera-Cruz *conclus. 2.* Bartholomæus à Ledesma *de matrimon. dub. 31. col. 3. §. & annota,* Vega *2. tom. summ. cap. 35. casu* 117. Non est tamen negandum esse satis probabile non valere matrimonium cum errore conditionis initum, sicut est probabilis sententia, quæ vult iure naturæ, coi subiiciuntur etiam infideles, id matrimonium esse irritum; vt post alios tradit Sanch. *lib. 7. de impediment. disp 19. n. 15. & 18.*

47 Decima nona difficultas, an seruitus possit superuenire matrimonio, vendẽte se pro seruo alterutro coniuge. Responsio est affirmatiua in marito: potest enim vir se venundare renitente vxore, quia non subditur in omnibus vxori vir, nisi in iis, quæ ad debiti redditionem pertinent: in cæteris autem maritus est sui iuris: ita Diuus Thomas *in 4. dist. 36. quæst. vnica, art. 3. in corpore, & ad 1.* & *ibi* Bonauentur. *in expositione literæ, num. 5.* Astensis *summa 2. p. lib. 8. tit. 15. ar. 3. quæst. 1.* Sylnest. *verbo, matrimonium, 8. quæst. 2. in fin.* D. Antonin. *3. p. tit. 1. cap. 3. §. 1.* Sotus *in 4. dist. 35. quæst. vnica, art. 3. conclus. vnica,* Petrus de Ledesma *de matrimon. quæst. 52. art. 3. conclus. vnica,* Requiritur tamen vt venditio sit iusta, nempe quod fiat ex causa. Petrus de Ledesma *de matrimonio, quæst. 52. art. 3. in solutione ad vltim.* Non erit tamen peccatum contra iustitiam, quamuis maritus faciat in fraudem, quia iure suo vtitur, nec in vxoris detrimentum cedat quoad debitum coniugale; & in cæteris non est subditus vxori: Sotus *in 4. dist. 35. quæst. vnica, art. 3. ad primum.*

Quoad vxorem, certi iuris est non posse illam, se vendere inconsulto viro, quia vltra mutuam obligationem cohabitandi, & debitum reddendi, subditur viro tanquam capiti in reliquis, quæ ad regimen domus, & familiæ spectant. Atque ita non potest se vendere: ita Sotus *in 4. dist. 35. quæst. vnica, art. 3. ad 2.* Gregor. Lopez *l. fin. verbo, Sacar, tit. 5. part. 4.* Palat. *dist. 30. disp. vnica, quodlib. 14. vers. Quod si etiam,* & Petrus de Ledesma *de matrim. quæstion. 52. art. 3. in 2. argument.* Hæc de iure communi.

Nam de iure Hispano ex *l. Regia fin tit. 5. part. 4.* deciditur non posse maritum se ipsum venderẽ, neĉ venditionem valere, & posse ab vxore rescindi: Gregor. Lopez *ibi, verbo, assabiendas,* per hæc verba: *si por auentura el marido se tornasse sieruo assabiendas por auer razon de se partir de su mugier, non deue valer, ni se departirá el casamiento, antes lo puede la muger de mandar, y sacarle a un de la sierue dumbre se quisiere, y esto es porque ha derecho en el, y porque nace ende muy gran deshonra à ella, y à sus hyos, si los ouiere.* Ita lex.

---

§. IV.

De reliquis quæ spectant ad matrimonia inter infideles iure naturæ, & an inter eos vera sint?

EPITOME.

48 *Matrimonia infidelium an dicantur contracta iure naturæ: & quæ in illis obseruentur.*

49 *Infideles dum sedem mutant, ducunt iterum vxores ex illo loco vbi domicilium fixerint.*

50 *An dentur matrimonia in lege naturæ, inter Indos Brasilienses: & quæ requirantur ad tale matrimonium contrahendum.*

51 *Inter Indos Brasilienses datur differentia inter vxorem & concubinam.*

52 *Inter Indos Brasiles, vt plurimum reperiuntur matrimonia legis naturæ: intendunt enim aliquam ducere in vxorem.*

53 *Intendunt etiam non dissoluere illud matrimonium, & seruare fidem, & suscipere prolem.*

54 *Inter plures Indos Brasilos non est verus contractus matrimonij legis naturæ, ex defectu prædictarum conditionum.*

55 *In dubio pro matrimonio est iudicandum.*

56 *Indi Brasili an licitè tale matrimonium contrahant? Pro negatiua vsque ad num. 60. inclusiuè.*

57 *Quæ sint de substantia & essentia matrimonij.*

58 *Matrimonium vt est Coniunctio maris & fœminæ indiuiduam vitæ consuetudinem retinens, est de remotis conclusionibus iuris naturalis.*

59 *Matrimonium debet esse perpetuum & indissolubile.*

60 *Brasili quot volunt vxores ducere possunt.*

61 *Inter Brasilos Indos matrimonium legis naturæ esse posse probatur ex vocabulis Mariti, Vxoris, & similium, quibus suo idiomate vtuntur: nec solum nomine, sed re vxorem à concubina secernunt.*

62 *Indi Brasili summam propè felicitatem in eo ponunt, vt liberos post se relinquant.*

63 *Antequam ducant puellam in vxorem aliquo tempore seruiunt socero.*

64 *Possunt ducere ex sua lege neptes ex sororibus, sed non ex fratribus.*

65 *Matrimonium est de dictamine legis naturæ.*

66 *Iudæi in veteri lege habebant vera matrimonia.*

67 *Quo iure Iudæi libellum repudij dare poterant.*

68 *Apud*

68 *Apud Gentiles passim repudia locum habebant.*

69 *Inter fideles potest matrimonium contrahi cum animo ingrediendi religionem.*

70 *In matrimonio fidelium si apponatur conditio separationis ab altero coniuge non expressè approbata, an valeat.*

71 *Indi Brasiles matrimonia contrahunt ad modum Turcarum, & veterum Romanorum quoad repudia.*

72 *Matrimonium nullum est si desit intentio debita.*

73 *Quando vterque consentit in matrimonium seu coniunctionem naturalem, si neuter habuerit animum perpetuò manendi in ea, an sit verum matrimonium.*

74 *Dum infideles contrahunt matrimonium, séque inuicem coniuges nominant, taléſque se habent, & habentur ab aliis, an sint separandi, si nulla alia sit lex quæ dirimat tale matrimonium.*

75 *Et quid si tales postea conuertantur ad fidem, an separentur.*

76 *Ad quid fuerit permissum repudium.*

77 *Respondetur sententia eorum qui negant dari vera matrimonia in iure naturali, inter Brasilienses, & num. seqq. vsque ad 82. inclusiuè. Vbi declarantur requisita ad matrimonium contrahendum.*

83 *Si conuertatur infidelis coniugatus altero coniuge in infidelitate permanente, an soluatur matrimonium ipsorum, & possint alias contrahere nuptias.*

84 *Deducuntur rationes ex quibus olim fuerit licitum plures ducere vxores: hodie secùs.*

85 *Apud Indos mortuo coniuge, eius vxores coram Iudice contendebant, vt victrix se flammis addiceret & cum coniuge cremaretur.*

86 *Posteriores nuptiæ prioribus consistentibus iure naturæ sunt interdictæ.*

87 *An summus Pontifex possit dispensare in pluralitate vxorum.*

88 *An ex eiusdem dispensatione vxor pluribus viris nubere possit.*

89 *Contrahentes cum pluribus grauiter puniri solent, non solum de iure Canonico, sed etiam ciuili, & num. 90.*

91 *An ex consuetudine introduci possit polygamia.*

92 *An sicut Hebræis, ita & Gentilibus permissa fuerit polygamia.*

93 *Apud Romanos veteres duas simul vxores ducere fuit in vsu: Idem apud alios, n. 94.*

95 *Artaxerxes, & alij Reges Persarum quot vxores habuerint. Et quid hodie apud Turcas, Mauros, & alias gentes barbaras.*

96 *Quot Salomon Rex habuerit vxores: & an circa illas peccauerit, & n. 97.*

98 *Non licebat Hebræo ducere fœminam gentilem.*

99 *Refellitur Abulensis existimans pluralitatem vxorum etiam Gentilibus fuisse permissam ante prædicationem Christi.*

100 *Pluralitas vxorum an aduersetur fini matrimonij.*

101 *In antiqua lege polygamia permissa fuit ex dispensatione.*

102 *Matrimonium an sit homini naturale.*

48 INterrogatus Pater Balthazar Barreira virtute, & pietate insignis, qui per multos annos in Angola, in conuersione infidelium se exercuit, & postea in Promontorio viridi etiam per aliquot annos versatus tandem obiit; interrogatus, inquam, circa matrimonia gentilium, an inter eos appareret iure naturæ? Respondit sibi esse in
Fragosi Regim. Christ. Reipubl. P. III.
mente vt putaret inter illos non esse coniugia in lege naturæ inita, duabus rationibus. Prima, quia omnes ineunt sub ea conditione saltem tacita, vt quilibet possit separari à prima vxore, quotiescumque voluerit, & ducere aliam, seu alias. Ducitur primò, quia fœminam, quoties vir illius exosam habet, ab ea diuertit, & mittit in domum patris, & retinet reliquas, quas domi habet, aut quærit de nouo alias. Similiter quotiescumque mulier discordat à viro, illum etiam diuertit, & ad domum paternam se confert, paterque tenetur soluere quod maritus pro illa dedit tempore traditionis, & traductionis; & hoc modo vir relinquit quasdam, & alias de nouo sibi assumit instar Domini dimittentis famulos, & assumentis alios, & omnes vocat Vxores. Quod adeò commune est, vt etiam Rex ipse postquam ad Angolam Lusitani delati sunt, tres Reginas respuerit ob nescio quæ grauamina ab illis sibi illata: neque in hoc est discrimen quòd sint priores. Secunda ratio ob quam non videtur inter eos matrimonia iure naturæ inita, est, quia omnes, siue expressè, siue tacitè contrahunt matrimonia simul cum multis fœminis, inter quos idem Rex peragit, quem cæteri Nobiles imitantur, & reliqui, qui re familiari abundant; atque ita non solùm quando deueniunt ad nubilem ætatem, sed etiam in infantili ætate iam in vxores alias puellas assumunt ipsi pueri, dum adhuc vsu rationis carent, quæ simul cum eisdem educantur. Dicit ergo quòd quando ipsi ad vsum rationis ascendunt, & ad ætatem, in qua sibi deliberandum est de eligenda sibi vxore, cum qua in lege naturæ legitimè sit ineundum matrimonium ob consuetudinem, quam habent ducendi illas omnes in vxores, & quia eadem est consuetudo apud omnes, nullam eligunt ex illis in particulari pro vxore, & ita non contrahunt cum hac, aut illa, sed omnes simul assumunt sibi. Nec dici potest esse præcipuam priorem illam, quam parentes illis delegerunt, cùm adhuc non pollerent rationis vsu: quia inter eos id non procedit: quinimò postquam ad virilem ætatem accedunt, & incipiunt domui, & familiæ præesse, superiorem ex omnibus constituunt illam, quæ magis placet, & quæ magis est idonea ad gubernandum: proinde propter aliquam causam si hanc domo eiiciunt aut ipsa ab ipsis diuertit, aliam loco illius eligunt. Id autem quod Nobiles & Grandes expresse tradunt, & peragunt, idem ignobiles & pauperes tacitè assuescunt: eò quia mens omnibus est, quando cum vna contrahunt, contrahere cum omnibus aliis, quæ vxores illorum esse voluerint, qui mos inter illos declarat non aliter matrimonia celebrari solita esse.

Est etiam id commune, & regulare inter illos, 49
qui de vno ad alia loca se transferunt, siue sint liberi siue serui, vbicumque sedem fixerint, ipsos assumere sibi vxores ex eodem loco, & illas maritos. Id autem quod eos inducit ad plures vxores eligendum, est familiæ dignitas, magnaque vtilitas & emolumentum, quod ex ipsis vxoribus recipiunt, nam illæ modò sint nobiles, modò ignobiles, seminant, & metunt, cæterosque fructus recipiunt: atque ita quò plores existunt, eò maiores maritis redditus acquirunt. Nobiles item, & Potentes vltra prædictas vxores aliis quoque vtuntur, quas vocant *Quicumbes*, hoc est, *Concubinas*, quæ loco vxorum inter alias viuunt; sed ita dicuntur, quòd similiæ suarum ancillarum, aut fœminarum suorum locorum.

Ex occasione huius Asserti, quæri potest verùm 50

dentur matrimonia in lege naturæ inter Indos Brasilienses? Pro explicatione huius dubij obseruandum est, tria esse necessaria secundùm communem simpliciter vt contractus matrimonij iure naturæ sit validus. Primum, necessaria est intentio celebrandi matrimonium: hæc autem voluntas aliquo verbo, aut signo exteriori debet exprimi, & ideò quando in vtroque contrahente, vel in altero non datur voluntas contrahendi, aut consensus interior nullo signo explicatur, non dicitur matrimonium, nec censetur tale. Secundum quod requiritur vt sit validum matrimonium iure naturæ, est quòd insit bonum indiuisionis, hoc est animus, seu intentio non dissoluendi vinculum matrimonij. Quare si aliqui inter se ita conueniunt, vt, quoties voluerint, separari possint, & aliam ducere, non datur matrimonium. Tertium requisitum est bonum prolis, & bonum fidei. Fides autem, & proles duobus modis possunt considerari, teste Soto *in 4. distinct. 21. quæst. vnica, artic. 2. post. 3. conclus.* Vno quidem modo in re, & hoc modo non spectant ad substantiam matrimonij; ideò si quis contra bonum prolis re ipsa obstet conceptioni, partui, aut educationi prolis, non propterea dissoluit matrimonium. Eodem modo post initum matrimonium, si quis reipsa non seruet fidem, quia non vult debitum reddere, & accedit ad alienam, non dissoluit matrimonium; sicut etiam non dicitur irrita venditio, dum quis vendit re ipsa, & consentit in venditione, etiamsi habeat animum detinendi rem venditam, aut eam furandi post traditionem secutam: alio verò modo possunt fides, & proles considerari non in re, sed in intentione matrimonij, & isto modo competunt essentiæ: quod patet, quia si contrariæ conditiones ponerentur, matrimonium esset nullum, nimirum si quis contraheret cum hac conditione nunquam reddendi debitum, aut procurandi sterilitatem, matrimonium esset irritum.

51 Supponendum secundò est, inter Indos Brasilicos reperiri distinctionem inter vxorem, & concubinam, non solùm nomine, sed etiam re ipsa; nam si interrogantur de aliqua fœmina ad quam accedunt sitne vxor, vel concubina, respondere solent, est mea vxor, & non est concubina. Item alij sic loquuntur. Ego habeo duas vxores, & totidem concubinas: & familiaritas, & cohabitatio, quam habent cum vxoribus, differt ab ea, quam habent cum concubinis. Ex quibus indiciis, & modis loquendi ostenditur diuersum esse contractum, quo Brasilienses aliquas accipiunt in suas vxores; & alias, in suas concubinas.

52 His positis dicendum est inter Indos Brasilos, vt plurimùm reperiri vera matrimonia inita in lege naturæ, nisi contrarium appareat ex aliqua conditione apposita contra essentiam matrimonij. Ducor primò, quia in illis reperitur prima illa conditio posita in primo fundamento: dum enim accipiunt aliquam in vxorem, habent intentionem contrahendi matrimonium re ipsa cum illa, & non accipiendi in concubinam: simili modo fœmina habet intentionem accipiendi virum in maritum, & non in amasium, & hoc interrogati affirmant. Nec refert quòd inter istos Indos propter eorum ruditatem, nulla sint verba externa, quibus explicent consensus interiores, & celebrent huiusmodi contractus: signa enim externa, quæ inter ipsos inueniuntur, supplent vim verborum, qualia sunt pergere ad venationem, aut piscationem in gratiam soceri, scientes filias id fieri ad hunc finem, vt postea contrahant, & præterea addunt aliqua verba, scilicet; Ego futurus sum gener tuus, da mihi filiam tuam; aut alia verba similia, & postea fit traditio vxoris dicendo: Deduc illam ad tuum locum, & tunc censetur verus contractus matrimonij in lege naturæ: tunc enim fœmina recipit virum vt suum, & accedit ad illum vt suum, & vir etiam accedit ad illam vt ad suam.

Inuenitur etiam secundum bonum matrimonij, 53
idest intentio non dissoluendi illud: nam cùm contraria non apponatur expressè, scilicet; Contraho tecum, vt quocumque tempore possimus separari ab inuicem: censendus est contractus iuxta suam naturam, & vt ius naturæ dictat, scilicet, vt sit animus permanendi in vinculo matrimonij. Nec refert quòd postea leui quadam ex causa eos deserant, & alios accipiant; similiter fœminæ aliquando deserunt proprios viros, quod accidit, quia habent corruptos mores, & prauas consuetudines ab antiquioribus receptas: id autem quod sequitur post initum matrimonium non irritat contractum in suo principio validum, & firmum. Sæpè enim inter fideles eadem fit separatio, nec propterea iudicandum est primum contractum matrimonij non fuisse validum.

Rursus inuenitur tertium bonum, scilicet fides, & proles in intentione: contrahunt enim animo procreandi filios, & reddendi debitum: quod ex eo constat, quia nunquam conditio aliqua contraria apponitur.

Dictum est, vt in plurimùm inter Indos Brasilos 54
reperiri veros contractus matrimonij in lege naturæ: quia non est dubitandum propter nimiam ruditatem aliquos reperiri, inter quos nullus sit contractus matrimonij, vel quia defuit intentio, vel fuit
in animo se separandi. Et quando res fuerit dubia, 55
semper in fauorem matrimonij non solùm inclinandum, sed iudicandum est: ita sapientissimus Pater noster Tholoza Prouincialis quondam Prouinciæ Brasilicæ.

Et quamuis pro contraria parte aliqua proponi possint considerato rudi ingenio Brasiliorum: nihilominus asserendum est dari vera matrimonia in lege naturæ inter Indos Brasilienses. Nec est controuersia an Brasilienses sint capaces veri matrimonij in lege naturæ, quod idem de Indis noui orbis accipe. Hoc enim in quæstionem venire non debet, cùm vera sit in vtrisque natura speciei humanæ, veráque distinctio sexuum, veréque liberos procreent, & propagandi genus humanum studio vacent.

Nefas est autem dicere eos tam necessariæ rei non 56
posse inseruire, neque præceptum illud naturæ, *Crescite, & multiplicamini*, quo proculdubio adstricti tenentur, implere absque peccato. Quod tamen esset fatendum, & asserendum necessariò, si vera inter eos matrimonia esse in lege naturæ non inuenirentur. Haud enim sibi tantum fas esse quisque existimabit, vt dicere audeat eos omnes laborare probabili ignorantia, si putent sibi licitam esse solutam Venerem; vt enim id quibusdam accidere posse videtur ob nimiam ruditatem intellectus, ita illud de omnibus sentire nefas duco. Quod igitur in dubium venit, est, an matrimonia, quæ Gentiles ipsi, siue in Brasilica regione, siue in Hispania noua, vel in Æthiopia inter se suo more contrahunt, vera sint, ac legitima. In contrahendo namque nullis vtuntur ceremoniis, aut ritibus, sed simpliciter parentes tradunt filias adolescentibus sine vlla dote, socerisque seruiunt per tempus aliquod antequam vxores domum traducant: neque id verò semper seruatur. Quæstio ergo in vtramque partem disputanda veniet vt quæ sit verior appareat, simúlque multa congerentur, quæ Gentiles ipsi circa suas nuptias prosequuntur.

Pars

57 Pars igitur negatiua rationibus sequentibus ostenditur. Primu de substantia, & essentia matrimonij est inseparabilitas: ex eo Matthæi 19. *Quod Deus coniunxit, homo non separet.* Quod de matrimonio in lege naturæ est intelligendum, vt constat ex contextu: tum vel maximè, quia matrimonium communiter definitur, & habetur 27. *quæst. 2.cap.1. & de præsumption. cap. illud.* Coniunctio maris, & fœminæ, indiuiduam vitæ consuetudinem retinens: Sanchez *de matrim. lib.2. disp.1. num.2 & 8.* Barbos. *in d.cap. illud, num.6.* Gutierr. *eodem tract. de matrim. cap.39. num.1.* Bonacio. *ibidem, quæst.2. punct.1.* Et experientiâ comprobatur, Indos istos non retinere hanc indiuiduam vitæ consuetudinem: deserunt enim, & dimittunt vxores ad libitum, quoties volunt; aut si sunt steriles, aut deformes, aut ob aliam etiam leuissimam causam domo eiiciunt, & alias accipiunt: ex quo patescit illos non habere in votis neque in animo hanc inseparabilitatem, sed solùm potiùs libidini vacare; cùm matrimonium sit vinculum, quo coniuges vniti sunt; & essentia matrimonij consistit in vinculo illo, quo formaliter sunt coniuges vniti: Enriquez *lib.11. de matrimon. cap.8. num.2.* Sanchez *supra, num. 6.* Et confirmatur ex Augustino relato 32. *quæst.2. cap. solet quæri*, vbi vult non esse dicendas nuptias, vbi animus deest perpetuò manendi: subditque si aliquam sibi quis acceperit ad tempus, donec aliam dignam, seu digniorem honoribus suis, vel facultatibus reperiat, quam in vxorem ducat; animo ipso est adulter.

58 Secundò ex eo constat, matrimonium, vt est cōiunctio maris, & fœminæ, indiuiduam vitæ consuetudinem retinens, est de remotis conclusionibus iuris naturalis, vt omnes fatentur. Diuus Thomas *in 4 dist. 26. quæst. 1* & Richard. *ead. dist. & quæst. ad 2.* Vnde quia quantum ad has conclusiones, ius naturæ, imò lumen naturæ est nimis obtenebratum in aliquibus hominibus, de quibus loquimur, & veluti extinctum, cùm vix apud eos vestigium sit huius luminis; carent enim religione cultûque diuinitatis alicuius, nec legibus, litteris, & artibus sunt exculti; dediti tantùm potationibus, ingurgitationibus, bellis, carnium humanarum esui, & similibus assueti: ergo si carere legitimis nuptiis alicui Nationi tribuendum est propter lumen naturæ offuscatum, huic Nationi maximè debet attribui, in qua lumen naturale non solùm reperitur obscuratum, sed penè obcæcatum, ne dicam extinctum.

59 Tertiò, matrimonium debet esse perpetuum, & indissolubile, ergo nequeunt coniuges pro libito separari: Nam si libera esset coniunctio, & vagus concubitus, esset incerta proles, & ex incertitudine tepesceret amor, & educationis cura: D.Thom. 3. *contra gentes cap.* 12. dicens esse contra ius naturæ vagum concubitum, & peccatum mortale. Hinc Philosophus 2. *Politicor. cap.* 2. carpit Platonem, & Socratem, dicentes vxores debere esse communes ad maiorem hominum vnionem. Quare si concedatur pro libito separatio, non potest esse bona prolis educatio, quæ hominem deceat; nam cùm homo nascatur rudis, & indoctus, nisi parentum curæ, & diligentia ea doceatur, quæ œconomiæ tum domesticæ, tum politicæ conueniunt, nihil à belluis distabit. Huic autem rei multum temporis est necessariò dandum: cui si addas congressum vnius cum fœmina non esse certum, & determinatum, vt in cæteris ferè animantibus; colliges profectò virum, & fœminam qui ad procreandam sobolem secundùm rationem coniúguntur, perpetuo vinculo matrimonij ligari. Sed in istis Brasilis, & similibus non viget hoc studium procreandi scilicet liberos, aut educandi ad hanc normam, & ad hunc finem; ergo non datur ratio, quæ cogat fateri inter eos esse vera matrimonia.

Quartò iuuat pro parte negante consuetudo coniungendi sibi tot, quot volunt vxores aut possunt, pro ratione sui status, quibus omnibus pari affectu vniuntur; imò aliquando prioribus repudiatis cum posterioribus viuunt: atqui constat posteriores esse concubinas, non autem vxores; ergo nec priores vxores erunt, quandoquidem omnibus eodem sunt animo, & eadem intentione coniunctæ. Accedit quòd pater ipsius puellæ eam ex leui causa aufert ab adolescente, cui tradiderat filiam in vxorem, & alteri eam tradit: quod minimè conuenit contractui matrimonij in lege naturæ. 60

Argumenta, quibus ostenditur posse dari matrimonia in lege naturæ inter hos Indos celebrari solita.

OStenditur primò ex vocabulis, seu nominibus, quibus vtuntur: peculiaribus enim vocibus significant Maritum, Vxorem, Socerum, Generum, peculiariaque habent vocabula reliquarum affinitatum. Vocabula autem signa sunt interiorum conceptuum. Concipiunt ergo virum sub ratione mariti, & fœminam sub ratione vxoris. 61

Distinguunt præterea vxorem à concubina, idque multis rationibus. Primò nomine; quod diuersum est omninò ab eo, quo significant vxorem, vt & apud nos. Secundò re; interrogati enim de aliqua fœmina cum qua rem habent, an sit vxor, vel concubina: respondent, vxor est, vel non est, sed concubina. Illæ etiam interrogatæ respondent, vir meus est, vel non est, sed amasius. Quod idem alij faciunt, qui eos nouerunt. Tertiò, vsu ipso: Nam neque congressus, neque cohabitatio cum concubina est publica, vt plurimùm; at cum vxoribus publicè cohabitant, publicè alunt, liberósque ex illis natos, de qua re nullo modo verecundantur. Quartò, pro vxoribus, si bello captæ ab hostibus abducantur, acriùs, & vehementiùs pugnant, quàm pro aliis quas ipsi vocant concubinas. Quintò, quia distinguunt fornicationem simplicem ab adulterio, maiorémque culpam in eo agnoscunt, cùm inter eos thorus alienus maculatur. Sextò, quia cùm quædam fœmina moueretur, vt ante sacri Baptismatis susceptionem peccatorum pœniteret, quæ commiserat, & congressuum, quos habuerat cum eo, cum quo suo modo erat matrimonio coniuncta: respondit se nec posse, nec debere illorum pœnitere, cùm non cum alieno, sed cum proprio viro rem habuisset. Quod certum signum est illam non se concubinam, sed vxorem existimasse. Septimò, quia non ita horrent filij commisceri concubinis patris, vt horrent commisceri vxoribus. Octauò, quia zelotypia aduruntur viri pro vxoribus, & interdū quidem vehementi vsque ad earum necem: non sic autem pro concubinis, etiamsi aliis dicantur fuisse mixtæ.

Tertiò, quia summum ferè fœlicitatis in eo ponunt vt liberos post se relinquant, qui in eorum locum succedant, parentúmque memoriam conseruent. Subindéque impensè curant, vt liberi sint certi; & non dubij: id autem, in communi loquendo, & vt plurimùm fieri non potest sine certa lege matrimonij; qua hæc fœmina teneatur fidem seruare huic viro: ergo dicendum non est eos viuere sine fœdere nuptiarum. 62

63 Quartò, quia cùm quis filiam alicui in vxorem locat, tenetur gener iuxta gentis morem, socero, aut socrui seruire, vt Iacob seruiuit Laban pro Rachele, & Lia: quod vt melius præstet, transit in soceri domum, saltem per tempus aliquod. Id autem satis vrgentem facit coniecturam, matrimonia, quæ suo modo ineunt, vera esse.

64 Quintò, quia ex lege quam inter se ratam habent, & firmam, neptes ex sororibus sunt veræ, & legitimæ vxores, auunculisque suo iure debitæ, cùm interim nefas ducant neptibus ex fratribus patruos coniungi.

65 Sextò, matrimonium est de iure naturali, seu de dictamine iuris naturalis, quod dictat matrimonia esse ineunda ad procreationem sobolis: cùm igitur hoc dictamen naturæ insit; non est absque vrgentissimis rationibus: & qui oppositum vehementer suadeant asserendum, ostendere debent dari aliquam integram Nationem hominum, inter quos non celebrentur vera matrimonia: præsertim cùm tanti referat virum ab vxore separari, & aliam coniungere.

Huiusmodi autem rationes, quæ id probent in hominibus Brasiliensibus, non huc vsque apparuerunt. Nam prima earum, quas attulimus pro aduersa parte, quæ omnium videtur potentissima, non id probat sufficienter.

66 Primò, quia Iudæi in veteri lege habebant veræ matrimonia vt ex tota serie Scripturarum constat; qui tamen passim vxores repudiabant; nec intendebant perpetuò manere cum vxoribus; imò ducebant eas interim existimantes se posse vti lege repudij, quoties causa intercessisset: Ergo animus perpetuò commanendi non est necessarius in contrahentibus, quantumcunque demus inseparabilitatem suapte naturæ inesse matrimonio.

67 Si dicas diuina dispensatione factum esse, vt repudium Iudæis liceret, & ex consequenti vt matrimonia valerent, quamuis cum spe concepta repudij celebrarentur; Non effugis: tum quia communior est Patrum, & Theologorum sententia, quæ ait Iudæos peccasse vxores repudiando, vt videre est apud Sotum *4. dist. 33. q. 1. art. 2.* quod & apertè explicatur à Diuo Augustino *lib. 19. contra Manichæos, cap. 26. & 29.* & à D. Thoma *3. contra gentes c. 123. in fine, & 1. 2. q. 105. ar. 4. ad* 8. & alibi sæpè. Tum quia post promulgationem Euangelij absque dubio peccant viri vxores repudiantes, vt Abulensis probat *in Matth. 19. q. 62.* Cum lex vetus, vbi dispensatio (si dispensatio dicenda est) continebatur, expirauerit; & tamen matrimonia inter illos celebrata, etiam spe concepta repudij, sunt vera, & legitima. Quod inde comprobatur, quia si ille ad fidem conuertatur, & vxor quã primò duxit velit habitare cum illo absque Creatoris contumelia, eam cogetur ducere, si contrahere velit, etiamsi illa repudiatâ aliam superinduxisset; vt dicitur *cap. Gaudemus, de diuortiis,* quod iustum non esset, si matrimonium primum verum non fuisset.

68 Secundo, quia Gentiles plerique, aut omnes, vtebantur passim repudiis, apud quos nec negamus, nec negare debemus, imò nec possumus, veræ fuisse matrimonia: vt apud Ægyptios, Turcas, Mauros; imò verò apud Romanos, qui omnium habiti sunt iustitiæ naturalis colentissimi, quibus licebat non sola consuetudine, sed etiam lege, non tantùm Iureconsultorum, sed etiam Christianorum Imperatorum, vxores ab se abiicere, & alias admittere. De qua re Sotus. Quinimo tempore Augustini, lege communi licebat, & vxorem repellere quam quisque habebat, & aliam accersere absque vlla pœna, vel nota; licèt non absque culpa propter legem Christi; vt ipse apertè significat, *de nuptiis, & concupiscent. lib. 1. cap. 10.* Ergo non est cur in his hominibus Brasiliensibus vera matrimonia negemus, quod, vnâ vel pluribus repudiatis, alias adsciscant.

Tertiò, quia etiam inter fideles potest quis contrahere cum animo ingrediendi Religionem ante consummationem, si Spiritus Sanctus suggesserit, vt dicitur *in cap. ex publico, de conuers. coniugat.* imò *in cap. commissum, de sponsalib.* dicitur, tutius esse eum, qui iurauit aliquam ducturum, & vult Religionem amplecti, priùs eam ducere, & postea ingredi. Ex quo colligitur matrimonium illud esse validum; (tenebitur tamen relicta expectare ipsius professionem vt ad alias possit transire nuptias) quamuis contrahens animum non habeat permanendi cum vxore, sed ad Religionem transuolandi, quidquid sit de culpa: de quo Sotus *4. dist. 27. quæst. 2. art. 5. & dist. 38. q. 2. ar. 1.* Nam si matrimonium non teneret ea intentione contractum, nullo modo Papa respondisset tutius esse illud contrahere; nec Scotus assereret ita esse faciendum, vt Sotus refert. Idem asserit Martin. Ledesm. *a. 4. quæst. 48. art. 1.* 69

Quartò, si fideles contrahant apposita expressè per alterum conditione separationis, & per alterum non expressè approbata, valet matrimonium iuxta communem doctrinam Canonistarum, & Theologorum, vt refert & sequitur Syluest. *verbo, matrimonium, 4. §. 5. & 6.* Ergo potiori ratione valebit, si conditio à nullo exprimatur, quamuis vterque separationem intendat. Quòd si matrimonium inter fideles sic contractum valet, quis audeat dicere inter infideles eodem modo contractum non valere. Cum igitur homines Brasilienses nihil de separatione pacisicantur, non est cur inter eos vera matrimonia esse non possint; maximè cùm separationem nunquam videantur actu intendere, cùm primùm aliquã in vxorem accipiunt: quamuis postea separationem faciant, cùm se occasio obtulerit: & præterea, quia miseræ fœminæ, quidquid sit de viris, nunquam in eam separationem consentiunt. 70

Hæc mihi occurrunt pro vtraque parte. Posterior tamen mihi magis placet, cùm hi homines sua matrimonia contrahant ad modum Turcarum, Maurorum, imò & Romanorum, quantum ad repudia vxorum attinet. Nam in cæteris ceremoniis, quæ parum ad rem faciunt, longè aliter se habent: quæ in præsentiarum totam ingerunt difficultatem, non video cur horum matrimonia debeant reprobari, cæteris ab Ecclesia, & omnibus, probatis. Quapropter per tres conclusiones rem expediam, propositis tribus quæstionibus priùs. 71

Prima quæstio sit, si voluntas aut intentio desit contrahendi in vtroque, vel altero, nullum est matrimonium. Hæc quæstio, siue conclusio est clara, neque indiget probatione. 72

Secunda quæstio, vtrùm quando vterque consentit in matrimonium, id est, in eam coniunctionem, ex qua licitè, & via à natura, Deóque auctore naturæ concessa proles sequi possit; quamuis neuter animum actu habuerit perpetuò manendi in ea coniunctione, verum est matrimonium? Sit secũda conclusio affirmatiua. Quod intelligo modò conditio separationis non sit ab vtroque expressè concessa: tunc enim solùm ea conditio impedimentum est dirimens matrimonium. Conclusio hæc manifesta manet ex his, quæ dicta sunt superiùs in refellenda prima ratione. Sed probatur præterea: quia tam essentialis est voto obligatio implendi, quod voto promissum est, quàm matrimonio inseparabilitas, seu obligatio perpetuò commanendi: sed siquis habet animum promittendi aliquid Deo, verè vouet, verúmque est votum; quamuis 73

uis animum habeat non se obligandi; vt Caietan. 2. 2. *quaest.* 88. *ar.* 1. assent, & eum sequutus Nauarr. *cap.* 12. *num.* 27. & alij. Ergo qui animum habet contrahendi matrimonium verè contrahit, veiúmque est matrimonium, quamuis animum habeat non perpetuò manendi. Vnde sicut ille obligatus manet ad implendum: ita hic manet obligatus ad perpetuò manendum, quia vtraque obligatio est essentialis vtrique: & sicut contra ius faceret diuinum, qui votum non implet, quia votum est de iure diuino; ita contra ius naturale facit, qui repudiat vxorem, quia matrimonium est de iure naturali.

74 Tertia quaestio, vtrùm quando quis inter infideles accipit aliquam in vxorem, & illi se coniuges nominant, & vt coniuges se habent, & tales habentur ab aliis, sint separandi, si illa sit prima vxor, & nulla sit alia lex, quae dirimat matrimonium inter eos, eo modo contractum? Conclusio tertia negat; quia cùm hic nihil desideretur ad iudicandum verum esse matrimonium, nisi notitia intentionis contrahendi; & illa, quòd interna sit, soli Deo pateat, non est curdetur separatio; quamuis ipsi asserant se non habuisse intentionem contrahendi: vt tradit Syluest. *Matrimonium* 4. §. 1. maximè si varij sint, & mutabiles ingenio, & in respondendo inconstantes, quales sunt omnes Brasilienses, praesertim infideles.

75 Ex quo sequitur, quòd si qua mulier, quae dicit se habere maritum séque solam esse vxorem, vel esse primam, conuertatur ad fidem, non potest alteri copulari in matrimonium, si suus vir habitare velit cum illa absque cõtumelia Creatoris. Item si quis vir conuertatur ad fidem, non potest matrimonium inire nisi cũ illa, quã primò duxit vxorem, etiamsi eã repudiatã, alteri sit coniunctus: modò prima velit habitare cum illo absque Creatoris iniuria. Quod si ambo fideles fiant, ante matrimonium in fide contractum, cogendi sunt in pristino matrimonio manere; vt habetur *in cap. Gaudemus, de diuortiis*. Dico autem hos cogendos esse redire ad primas vxores, quia non sunt adeò rudes, & irrationabiles vt putent eis licere repudium; eo enim admisso matrimonia posteriora tenerent; vt hi asseuerant, qui repudium Iudaeis dicunt licuisse, quidquid sit de lite super hac re inter Abulensem *in Matth.* 19. *quaest.* 47. & *quaest.* 48. qui ait posse licere repudium Gentilibus, & Sotum 4 *dist.* 33. *q.* 1. *ar.* 2. qui illud mordicùs negat.

76 Sed tenera dici potest repudium fuisse permissum non tanquam licitum, sed tanquam minùs malum, ad euitanda maiora: vt per Couar. *de sponsal. part.* 2. *cap.* 7. §. 5. *num.* 4. Tiraquel. *l.* 9. *Connubial. numero* 5. Nauarr. *consil.* 3. *in fin. sub titulo, de conuers. coniugat. in nouis*, Petrus Gregor. *Syntagm. Iuris p.* 2. *lib.* 9. *cap.* 16. *num.* 1. & *p.* 3. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 20. Sed probabilius est vt alibi diximus repudium fuisse licitum Hebraeis, Deo dispensante in lege naturali, cui repudium aduersabatur: vt per Gaetam *in repet. cap. ad limina*, 30. *quaest.* 1. §. 4. *numero* 13. Vera-Crux *p.* 2. *specul. ar.* 10. *conclus.* 1. Petrus de Ledesm. *quaest.* 68. *ar.* 3. *conclus.* 1. & 2. Enriquez *lib.* 11. *cap.* 8. *num.* 3. Doctor Barbos. *in Rubric. ff. solut. matrim. cum sequentib.* Sanch. *de Matrim. lib.* 10. *disp.* 1. *numer.* 5. quos referens sequitur P. Augustinus Barbos. *in d. cap. Gaudemus, de diuort. n.* 17.

77 Superest vt respondeatur argumentis pro parte negante, inter Brasilienses non dari vera matrimonia in iure naturali. Dicitur ergo primò, illam diffinitionem Matrimonij intelligi à Magistro *in* 4. *dist.* 27. & Syluestro cum aliis, quos refert, & sequitur Armilla, de matrimonio fidelium consommato, quod solum veram habet, & absolutam inseparabilitatem. Secundò dicitur inseparabilitatem essentialem esse matrimonio: at non esse de essentia illius animus perpetuò manendi actu habitus, dum contrarior, vt ex superioribus constat; sicut obligatio adimplendi votum essentialis est voto: at non intentio actualis, dum fit, adimplendi illud, vt dictum est. Tertiò dicitur, homines Brasilienses pessimè facere, dum irritum praecedens matrimonium existimant, repudiando vxores contra ius naturale, quod nullo modo est credendum, nec faciendũ iuxta ea quae tradit Syluest. *Matrimonium*, 8. §. 10. *dict.* 7. Quòd si homines supradicti non haberent matrimonia vera, dicendum esset necessariò eos rectè facere, & quod decet viros istos repudiando vxores; quia illud esset concubinas expellere: quod non est fatendum.

Ad confirmationem ex Diuo August. primam, dicitur iam explicatum esse, quomodò intentio non perpetuò manendi sit impedimentum essentiale matrimonij, si nimirum separatio in pactum deducatur, & ab vtroque expressè approbetur. Quod fortassè in matrimoniis infidelium adhuc locum non habet, cùm lex sit Ecclesiastica, quae non iudicat de his, qui foris sunt, & ita inter infideles, qui animum habeant matrimonium contrahendi, quantumcumque inter se de separatione expressè conueniant, non auderem de nullitate matrimonij sententiam ferre. Ad secundam respondetur eum loqui de eo, qui aliquam accepit non animo contrahendi, sed libidini vacandi, quem clarum est non esse coniugem, iuxta primam conclusionem. Quod autem de eo loquatur, patet ex vltimo verbo, *maritale consortium*. 78

Ad secundam rationem dicitur, ibi loqui Platonem de hominibus quibusdam, qui vxores habebant communes, nec certos quisquam inspiciebat liberos; quem modum nuptiarum certum est non habere imaginem matrimonij. An verò illud ex obscurato lumine naturali prodierit, non adeo est clarum, cùm Plato ad maiorem ornatum Reipublicae à se excogitatae, & institutae, vxores debere esse communes decreuerit. Hi autem homines Brasilienses vxores habent proprias, quas nulla ratione patiuntur aliis esse communes, & molestè ferunt iniurias in hac re sibi illatas, & liberos proprios inspiciunt, quibus maximè recreantur, nec sunt tam agrestes, vt ratione non polleant sufficienti ad matrimonium contrahendum. 79

Ad tertiam dicitur, quòd sicut educatio filiorum apud hosce homines non probat sufficienter dari inter eos vera matrimonia, ita nec probat non dari: quia filiorum educatio vt homines decet, non est de prima intentione matrimonij, sed de secunda, quae si desit, dicitur ornatus quidam ipsi matrimonio debitus, non tamen continuò matrimonij substantiam abolenit; quin apud Sueuos Germanorum fortissimos eadem viguit inculta filiorum educatio; vt testis est Caesar 4. *lib. de bello Gallico*, quibus tamen non negantur propterea vera matrimonia. 80

Quarta ratio nihil facit, cùm repudium sit contra legem naturae, nec inanē reddit praecedens matrimonium. Quod autem matrimonium cum secunda contractum non valeat viuente prima, non facit defectus intentionis ad contrahendum, sed quia pluralitas vxorum non est licita absque dispensatione. 81

Quinta etiam ratio etiam parum valet, facit enim socer contra ius naturae auferendo filiam genero, cui primò eam tradiderat, vt fecit Saul auferendo Michal à Dauid, cui primò vxor fuerat data, 1. *Regum* 18. & tradendo eam Phalti, 1. *Regum* 25. optimóque iure eam Dauid quamprimùm potuit, repetiuit: 2. *Reg.* 3. Libuit hoc loco adiungere duas has responsiones sapientissimorum Patrum Prouinciae Brasilicae; ex quibus ostenditur quid ipsi existimauerint circa matrimonia Indorum Brasiliensium. Nunc autem pro corona adiiciam aliquas quaestiones spectantes ad matrimonia infidelium post conuersionem, 82

Qua

Quæritur ergo quando finiatur matrimonium fidelis, relicto coniuge infideli, ita vt ad secunda vota possit transire.

83 SIt prima resolutio. Quando conuertitur infidelis, altero in sua infidelitate permanēte, non propterea solutum matrimonium antea contractum cum infideli, vt habetur *in c. gaudemus, de diuortiis*, donec fidelis ad alias nuptias trāseat: habet tamen antequā transeat ad secundas nuptias ius dissoluendi coniugium in tribus casibus. Primò si infidelis cum ipso cohabitare nolit. Secundò, si velit, sed cum Saluatoris contumelia. Tertiò, si manendo coniugem inducat adhuc ad discessum à fide, vel ad peccatum mortale: Sanch *de matrim. disp. 74. n. 5.* vbi primùm tamen fidelis ad alias nuptias conuolauerit, tunc solutum est matrimonium cum infideli, ita vt generatio vnius sit corruptio alterius: vt per Couar. *de sponsal. 2. p. 2. c. 7. §. 4. n. 5.* Nauarr. *in Manual. c. 22. n. 49. & cons. 1. n. 6. & 9. & cons. 2. n. 5. in antiquis, & cons. 1. n. 5. & cons. 3. n. 6. & 9. in nouis, sub tit. de conuersion. infidel.* Emmanuel Sà *in summ. verb. matrim. tit. de impediment. diriment. n. 8. vers. cōuersus ad fidem*, Enriquez *in summ. lib. 11. c. 8. n. 4.* Frat. Basil. *de impedim. matr. c. 21. vers. sed explicandum, p. 171.* & alij, quos referens sequitur P. August. Barbos. *in d. c. gaudemus, n. 18.* quibus accedit Rebell. *2. p. de obligat. iustit. lib. 3. q. 10. sect. 2. ex n. 5. ad 8.* vbi de hac re satis.

Cur olim licitum fuerit plures habere vxores, nunc autem non sit integrum?

84 REspondeo veteres Patres legis antiquæ pluribus vxoribus coniunctos culpæ fuisse immunes, Deo cum illis dispensante; & quod gentiles olim vicini excusari videbantur, quando ex ignorantia vnus plures ducebat: quod tamen per se nunquam licuit, nec illis datum fuit hoc priuilegium à Deo. Cæterùm iam in lege Euangelica huiusmodi dispensatio non est in vsu, nec solet concedi à Christo Domino reducente, *Matth. 19.* matrimonium ad primæuum statum, in quo vnica vxor tantùm licebat. Quamobrem nec fidelibus, nec infidelibus integrum est hodie vti polygamia, quæ iure diuino Euangelico, naturali & humano prohibita est. Hæc omnia colliguntur ex Cardinali Bellarmino *lib. 1. de matr. c. 11. propositon. 3. & 4.* Valent. *p. 4. disp. 10. q. 1. punct. 3.* Enriquez *in summa lib. 12. c. 6. n. 2.* Tiraq. *l. 7. Connubial. gloss. 1. p. 7. n. 80. cum seqq.* vbi adducit plurium gentium testimonia, quæ plures habent vxores: & rursus plures, quibus non permittitur: Menoch. *casu 420. de arbitrar. n. 2. cum seqq.* Gutier. *de matrim. c. 106. n. 2.* & alij, quos refert Sanch. *lib. 7. disp. 80.* Farinac. *in praxi criminal. p. 5. q. 140. n. 2.* Sapientissimus F. Ludouic. de Soto maior ex sacra Prædicatorū familia in Academia Conimbricensi insignis sacrarum literarū interpres *super Cantica Canticorum c. 6. in verbo, sexaginta sūt Reginæ, p. 1091.* Frat. Basil. Pont. *de impediment. matr. c. 13.* Bonac. *eod. tr. q. 3. punct. 10. à princip.*

85 Sunt ergo ea gentilibus olim, qui vxores plures ducebant, præsertim Indi: hæ autem mortuo marito apud grauissimos Iudices contendebant, & quæ in amore ipsius victrix existebat, læta se flāmis addicebat, & cum illo cremabatur; Reliquæ verò cum tristitia, & mœrore in vita remanebant. Similiter Pomponius Mela *lib. 11.* scribit Thraces plures vxores singulos habuisse; quod & tradit Euripides *in Andromache*, Heraclides *in Politicis*, & Solinus *lib. 11. c. 15.* vbi subdit hos vxorum numero se iactare, & gloriari, & honoris loco multiplex coniugium ducere. Vide cætera apud Tiraq. *supra n. 21. & 22.* hac de re, sed de gentilibus *infra n. 92. & seqq.*

Hodie autem posteriores nuptiæ prioribus consistentibus iure naturæ sunt interdictæ, & ex consequenti pluralitas coniugum in nullo euentu conceditur, & ea quidem veritas tanquā Catholica præmittenda est: sunt enim in lege Euangelica prohibitæ iure diuino, & ideò non est integrum plures simul habere vxores, vt diffinit Concil. Trident. *sess. 24. de matr. canon. 2.* per hæc verba, ibi: *Si quis dixerit licere Christianis plures simul habere vxores, & hoc nulla lege diuina esse prohibitum; Anathema sit.* Idem decisum fuit ab Innocent. III. *in c. gaudemus, de diuortiis*; & ita esse prohibitum, vt posterius matrimonium priore subsistente sit irritum. Quam veritatem Innocentius ipse *in d. c. gaudemus*, probat ex testimonio Christi Domini, *Matth. 19.* ibi: *Quicumque dimiserit vxorem suam, nisi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur*: vbi Seruator noster volens reducere matrimonium ad eam rectitudinem, quæ in prima sui institutione habuit à Deo, aboleuit omnino polygamiam, quasi aduersaretur primæuæ matrimonij institutioni. Quod etiam comprobatur *Matth. 19.* dū dicitur ibi: *Qui fecit hominem ab initio, masculum, & fœminam, creauit eos, & dixit: propter hoc, relinquet homo patrem, & matrem, & adhærebit vxori suæ, & erunt duo in carne vna*: itaque iam non sunt duo, sed vna caro. Vbi nota, matrimonium in sua institutione pluralitatem vxorum simul exclusisse, quia non fuit dictum adhærebit vxoribus suis, sed vxori suæ. Ex quo constat matrimonium esse vnici cum vnica cōiunctionem. Item, esse vnam carnem: quod dici non potest ex vnius viri cum pluribus vxoribus matrimonio copulati esse vnicam carnem, sed multiplicem, & ex eo consurgere diuisionem. 86

Quæri potest, an summus Pontifex possit dispensare in pluralitate vxorum? Communis sententia negat, cùm nequeat dispensare in iure naturæ, vel diuino; idcircò nequit in hoc casu dispensare: ita Ledesma *de matrim. q. 65. art. 2. conclus. 3.* Ægid. *de sacrament. & Censur. tom. 2. disp. 26. dub. 2. n. 20.* Reginald. *in praxi, lib. 31. n. 4.* Bonacin. *de matrimon. q. 3. punct. 10. n. 4.* vbi *n. 6.* ait infideles dum contrahunt matrimonia cum multis fœminis inualidè contrahere, & debere cum prima habitare, si ipsa voluerit cum eo perseuerare absque Creatoris iniuria; cæteris in infidelitate relictis: Et quamuis omnes vxores quas vir tempore infidelitatis duxerat, ad fidem redirent; & prima nollet cum ipso habitare, aut vellet, sed cum iniuria Saluatoris, aut cum inductione ad peccatum; vir non tenetur vllam ex conuersis, in matrimonium elocare, in rigore loquendo: quoniam nulla ex ipsis est eius coniux, excepta primâ. 87

Ambigitur tamen, an ex dispensatione liceat vt vna vxor pluribus viris nubat? Communis resolutio Doctorum negat in hoc cadere dispensationem: Bellarmin. *lib. 1. de matrim. cap. 11. post 2. propositon.* vbi addit nec Deum posse dispensare, quia est contra principia iuris naturæ: Nihilominus nullam video contradictionem, nec repugnantiam; neque id ita intrinsecè est malum, quin Deus possit dispensare. Ita Maior *in 4. dist. 33. quæst. 1. in primo argumento contra primam conclus.* & Petrus de Ledesma *de matrimonio, q. 65. ar. 2. dub. 2. conclus. 2.* 88

Porrò solent grauiter puniri contrahentes cum pluribus simul viuentibus, contra quos Inquisitores procedunt etiam tanquam contra suspectos de hæresi, eo quòd videantur malè sentire de Sacramento Matrimonij: ita Nauarr. *cons. 1. de Hæretic. num. 8.* Azeued. *l. 5. n. 3. tit. 1. lib. 5. noua recopil.* Menoch. *de arbitrar. casu 420. n. 114. & de præsumption. lib. 5. præsumption.* 89

sumption.n.37. Guttier. *practicar.lib.2.quæst.8.n.1.* & Enriquez *lib.11.c.2.n.3.& lib.12.c.6.n.4.*

90 Quinimò de iure ciuili imponitur contrahentibus cum pluribus simul viuentibus grauissima pœna, *in l. eum qui duas, C. de adulter. & in §. Affinitatis, vers. qui duas, Instit. de nupt.* Nec non apud nostrates leges *lib.5.tit.19.* vbi Barbos. *in remission. per totum,* & apud Hispanos *in l.fin.tit.17.part.7.& l.8.tit.fin. lib.8.Ordinam.& l.8.tit.20.lib.8.noua recopil.* vbi referunt plura in detestationem huius criminis, diuersasque pœnas iuxta diuersarum Prouinciarum leges infligentes: Tiraquel. *de iur. Marit.gloss.8.n.26. & l.7.connub.gloss.1.p.7.n.24.* Gomes. *l. 80. Taur.n. 27.cum sequentibus,* Clarus *§. Fornicatio,n.30.* vbi Baiard. *n.34* Menoch. *de arbitrar. casu 420. n. 96. cum seqq.* & plures alij per Cened. *ad decretal.collect. 171.* quibus accedit Sāch. *disp.80.& 81.* vbi de his multa.

91 Quæri etiam potest, an possit consuetudine introduci, vt vir plures habeat vxores? Negatiuè respondetur, cùm præualere nequeat contra ius naturale, & diuinum positiuum: vt tradunt Sotus *in 4.dist. 33, q.1.ar.2.col.8.* Couar. *in 4.2.p.c.6.§. 3. n. 1.* Sed aduersùs solum ius humanum præualebit: *c.fin.de consuetud.* non autem contra ius naturale habebit locum: vt per Micha. Graff. *t.1.commun.opin. lib. 1.tit. 17.n.308.pag.243.* Duen. *regul.137.* Fortun. Gars. *in l.velut,n.25 ff.de iustit.& iur.* Ioseph. Gonzal. *lib. vnic.variar.c.38.* Azor. *instit.moral. p. 1.lib.5.c.17.q. 2.& 3.* Sayr. *in claui,lib.3.cap.11.n.4.* Sanch. *lib.7.de matrim.disp.80.n.10.*

92 An autem polygamia fuerit concessa Gentilibus, sicut & Hebræis controuerti potest? Et quidem satis probabile videtur fuisse concessam polygamiam populo gentilium, atque ita Gentilibus fuisse licitam vxorum pluralitatem, tradit tanquam probabile Bellarmin. *lib. 1.de Matrim.c.11. Proposit. 6.* Ledesma *2. p.4.quæst.67.ar.1.* Valent. *4.p.disp.10.quæst. 1.punct. 3.col.4.* Rebellus *2.p.de obligat.iustit.lib.13.quæst. vltim.de bigamia,n.8.* Probabilius tamen est non fuisse hanc dispensationem extensam ad populum Gentilium, quia in eo populo ratio dispensationis non habebat locum, quæ militabat in populo fideli; hoc est multiplicatio; atque ita nisi ignorantia excusaret à peccato Gentiles polygamia vtentes, peccabant, vt tradit Sotus *in 4.dist.33.q.7.ar.2.col.7.vers.longè tamen,* & Enriquez *lib.12.de matrim.cap.6.n.8. & lib. 11.cap.2.n.3.*

93 Sed & apud Romanos aliquando duas vxores simul ducere fuit in vsu; Testis est Socrates Constantinopolitanus apud Cassiodorum *in Tripartita historia lib.8.c.11.* vbi tradit Imperatorem Valentinianum Seueram, & postea Iustinam duxisse vxores: vt autem id cohonestaret, sanciuit legem vt licuisset volentibus duas ducere vxores. Id ipsum etiam retulit *in Valente* Paulus Diaconus; sed id postea per sequentes leges posteriores fuit abrogatum: *l. Nemo, t.1 C.de Iudæis,& l. eum qui duas, C.de adulter.* vbi in id eadem pœna, quæ & stupro statuitur; & eum textum ad id ponderat, vt pœna sit capitalis. Quare enim illicitæ forent huiusmodi leges duplicia connubia admittentes, facilè deprehendere est ex Euripide illa damnante *in Andromache.* ibi: *Nunquam duplicia connubia collaudauero mortalium.* Tiraquel. *l.7.connubial.gloss.1.p.7.n.24.& sequent.*

94 De numero etiam plurium vxorum constat apud Plutarchum in vita Artaxerxis Regis Persarum *pag.*
95 *357.* vbi ait Artaxerxem trecentas & sexaginta eximia formà pellices habuisse præter vxorem, hoc est præter illam quam amabat, atque præ cæteris colebat loco legitimæ vxoris, seu Reginæ. Ammianus quoque Marcellinus *lib.23.histor.fin.* dum agit de moribus Persarum scribit, Persas non vna fuisse contentos vxore, sed multitudine pellicum gloriari. Concinit Seruius *comment.in Virgilium lib.1.Æneidos* super illis verbis Iunonis ad Æolum Regé ventorū, ibi:

Sunt mihi bis septem præstanti corpore Nymphæ.

quo loco excusat Regum licentiam, de quibus Salustius; de Maurorū connubiis loquens: *alij decas, alij plures habent: sed Reges eò amplius.* Hæc Seruius. Iuuat Alexander ab Alexandro *lib.1. Genialium dierum c.24.pag.94. & sequent.* vbi scribit Numidas, Thracas, & Mauros, & alias Barbaras gentes pro modo facultatum vxores habere. Itaque multis denas, plerisque vicenas habere permissum esse.

Hos omnes Salomon longè superauit: nam *Cantic. 6. sexaginta* illi fuerunt *Reginæ, & octoginta concubinæ, & adolescentularum non erat numerus;* 96
qui locus intelligitur de tempore, quo Canticum Canticorum scripsit, seu promulgauit: postea verò *tertio Regum,c. 11.* cùm iam in ætatem declinaret, vt refert sacra historia, *fuerunt* Regi Salomoni *vxores quasi Reginæ septingentæ, & concubinæ trecentæ.* Quæ omnes mille erant numero, D. Hieronymus *in lib.1.contra Iouinianum.* Nomine tamen vxorum præcipuæ vxores continebantur; & concubinæ vxores minùs principales, seu secundariæ dicebantur: & ex tanta vxorum, ac concubinarum multitudine, solus Salomoni mas natus est Roboam filius, & ipse ex alienigena Naama Ammanitide indignus imperio, teste Suida *in historicis, verbo, Salomon, pag. 907.* quē refert sapientissimus Pater Ludouicus Soto maior *loco præcitato.* Primariæ item vxores erant, quæ cum certis quibusdam cæremoniis, & ritibus ducebantur. Concubinæ autem, id est secundariæ vxores sine huiusmodi cæremoniis, & ritibus accipiebantur, & earum filij non succedebant patri in hæreditate, sed tantummodò dona quædam accipiebant. Constat *ex Genes.cap.25.* vbi legimus Abraham antequam moreretur dedisse cuncta, quæ possidebat Isaco filio Saræ primariæ vxoris, filiis verò concubinarum largitus est quædam munera.

Nihilominus quamuis licita esset Polygamia, hoc 97
est pluralitas vxorum filiis Israël, præsertim Regibus, ac Principibus; non est excusandus Salomon in extremo tempore, quo cùm iam senuisset, depratatum est cor eius circa mulieres etiam alienigenas, vsque adeò, vt ipse etiam sequeretur, & coleret earum Deos alienos, vt refert sacra historia *3 Reg.c.11.* Quare voluptatibus corporis pressus, plurimas, hoc est, numero mille vxores alienigenas, & idololatras contra omne ius, & fas sibi connubio iunxit, ab eisque persuasus est vt etiam ipse Idololatra fieret. Quo præcipuo vitio, & crimine notatur, quòd scilicet vno tempore tam multas vxores sibi copulauerit contra morem, & exemplum Maiorum suorum, præsertim Dauid patris sui, qui plures habuit vxores de gēte, & tribu sua Hebræas, seu Israeliticas; Salomō autem alienigenas contra diuinam legem adamauit, quæ apertè extant *Exod.c.34.& Deutero.c.4 & 7.& 10.& 2.Paralip.6.& 12.& 33.*

Non excusatur itē Salomon vir Hebræus, quam- 98
uis esset Rex, quia non licebat viro Hebræo accipere in vxorem fœminam gentilem. Excusantur tamen duo filij Elimelech, & Noemi, scilicet Mahalon, & Chelion, qui acceperunt in vxores Orphan, & Ruth Moabitidas cùm essent in Idumæa, Abulens. *Exod. tom.2. pag. 289 litera B.* Eodem modo est immunis Booz ducens vxorem Ruth, quia ipsa iam conuersa erat ad Iudaismum, & iam poterat iungi connubio cum Hebræo. Abulens. *ibid.* aliàs non licebat. Quinimo magis inconueniens erat fœminam hebræam tradi in matrimonium viro gentili; quàm quod Hebræus duceret in vxorem fœminam gentilem, eò quia vxor semper consequitur domicilium

lium viri sui: Sanch. *de matrim. lib. 1. disp. 41. ex num. 30. cum duobus sequent.* Barbos. *in cap. Relatam, Qui matrimonium, num. 4.* Abulens. *supra. tom. 2. Exodi pag. num. 289. litera F.* Ratio autem, quòd Iudæis interdictum fuerit accipere vxores alienigenas, ob id fuit: ne ipsæ vxores inducerent viros, & filios ad Idololatriam. Secùs si tales vxores, quas possent ad Iudaismum conuertere, tunc enim bene licebat; *Exod. 34.*

99 Dicendū denique est non esse audiendū Abulens. *Math. 19. 1. Reg. tom. 2. fol. 225. litera A. & liter. F. & fol. 252. litera E.* dum ait ante Christi prædicationē fuisse licitam pluralitatem vxorum tam gentilibus, quam Iudæis: nec esse necessariam dispensationem aliquam, sed iure suo potuisse quemlibet plures vxores habere. Quod est negandum, quamuis vxorum pluralitas non aduersetur primario fini matrimonij, sed illum optimè assequatur, cùm idem vir sit sufficiens fæcundandis mulieribus multis, & earum liberis educandis, qui primarius est matrimonij finis: esto secundario fini nimirum tranquillæ coniugum cohabitationi non resistat per se hæc vxorum pluralitas, sed ipsarum malitia; nihilominus polygamiā vnius viri cum pluribus vxoribus non esse omninò contra ius naturæ, atque adeò non esse contra prima ac vniuersalia eius principia aliqui tenent; sed aliquo modo iuri naturæ aduersari; quatenus vxorum pluralitas aduersatur fini secundario matrimonij, tranquillæ scilicet cohabitationi coniugum, ac regimini domestico, qui est finis secundarius: vt ait Philosophus 8. *Ethicor. cap. 9.* & ideò omnis principatus, quo pax seruatur suapte natura singularitatem amat, ac proinde non erit in eo euentu in familia, sed facili negotio odia & contentiones cōsurgent, si vna præ aliis a viro diligatur, & præferatur, vt de Sara, & Agar; Lia, & Rachele sacra pagina meminit, *Gener. 16 & 30.* Nec non de Anna, & Phenenna *1. Reg. 1.* Quæ omnia ex natura rei manant considerato fœminarum natiuo ingenio, & amore, quo vxor virum prosequitur.

100 His adde pluralitatem vxorum aduersari alij fini secundario matrimonij, nimirum prout est remediū concupiscentiæ, cui satisfacere vir non poterit, datis pluribus vxoribus, & periclitabitur illis simul debitum petentibus conscientia illius, cui debitum negabitur. Quare Diuus Chrysostomus *homil. 56. in cap. 30. Genes.* tradit consuetudinem habendi plures vxores fuisse iniquam citra diuinam dispensationē. Iuuat Innocent. 3. *cap. Gaudemus, de diuortiis*, dicens nulli vnquam integrum fuisse sine dispensatione polygamia vti. Quare si sola lege Euangelica positiua esset interdicta polygamia, id est vxorum pluralitas, infideles non ligarentur, imo illis licita esset etiam nunc, quia ante susceptum baptismum specialibus populi Christiani legibus minimè tenentur: cuius tamen contrarium deciditur *in d. c. gaudemus*, vbi habetur, infideles pluribus vxoribus coniunctos cum sola prima debere post baptismum remanere; nam si ea matrimonia essent legitima, non dissoluerentur per Baptismum, ex *eodem cap. Gaudemus, & cap. Quantò, de diuortiis*: sequitur Diuus Thomas *in 4. dist. 33. q. 1. art. 1. in corpore; & ad 1. 6. & 9. art. 2. in corpore.* Dried. *lib. 1. de libertat. Christian. cap. fin. paulò post princip.* Pereira *in cap. 16. Genes. disp. 1. n. 22.* Enriquez *lib. 12. de matrim. cap. 6. n. 1.* Cordub. *in suo quæstionar. lib. 4. q. 3. dub. 2.*

101 Vnde colligitur veteres antiquæ legis Patres fuisse vsos polygamia ea dispensatione, quæ concedebatur non externa aliqua loquutione, sed inspiratione interna facta Patriarchis, quæ deriuata est vi exēpli, & consuetudinis ad reliquos ex populo Israëlitico; ac proinde omnibus illis licebat vxorum pluralitas vt supponitur *Deuteron. 20.* [*21.*] *Si habuerit homo duas vxores*, ita Diuus Thomas *in 4. dist. 33. q. 1. art. 2. in corpore*, & *ibi* D. Bonauent. *art. 1. q. 3.* Quæ dispensatio extorta fuit ad populum Gentilium secundum probabilem, sed non esse extensam secundùm probabiliorem dictum est *supra, hoc §.*

Ex dictis, quæri potest an matrimonium esset homini naturale, & videtur non esse naturale quasi ex propriis naturæ proueniens, esset enim illicitum vouere virginitatem: sed dicendum matrimonium esse naturale, idest ea inclinatione naturali proueniens: D. Thomas *in 4. dist. 26. q. 1. art. 1.* quem omnes sequuntur. Dictum est non esse naturale quasi ex propriis naturæ proueniens, vt motum sursum est naturale igni: esse tamen naturale, idest ex inclinatione naturali proueniens, quatenus natura se ipsam conseruare, & perficere intendit; & quia hoc fieri nequit perpetuò, intendit secundò saltem per indiuiduorū multiplicationem conseruari: Sanch. *de matrim. lib. 2. disp. 2. num. 2.* 102

---

§. V.

De Salario famulis debito.

EPITOME.

IN primis appellationi non defertur in causa, qua quis condemnatur ad soluendum salarium famulis: Rebuff. *de sent. proass. art. 3. gloss. 7. n. 1.* Steph. Grat. *Marchia decis. 53. n. 2.* Barbos. *in remiss. ad Ordin. Reg. lib. 3. tit. 70. in princip. n. 9.* 103

Debetur autem salarium in multis casibus famulis, Primò quando cōueniunt de illo, & probatur hæc conuentio per alios famulos, & in causa salarij proceditur summariè, & executiuè, & per viam prouisionis, & ideò spreta appellatione. Flores, *var. qq. lib. 2. q. 8. §. 2. n. 23.* Quinimo etiam debetur salarium non conuentum, quando famulus solet aliis seruire cum salario, 104

salario, & dominus conducit operas famuli, & famulus continuò assistit, & dietim seruitio domini: Rebuff. *gloss. 1. num. 1. de famul. salar tom. 2.* Lodouic. Lopez, qui loquitur de foro conscientiæ *in suo instructorio negotiantium, cap 25. fol. 408. & in instructorio conscientiæ, 2. part. cap. 8.* Nauarr. *in manuali, cap. 17. à num. 108.* & Petr. de Nauarr. *de restitution. tom. 2. lib. 3. cap. 1. à num. 409.*

105. Seruitium item est soluendum secundùm quòd consuetum erat solui, tempore, quo seruitium factum fuerit; non verò pro tempore sententiæ latæ, vel liquidationis factæ: Cabed. *1. part. decis. 162. num. 6.* Azor. *instit. moral. p. 3. lib. 8. de locato, cap. 13. quæst. 1.*

106. Famuli, qui seruiunt dominis minori, vel nullo salario conuento, quia sperant à dominis fieri iustam remunerationem, & de hoc tacitè, aut expressè conueniunt, & hæc est causa finalis seruiendi; si dominus non soluit vt sperabatur, debetur iusta remuneratio in vtroque foro: ita Lodouic. Lopez *suprà,* quem sequitur Flores *d. quæst. 8. §. 2. num. 6.*

107. Quòd si famulus conducatur minori pretio, quàm de iustitia debebatur sibi taxari, siue hoc fiat per imprudentiam famuli, siue ob necessitatem illius, in foro conscientiæ debetur digna remuneratio solita solui integrè; quamuis in foro externo non vincet famulus, nisi decipiatur vltra dimidium iusti pretij; aut si fuerit minor, & petierit restitutionem. Nihilominus si homo non egeat famulo, sed propter preces illius, illum recipiat in suam domum sine salario, donec commodum inueniat, immunis est à salario soluendo in vtroque foro: ita Lodouic Lop. *præcitato loco,* quia censetur donatio, seu remissio stipendij inducta ex coniecturis: Mascard. *de probation. p. 1. concl. 554.* Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu* 88.

108. His adde, pueros non esse dignos salario, nisi post quatuordecim annos expletos, & puellas post duodecim: sicque fuisse iudicatum apud Lusitanos refert Cabed. *1. p. decis. 162. num. 5.*

109. Ad hæc non deberi salarium famulis seruientibus absque conuentione tacita, vel expressa de remunerando, vel absque eo quod inter famulos, & dominos tacitè, vel expressè conuentum fuit de remuneratione; neque causa seruiendi fuit finalis, sed impulsiua; quia ipsi confidebant de liberalitate dominorum: est communis, nisi fortè concurrant imprudentia famulorum, vel eorum necessitas: tunc enim in foro conscientiæ debebitur salarium; secùs de famulis pedissequis dominorum, vulgò *pajes*, quibus de consuetudine nullum constituitur salarium, sed solùm alimenta, & indumenta, & bonæ educationes duntaxat: tenebuntur tamen domini in foro conscientiæ eos facere bene educari, & artes doceri; eò quia ob has causas gratis seruiunt. Quod intelligitur apud Hispanos teste Flores *d. lib. 1. quæst. 8. §. 2. n. 9.* de consuetudine: secùs apud Lusitanos vbi debetur salarium ex Ordinatione *lib. 4. tit. 31. §. 5. & ibi* Barbos. Excusantur autem à soluendo salario magistri famulis seruientibus, vt doceantur ab eisdem; quinimò ex consuetudine, & conuentione famuli soluunt magistro, & ipse magister debet docere, & dare tempus sufficiens ad conficienda opera artis; quòd si negauerit, peccat cum obligatione restituendi iacturam peritiæ artis: ita Flores *lib. 1. variar quæst 8. §. 2. num. 12. & 13.* Pater Rebell. *de obligat. iustit. p. 2. lib. 14. quæst. 13. num. 1.* Molin. *de iustit. tract. 2. disp 506. vers. alterum est,* aliàs *num. 6.* & Pater Azor. *p. 3. lib. 8. cap. 13. de locato, quæst 3.*

110. Similiter famulis scholasticorum non debetur salarium in vtroque foro: Gutier. *de iuramento confirmatorio, p. 1. cap. 64. n. 1.* Flores *supra §. 2. num. etiam 3.* Cabedo *part. 1. decis 162. num. 1.* quibus accedit Marta *in votis decision. voto 99. num. 7.* vbi *num. 8.* tradit posse herum scholasticum auferre famulis volentibus recedere ab eius obsequio, vestes, quas dederat, dum erat in suo seruitio, quia non videtur donasse, nisi pro tempore, quo seruierat. Ex consuetudine tamen in Academia Conimbricensi tenetur herus famulo studenti suppeditare calceamenta, quæ recedere volenti nullo modo auferre poterit.

Ex ordinatione etiam nostra *d. lib. 4. tit. 30. in rubrica,* famulum inseruientem nulla pacta mercede, postquam ab hero tunicam, & pallium receperit, non posse abire insalutato hero, sine eius consensu, ante annum seruitij impletum. Contra verò si vel tunicam tantùm, vel pallium tantùm ab eo receperit, aut quoduis aliud vestimentum, ab eo nequit recedere, nisi post dimidium annum obsequij completum. Idem dicendum si inseruiat comitando equo incedens, & idem, aut aliud æquiualens acceperit. Aliter enim his non seruatis poterit carcerari donec duplum soluat, & expensas omnes in ea re factas. Pro seruientibus Regi, Reginæ, Principi, aut eorum filiis, & ab eorum seruitio recedentibus, Molin. *de Iustit. tract 2. disput 505. num. 3. in princip.* & Pater Rebell. *de obligationibus iustit. p. 2. lib. 14. quæst. 13. n. 5. & 6.* 111.

Pro reliquis circa famulos de iure Lusitano sine culpa dominorum recedentes, vel cum culpa, diximus *1. p. de obligation. nostri Regiminis, lib. 5. disput. 13. §. 9. num. 98. & sequent. & ex num. 205.* Item de famulo infirmo, & de salario post triennium elapsum nondum soluto, *lib. 4. disp. 9. §. 4. num. 7.* vbi famulo infirmo deberi cibaria dictum est, & *lib. 3. disput. 8. §. 3. num 34.* vbi non obstante triennio iam elapso adhuc deberi salarium in conscientia, diximus. 112.

Quid de famulis cantoribus, citharedis, mimis, saltatoribus, & similibus, qui inseruiunt dominis ad exhilarationem? Dicendum est nisi merces deducatur in pactum, non deberi salarium: satis enim est eisdem loco mercedis frui cibo, & potu, & vestitu dominorum, quasi nulla sit voluptatis æstimatio: prout resoluit Steph Gratian. *disceptat. forens. c. 185. num. 41. cum seqq.* vbi *num. 43.* addit eosdem nihil posse exigere ab hæredibus dominorum post illorum mortem tanquam sibi debitum, quamuis se tradiderint eorum seruitio ob expectationem futuræ liberalitatis: ita Coller. *de process. execut. p. 3. c. 9. n. 12.* 113.

Porrò vitricus suo priuigno debet soluere salarium pro seruitio sibi facto in ea ætate, qua salarium debetur; hoc est post quatuordecim annos; modò ipse vitricus excuset famulum alium, cuius operas alias debuisset conducere. Si autem sit minor, modò excedat decem annos, quamuis non debeatur illi salarium, tamen alimenta compensantur cum seruitiis, & si nondum perueniat ad decennium, debet soluere alimenta taxata ex bonis suis vitrico: ita Cordub. de Lara *in tract. de aliment. in §. si mater, num. 72.* & Francisc. Bursat. *cons. 83. à num. 9. cum sequentib. lib. 1.* nisi ex aliis circunstantiis appareat vitricum voluisse priuigno gratis alimenta suppeditare. 114.

Quando dominus iratus eiecit famulum domo, & intra breue tempus facti pœnituit, & illum recepit, tenetur famulus redire ad seruitium; quod si non redeat non consequetur salarium: Azeued. *in l. fin. tit. 15. lib. 4. noua recopilat. num. 25.* Secùs si non sit intra breue tempus, & res non sit integra, idest, quando famulus conductus est ab alio, in quo euentu non tenetur redire, & debetur illi salarium præteriti temporis. Quinimò si dominus renuat soluere, & difficilè sit recuperare viâ iustitiæ, aut quia magis expenderet famulus, quàm sibi debeatur de salario; aut quia timet probabiliter ex lite sibi damna ventura, & debitum in rei veritate est liquidum, potest vti compensatione de bonis domini sublato scanda- 115.

lo, nec tenetur ſe prodere per virtutem mouitorij generalis, ſicut nec etiam tenentur denuntiare, quid de omnibus aliqui cognouerint: Lodou.Lop. *vbi ſuprà*, & Cordub. *in ſumma caſuum conſcientiæ, q.3. per totam*, & Rebuff. *in tit. de famulor. ſalar. gloſſ.* 10. *per tot.*

116. Quæſtionis ſit ex qua culpa teneatur famulus reſarcire domino illata damna? Reſpondeo teneri ex culpa ſaltem leui famulum in foro conſcientiæ integrè damnum reſarcire; nihil impediente diſpoſitione Ordinationis Luſitanæ *lib.4. tit.*55. ita Molin. *ſuprà, diſp.*516. *tract.2. num.*15. Pater Axor. *inſtit. moral. p.3. lib.8. de locat. cap.*13. *quæſt.*7. vbi idem aſſerit de famulo gratuitum ſeruitium domino præſtante. Nam eo ipſo quòd ſponte ſua ſe famulum obtulit, ex leui culpa manſit obſtrictus ad fidelem curam, & diligentiam in rebus domini adhibendam per ſe. Quinimò ſi huic tradatur cuſtodia rerum domeſticarum, tenetur ſatisfacere damnum ab aliis famulis illatum, quia ratione ſui muneris, & officij damnum impedire compellitur: ſecùs ſi non habeat cuſtodiam, tunc ex lege quidem charitatis, non autem ex iuſtitia domino tenetur rebus ſuis proſpicere: ita Axor *d.cap.*13. *quæſt.*8. *de locat.* & latiùs Molin. *d. diſput.*516. *num.*15. *verſ. verùm.*

117. Pro filio laborante in rebus patris, ſi adhuc ſub eius poteſtate eſt, nec ipſe, nec eius hæredes ſalarium eo mortuo tenentur ſoluere, quamuis opera digna ſint ſtipendio, ſi fierent ab alio, modò labor non excedat qualitatem, & poſſibilitatem illius: nam filius patri acquirit, & mandata peragere patris tenetur ſine ſpe ſalarij; aliàs non differret ab extraneo, qui ſine ſalario non operatur: Guttier. *in tract. de iurament. confirmat. à num.*17. *p.*1. *cap.*5. Cordub. de Lara *in tract. de aliment. §. ſed ſi filius, num.*138. Parlador. *in tract. rer. quotid. cap.*19. *per totum*, & Nauarr. *in manual. cap.*17. *num.*144. & 148. Ratio quia filius non præſumitur ſeruire patri ob mercedem, ſed ob amorem, & debet obſequium patri; vt habetur *in l. veluti, ff. de iuſtit. & iur.* Nec refert ſi dicatur quòd filius debet patri ſolùm operas obſequiales, non autem artificiales, vt *in l. nullum, ff. de obſequiis à liberis & libertis patrono præſtandis*, quia vt dictum eſt *lib.1. diſp.*2. §.10. *num.*183. eſt intelligendum, legem loqui in filio emancipato, qui per emancipationem eſt exemptus à iure ciuili, & ſolùm tenetur ad operas obſequiales. Filius ergo de iure ciuili in poteſtate patris, eſt res patris, & ex conſequenti debet operari mandante patre. Faciunt *l.*3. *tit.*20. *part.*2. & *l. fin. tit.*7. *part.*2. concludentes patrem in bello, & in pace poſſe vti obſequio filiorum ad libitum, & qui totum dicit, nihil excipit: etiamſi Anton. Gomeſ. *in l.*29. *Tauri, n.*27. oppoſitum teneat, & Ayora *in ſuo tract. de partitionib. part.*3. *quæſt.*3. dicentes poſſe petere ſalarium filium in poteſtate patris, ob eam rationem, quia vt diximus *d.* §.10. non poteſt pater cogere filium vt ſibi præſtet operas ſuas, *d. num.*283. præſertim quando eas præſtat animo ſalarium petendi; quod ſignificabitur ſi proteſtetur ſe ſeruire ſpe ſalarij, vt vult Nauar. *in manual. cap.*17. *num.*144. & 148. quamuis alij negent deberi ſalarium, nihil impediente proteſtatione niſi ſit emancipatus.

Confirmatur, quia quando filius ex negotiatione 118.
negotiatur cum pecunia patris, acquirendo aliquid ſua induſtria, totum quod reſpondet induſtriæ, & in dubio medietas lucri, eſt aduentitium, & acquiritur filio quoad proprietatem, & patri quoad vſumfructum, vt deducitur ex verbis *l. cum oportet, C. de bonis, quæ liber.* vt in terminis tradit Bartol. *in l. illud, C. de collation. & in Authent. ex teſtamento, C. de collat.* Bald. *in Authent. ex teſtamento, num. vltim. C. de collat.* quam partem veriſſimam dicit Velaſquez de Auendan. *l.*29. *Tauri, gloſſ.*4. *à num.*17. ſequitur Azeued. *in l.*5. *tit.*8. *num.*14. *lib.*5. *recopil.* qui ſecundùm Bartol. & ſuam diſtinctionem intelligunt *l.*7. *tit.*4. *lib.*3. *fori, & l.*5. *titul.*15. *part.*6. quæ contrarium oſtendebat, nimirum omnia, quæ filius acquirit cum patris pecunia, acquiri patri ipſi; & eſſe diuidenda inter fratres mortuo patre: debent enim procedere in his, quæ filius acquirit ſine labore ſuo, emendo ſcilicet annuos reditus, vel alio modo; non verò quando filius acquirit cum ſuo labore: In quo euentu id quod reſpondet labori, totum erit ſuum: In dubio tamen dimidia pars tribuetur patri, & alia filio. Nihilominus ſententia Bartoli eſt æquiſſima, & in praxi poteſt admitti. Dico ergo ſi filius debet laborare patri ſine ſalario, lucrum etiam ſuo nomine factum, eſſe profectitium, & debere in totum acquiri patri: ſecùs ſi non debet operas ſuas patri; tunc enim totum ſibi filius acquiret, quoad proprietatem: patri tamen vſusfructus acquiretur pro tempore vitæ ſuæ: at verò ſi patri acquiritur vſusfructus ex labore ipſius filij, iam labor filij quodammodo cedit in vtilitatem patris: igitur non debetur ſalarium filio. Quod tamen procedet ſi filius negotiatur cum pecunia patris, & re, & nomine patris; tunc cùm omnia quæſita conueniant patri, habebit filius ſalarium ſecundùm eos, qui putant non teneri filium operas præſtare patri. Eodem modo ſi filius laborauit vt extraneus, qui ſalarium lucratur, & auxit rem paternam, ſaltem de æquitate dabitur aliquid amplius vltra alios fratres ex bonis lucratis, arbitrio boni viri; quamuis in rigore pater ratione patriæ poteſtatis gaudeat labore filij, & filius ſi lucretur non eſt ex eo, quòd lucrum non ſit patris, & ſeruitium patri debitum; ſed quia pater permittit facere, & ſine patris permiſſione tenebatur filius patri laborare. Hæc pro vtraque parte ſatis ſint, quæ non procedunt in filio emancipato, neque in filio naturali, nec habent locum reſpectu matris, aut auorum; cùm iſti non habeant patriam poteſtatem; & ideò non tenentur ſeruire, ſed poſſunt petere ſalaria; niſi conſtet de coniecturis donationis: ita Nauarr. Guttier. & Azeued. *prææallegati.*

Ego Baptiſta Fragoſus Societatis IESV, ſi quid eſt in hoc opere, quod ſanctiſſimis Eccleſiæ ſanctionibus contrauenit, aut repugnet veræ Patrum doctrinæ, ac bonis moribus contradicat, inualidum, & nullum, & indictum volo.

FINIS.

INDEX

Eorum omnium quæ in hac Tertia Parte OEconomica Regiminis Reipublicæ Chriſtianæ continentur.

Priores numeri ſedem materiæ ; Poſteriores paginam fideliter indicant.

Attentatum

Dominus

Dominus Dominium.

Donare. Donatio.

Pater

Quando

menta

Feudorum

Fideicommissum.

Vtrum

Donatio

quos

Præſcriptio

Primo

Syna.

non

F I N I S.